

3 | MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2005 | 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,
Prof. Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann

Schriftleitung: Notarassessoren Andrea Lichtenwimmer,
Dr. Martin T. Schwab
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Inhalt und Umfang beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten am Beispiel von Leitungsrechten

Von Notarassessorin *Kathrin Filipp*, München*

Auch wenn der Gesetzgeber die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nur mit drei Paragraphen bedacht hat – das Wohnungsrecht nach § 1093 BGB mit seiner Sonderstellung als beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit nießbrauchsähnlicher Ausgestaltung bleibt hier außen vor –, ist ihre praktische Bedeutung nicht zu unterschätzen. Insbesondere zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Gas und Strom kommt den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten in der Form von Leitungsrechten eine entscheidende Bedeutung zu. Zwar besteht für Gas-, Elektrizitäts-, Fernwärme- und Wasserleitungen unter bestimmten Voraussetzungen eine Duldungspflicht nach § 8 der Verordnung über die Allgemeinen Versorgungsbedingungen (AVB).¹ Diese beschränkt sich jedoch auf die örtliche Versorgung, so dass jedenfalls überörtliche Versorgungsleitungen aufgrund eines privatrechtlichen Gestattungsvertrages errichtet werden müssen, der in der Regel durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit abgesichert wird. Die AVB gelten zudem nicht für die Entwässerung. Im Telekommunikationsbereich existiert seit 1996 das TKG, welches das Telegraphenwegegesetz abgelöst hat. Gemäß §§ 50 ff. TKG besteht ein Nutzungsrecht hinsichtlich öffentlicher Straßen und Wege; private Grundstückseigentümer sind nach § 57 Abs. 1 TKG zur Duldung verpflichtet. Es bleibt jedoch auch hier Raum für privatrechtliche Gestattungsverträge, die durch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten abgesichert werden können.

Die Bedeutung von Leitungsrechten und ihrer Absicherung wurde durch den ebenfalls im Jahre 1996 eingeführten § 1092 Abs. 3 BGB anerkannt, in dem die grundsätzlich unübertragbare bzw. eingeschränkt gemäß § 1092 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1059 a BGB übertragbare beschränkte persönliche Dienstbarkeit für frei übertragbar erklärt wird, sofern Berechtigter eine juristische Person ist und es um die Absicherung einer Ver- oder Entsorgungsleitung geht. Aus der freien Übertragbarkeit ergibt sich gleichzeitig, dass diese Leitungsrechte eine sehr lange Verweildauer im Grundbuch haben können. In diesem Zusammenhang ist die technische Entwicklung zu bedenken, die möglicherweise eine Wandlung des Umfangs derartiger Leitungsrechte für die Zukunft gebietet.

I. Abgrenzung

Der Begriff der Dienstbarkeit wird vom BGB nicht definiert, sondern lediglich als Überschrift des vierten Abschnittes gebraucht.² Im letzten und kürzesten Titel (§§ 1090–1092 BGB) wird die beschränkte persönliche Dienstbarkeit behandelt.

* Die Autorin dankt ihrem Ausbildungsnotar Herrn Notar *Walter Hilscher*, Ebersberg, für die konstruktiven Gespräche bei der Bearbeitung des Themas.

¹ Vgl. hierzu ausführlich *Staudinger/Mayer*, BGB, 13. Aufl. 2002, Vorbem. §§ 1018–1029 Rdnr. 26 ff.

² *Staudinger/Mayer*, Vorbem. §§ 1018–1029 Rdnr. 1.

1. Unterschied zur Reallast

Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist – wie alle Dienstbarkeiten – ein auf Dulden bzw. Unterlassen gerichtetes beschränktes dingliches Recht. Dies unterscheidet die Dienstbarkeit von der Reallast gemäß §§ 1105 ff. BGB, die auf eine aktive Handlung gerichtet ist.³ Sowohl Dienstbarkeiten als auch Reallasten sind Grundstücksbelastungen; die Dienstbarkeit stellt jedoch ein *Nutzungsrecht* dar, während die Reallast ein *Verwertungsrecht* bei Nichterbringung der gesicherten Leistungen begründet.⁴

³ *Palandt/Bassenge*, BGB, 64. Aufl., Vor § 1018 Rdnr. 1.

⁴ *Heß*, AcP 197 (1997), 489, 490 f.

2. Unterschied zur Grunddienstbarkeit

Die Grunddienstbarkeit (§§ 1018–1029 BGB) ist subjektiv-*dinglich* ausgestaltet, da sie dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks einen Vorteil bieten muss (§ 1019 BGB); die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist dagegen subjektiv-*persönlich*, da Berechtigter nur eine natürliche oder juristische Person sein kann. Daraus folgt auch, dass die persönliche Dienstbarkeit nicht vererblich und grundsätzlich auch nicht übertragbar ist (§ 1090 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 1061, 1092 Abs. 1 BGB).

3. Unterschied zum Nießbrauch

Der Nießbrauch (§§ 1030–1089 BGB) ist ebenfalls ein subjektiv-persönliches Recht, gewährt jedoch dem Berechtigten ein *umfassendes* Nutzungsrecht und unterscheidet sich damit von der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die dem Berechtigten Befugnisse nur in *einzelnen Beziehungen* gewährt. Insbesondere zwischen der Benutzungsdienstbarkeit und dem Nießbrauch kann es zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen, da durch die Benutzungsdienstbarkeit weitreichende Nutzungsmöglichkeiten eingeräumt werden können und der Nießbrauch durch Ausschluss einzelner Nutzungen beschränkt werden kann (§ 1030 Abs. 2 BGB). Eine befriedigende Lösung wird nur mit einer rein formalen Abgrenzung zu finden sein, d. h. maßgeblich ist allein, ob sich der Inhalt der Bestellungsurkunde auf einzelne bestimmte Nutzungsmöglichkeiten beschränkt oder ein umfassendes Nutzungsrecht bestellt wird.⁵ Dies entspricht zum einem dem formalisierten Grundbuchverfahren und zum anderen dem Wortlaut in § 1090 Abs. 1 BGB, der nicht darauf abstellt, ob dem Eigentümer eine wirtschaftliche sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleibt.⁶

Der Nießbrauch ist wie die beschränkte persönliche Dienstbarkeit grundsätzlich nicht vererblich und nur ausnahmsweise übertragbar (§§ 1059 ff., 1061 BGB).

II. Inhalt

1. Die verschiedenen Rechtsverhältnisse

Um im Einzelnen bestimmen zu können, was inhaltlich geregelt werden kann, ist vorweg die Unterscheidung der verschiedenen Rechtsverhältnisse erforderlich:

- das schuldrechtliche Grundverhältnis, die „*causa*“,⁷
- das dingliche Erfüllungsgeschäft,
- das sogenannte gesetzliche Begleitschuldverhältnis und
- eine eventuelle Sicherungsabrede.

a) Das schuldrechtliche Grundverhältnis

Es muss immer ein schuldrechtliches Grundverhältnis geben, da andernfalls die Dienstbarkeit gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB kondiziert werden könnte. Der Inhalt dieses grundsätzlich formfreien⁸ Kausalgeschäfts kann sich auf die bloße Ver-

pflichtung zur Bestellung der Dienstbarkeit beschränken. Aufgrund des im Schuldrecht geltenden Grundsatzes der Privatautonomie können darüber hinaus umfassende, frei gestaltbare schuldrechtliche Abreden getroffen werden, insbesondere kann ein Entgelt vereinbart werden, was mit dinglicher Wirkung nicht möglich ist [siehe unten ddd)]. Denkbar ist es auch, dass die Parteien eine schuldrechtliche Nutzungsvereinbarung treffen, zu deren Absicherung die Verpflichtung zur Bestellung einer inhaltsgleichen Dienstbarkeit tritt. Eine derartige Dienstbarkeit bezeichnet *Amann* wegen des Gleichlaufs zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Recht als „kongruente Dienstbarkeit“ im Unterschied zur Sicherungsdienstbarkeit (siehe 1.3).⁹

b) Das dingliche Erfüllungsgeschäft

Das dingliche Erfüllungsgeschäft setzt gemäß § 873 BGB Einigung und Eintragung (in Abteilung II des Grundbuches) voraus. Hat der Notar nur die Eintragungsbewilligung des Eigentümers gemäß §§ 19, 29 GBO beglaubigt, sollte er darauf hinweisen, dass eine Einigung mit dem Berechtigten erforderlich ist, andernfalls ist das Grundbuch aus materiellen Gründen unrichtig. Wird z. B. ein Abwasserleitungsrecht zugunsten der Gemeinde auf Anweisung des Landratsamtes bestellt, ist noch eine (formlose) Einigung mit der Gemeinde erforderlich, da das geltende Recht keinen dinglichen Vertrag zugunsten Dritter, also keine Einigung zur Grundstücksbelastung zugunsten eines Dritten kennt.¹⁰

Die dingliche Einigung setzt sich zusammen aus dem gesetzlichen Mindestinhalt [siehe 2. a)] und – in Anlehnung an das Erbbaurecht gemäß § 2 ErbbauVO – dem vertragsmäßigen Inhalt [siehe 2. b)]. Der Begriff des vertragsmäßigen Inhalts taucht in der Literatur nicht auf, vielmehr wird von gesetzlichem Schuldverhältnis¹¹, Begleitschuldverhältnis¹² oder Binnenverhältnis¹³ gesprochen. Trotz der begrifflichen Vielfalt besteht inhaltlich weitgehend Einigkeit darüber, dass mit der Begründung einer Dienstbarkeit eine dinglich wirkende Rechtsbeziehung zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks entsteht. Dingliche Wirkung bedeutet insoweit nicht, wie bei absoluten Rechten, dass die Rechte und Pflichten gegenüber jedermann wirken, sondern dass der Inhalt der Rechtsbeziehung auch für und gegen den Rechtsnachfolger gilt, also ohne schuldrechtliche Übernahme (Sukzessionswirkung).¹⁴ Dieses sog. Legalschuldverhältnis ist in Grenzen gestaltbar und wurde für Dienstbarkeiten vom BGH erstmals 1985 aus § 1020 BGB hergeleitet.¹⁵ Aber auch §§ 1021–1023 BGB sind Ausdruck dieses Rechtsverhältnisses.¹⁶ Die schuldrechtliche Komponente dieses Rechtsverhältnisses besteht darin, dass Leistungspflichten begründet werden, für deren Erfüllung der Schuldner persönlich haftet und für die die Normen des Schuldrechts zur Anwendung kommen, insbesondere §§ 278, 242, 280 ff. BGB.¹⁷ Im Übrigen zeigen die Anwendbarkeit der §§ 873 ff. BGB bzgl. Begrün-

⁵ Vgl. ausführlich zu den verschiedenen Theorien *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 94 ff.; *Adamczyk*, MittRhNotK 1998, 105, 112.

⁶ So die frühere Rspr., vgl. OLG Hamm, Rpfleger 1981, 105; OLG Köln, Rpfleger 1982, 61; OLG Frankfurt, Rpfleger 1985, 393; BayObLG, MittBayNot 1985, 127; wohl Änderung der Rspr., aber letztlich offen gelassen, in BayObLG, DNotZ 1991, 254; DNotZ 1988, 313.

⁷ Vgl. *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 12.

⁸ Vgl. *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 13; ein Formerfordernis kann sich jedoch ergeben, wenn die Verpflichtung Teil eines beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäftes ist.

⁹ *Amann*, DNotZ 1986, 585.

¹⁰ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1116, 937 a.

¹¹ BGHZ 95, 144 = DNotZ 1986, 25; BGH, DNotZ 1989, 565; *Staudinger/Mayer*, § 1028 Rdnr. 134.

¹² *Amann*, DNotZ 1989, 534.

¹³ *Heß*, AcP 197 (1997), 502, wobei auch hier der Vergleich zum ausgestaltbaren Rechtsinhalt von Erbbaurecht und Wohnungseigentum gezogen wird.

¹⁴ Vgl. *Amann*, DNotZ 1989, 531, 535.

¹⁵ BGHZ 95, 144 = DNotZ 1986, 25.

¹⁶ *Staudinger/Mayer*, § 1020 Rdnr. 1.

¹⁷ *Amann*, DNotZ 1982, 396, 409.

derung, Aufhebung und Änderung sowie die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs, dass dieses Rechtsverhältnis Hauptinhalt des dinglichen Rechts sein muss.¹⁸ Daher wird vorliegend auch der Begriff „Begleitschuldverhältnis“ vermieden, da dies mehr ein Nebeneinander von dinglichem Recht und gesetzlichem Schuldverhältnis ausdrückt. Der Begriff des vertragsgemäßen Inhalts bringt zwar nicht den schuldrechtlichen Charakter zum Ausdruck, soll jedoch verdeutlichen – für die notarielle Praxis wohl relevanter –, dass der Inhalt innerhalb der gesetzlichen Grenzen gestaltbar ist, aber dennoch Inhalt des dinglichen Rechts ist.

Damit gibt es grundsätzlich nur zwei Rechtsbeziehungen, nämlich das schuldrechtliche Kausalgeschäft und das dingliche Rechtsverhältnis, auf dessen vertragsgemäßen Inhalt Normen des Schuldrechts Anwendung finden.

c) Die Sicherungsabrede

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, ebenso wie eine Sicherungsgrundschuld, eine Sicherungsdienstbarkeit zu begründen, insbesondere zur Sicherung von Wettbewerbsverboten und Bezugsverpflichtungen im Bereich des Brauerei- und Gastwirtschaftsgewerbes¹⁹ oder Tankstellengewerbes²⁰, aber auch im Miet- und Pachtbereich²¹. Diese Gestaltung wird gewählt, da Inhalt einer Dienstbarkeit nicht die Einschränkung der rechtlichen Dispositionsbefugnis des Eigentümers sein kann [näher siehe 2. a) dd) ccc)], z. B. kann ein Eigentümer nicht auf den Vertrieb der Produkte einer bestimmten Brauerei eingeschränkt werden. Daher wird bei einer Sicherungsdienstbarkeit dinglich etwas vereinbart, was an sich im Widerspruch zu den schuldrechtlichen Vereinbarungen steht, z. B. wird eine Dienstbarkeit mit „Totalverbot“ von Biervertrieb bestellt, obwohl schuldrechtlich eine Bierbezugsverpflichtung zugunsten eines bestimmten Herstellers vereinbart ist. Als Bindeglied zwischen schuldrechtlichem Kausalgeschäft und dinglicher Dienstbarkeit dient dabei die Sicherungsabrede, die dann z. B. den Biervertrieb gestattet, wenn die Bezugsverpflichtungen eingehalten werden. Dadurch wird mittelbar die Sicherung erreicht, die eigentlich bezweckt ist, aber dinglich nicht unmittelbar vereinbart werden kann. Die Sicherungsabrede erfüllt damit dieselbe Funktion wie die Zweckerklärung bei der Sicherungsgrundschuld, bei der mangels Akzessorietät zwischen Forderung und Grundschuld der dingliche Rechtsinhalt nicht von der Forderung abhängig gemacht werden kann. Die Zulässigkeit derartiger Sicherungsdienstbarkeiten war schon Gegenstand diverser Erörterungen²² und soll daher hier nicht weiter vertieft werden.

2. Inhalt des dinglichen Rechts

Da der Inhalt des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts grundsätzlich frei gestaltbar ist – insoweit gilt der Grundsatz der Privatautonomie –, bleibt der Inhalt des dinglichen Rechts zu erörtern.

¹⁸ Vgl. *Staudinger/Mayer*, § 1028 Rdnr. 136; a. A. *Palandt/Basenge*, § 1018 Rdnr. 1; *MünchKommBGB/Falckenberg*, 3. Aufl. 1997, § 1020 Rdnr. 2.

¹⁹ BGH, DNotZ 1988, 572; BGH, DNotZ 1992, 665; BayObLG, DNotZ 1986, 620.

²⁰ BGH, DNotZ 1959, 191.

²¹ *Stiegele*, Die Mietsicherungsabrede, 1995.

²² Z. B. *Amann*, Steuerung des Bierabsatzes durch Dienstbarkeiten, DNotZ 1986, 578; *Joost*, Sachenrechtliche Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten, NJW 1981, 308; *Walter/Maier*, Die Sicherung von Bezugs- und Abnahmeverpflichtungen durch Dienstbarkeiten, NJW 1988, 377.

a) Mindestinhalt

Als Mindestinhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit muss

- das belastete Grundstück oder grundstücksgleiche Recht,
- der Berechtigte und
- die Art der Belastung nach § 1090 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1018 BGB, insbesondere die einzelnen Beziehungen i. S. v. § 1090 Abs. 1 BGB

festgelegt werden.

aa) Belastungsgegenstand

Belastungsgegenstand kann jedes Grundstück im rechtlichen Sinne sowie ein Erbbaurecht als grundstücksgleiches Recht sein (§ 11 ErbbauVO). Unter den Voraussetzungen der §§ 7 Abs. 2, 2 Abs. 3 GBO kann ausnahmsweise auch ein realer Grundstücksteil ohne vorherige Abschreibung Belastungsgegenstand sein (sog. echte Teilbelastung).²³ Im Unterschied dazu liegt eine unechte Teilbelastung vor, wenn Belastungsgegenstand das ganze Grundstück ist und nur der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit, wie in §§ 1090 Abs. 2, 1023 Abs. 1 Satz 2, 1026 BGB vorausgesetzt, rechtsgeschäftlich festgelegt wird [siehe unten b) aa)]. Die unechte Teilbelastung hat den Vorteil, dass eine amtliche Karte i. S. d. § 2 Abs. 3 GBO nicht benötigt wird und keine Streitigkeiten mit dem Grundbuchamt über die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 GBO entstehen können.²⁴

Auch Wohnungseigentum kommt als Belastungsgegenstand in Betracht. Sondereigentum kann durch Einigung mit dem betreffenden Wohnungseigentümer und Eintragung am betreffenden Wohnungs- oder Teileigentum belastet werden, wenn sich die Dienstbarkeit auf Räume oder Gebäudeteile beschränkt, die im Sondereigentum stehen.²⁵ Dienstbarkeiten, die sich hinsichtlich ihrer Wirkungen auf den Bereich beziehen, welcher der gemeinschaftlichen Nutzung und/oder Verwaltung aller Miteigentümer unterliegt (z. B. Leitungsrechte im Gemeinschaftseigentum), können nur wirksam entstehen, wenn sie an allen Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten eingetragen sind.²⁶ Umstritten ist, ob Dienstbarkeiten, deren Ausübungsbereich Sondernutzungsrechte nach § 15 Abs. 1 WEG betreffen, nur an dem betreffenden Wohnungseigentum oder an allen Wohnungseigentumseinheiten eingetragen werden müssen.²⁷

Nicht Belastungsgegenstand kann jedenfalls ein ideeller Miteigentumsanteil (§§ 741, 1008 BGB) sein, da die Ausübung einer Dienstbarkeit an einem Anteil nicht denkbar ist.²⁸

²³ *Adamczyk*, MittRhNotK 1998, 105, 106.

²⁴ *Amann*, Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A VII, Rdnr. 9.

²⁵ BGH, DNotZ 1990, 493; *MünchKommBGB/Falckenberg*, § 1090 Rdnr. 26.

²⁶ BGH, DNotZ 1990, 493; *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 59.

²⁷ Das BayObLG hält eine Dienstbarkeit mit Sondernutzungsrecht als *ausschließlichem* Ausübungsbereich für unzulässig, DNotZ 1990, 496; DNotZ 1998, 125; DNotZ 1998, 384 (wobei das BayObLG bei der letzten Entscheidung einlenkt, dass bei Einräumung eines Wohnungsrechts die Nutzungsbefugnis an dem der Sondernutzung unterliegenden Teil des gemeinschaftlichen Eigentums als gesetzliche Folge mitübertragen wird); *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2952; OLG Hamm, DNotZ 2001, 216; a. A. *Amann*, DNotZ 1990, 498; v. *Oefele*, DNotZ 2001, 219; *Ott*, DNotZ 1998, 132; *Röll*, Rpfleger 1978, 352; *MünchKommBGB/Röll*, vor § 1 WEG, Rdnr. 19.

²⁸ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1117; *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 55 mit Beispiel zur Ausnahme.

Demgegenüber hält die Rechtsprechung es für zulässig, dass eine einheitliche beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Lasten mehrerer selbständiger Grundstücke als Gesamtbelastung bestellt werden kann, wenn sich die Ausübung notwendigerweise über mehrere Grundstücke erstreckt und die Belastung dort jeweils die gleiche Art der Nutzung sichern soll, wie es insbesondere für Leitungsrechte zutrifft.²⁹ Diese Vorgehensweise empfiehlt sich, wenn die belasteten Grundstücke auf einem Grundbuchblatt vorgetragen sind, da somit einer Überfüllung der Abt. II entgegengewirkt wird.³⁰ Zudem führt diese Vorgehensweise zu einer erheblichen Kostenersparnis (§ 63 Abs. 2 KostO). Ein Gesamtrecht entsteht auch dann, wenn bei Realteilung des mit einer Dienstbarkeit belasteten Grundstücks eine lastenfreie Abschreibung nach §§ 1090 Abs. 2, 1026 BGB nicht möglich ist und die Dienstbarkeit an beiden Grundstücken weiterbesteht.³¹

bb) Berechtigter

Berechtigter einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann jede natürliche und juristische Person sein, auch eine Handelsgesellschaft (§§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB), Partnerschaft (§ 7 Abs. 2 PartGG mit § 124 Abs. 1 HGB) sowie eine EWIV.³² Solange die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft noch nicht anerkannt ist, ist eine Eintragung im Grundbuch nur für die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit möglich.³³

Analog § 1196 BGB ist es zudem nach h. M. möglich, durch einseitige Erklärung des Eigentümers eine sog. Eigentümerdienstbarkeit zu bestellen. Zur Vermeidung unnötiger Belastungen des Grundbuches wird nach h. M. ein besonderes, nicht notwendig vermögenswertes Bedürfnis verlangt, wobei z. B. die Veräußerungsabsicht hinsichtlich des belasteten Grundstücks ausreicht.³⁴ Nach Teilen der Literatur ist dieses Erfordernis jedoch anzuzweifeln, da ohnehin immer für die Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit ein Vorteil verlangt wird und dadurch ein ausreichender Schutz vor Überfüllung der Grundbücher stattfindet [siehe unten dd) eee)].³⁵

Wenn mehrere Berechtigte vorhanden sind, ist es am einfachsten mehrere eigene inhalts- und ranggleiche beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zu begründen, die in ihrem Bestand voneinander unabhängig sind und sich nur hinsichtlich der tatsächlichen Nutzung gegenseitig beschränken.³⁶ Möglich ist jedoch auch die Bestellung nur einer Dienstbarkeit für mehrere Berechtigte.³⁷ Dies hat v. a. Kostenvorteile, da § 63 Abs. 1 Satz 1 KostO nicht zur Anwendung kommt.³⁸ Gemäß § 47 GBO muss dann das Gemeinschaftsverhältnis im Grundbuch eingetragen werden. Als Verbindung kommen bei teilbarem Recht (z. B. quantifizierbare Rechte wie Forst-, Weide- und Fischereirechte) eine Bruchteilsberechtigung nach § 420

BGB in Betracht, bei nicht teilbaren Rechten Mitberechtigung nach § 432 BGB, wozu auch die Gesamthandsberechtigung zählt, und die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB (Gesamtgläubigerschaft).³⁹ Im Anschluss an die Rechtsprechung zum Wohnungsrecht⁴⁰ wird teilweise eine modifizierte Gesamtberechtigung analog §§ 428, 420 BGB für möglich gehalten, wonach jeder Berechtigte die Leistung allein geltend machen kann, die Leistung nur an einen aber keine schuldbeitragende Wirkung hat.⁴¹

Weiterhin besteht die Möglichkeit, eine Dienstbarkeit mehreren Berechtigten in einem zeitlichen Nacheinander einzuräumen (sog. Sukzessivberechtigung). Dabei wird das Recht von vornherein für den einen auflösend bedingt durch den Tod oder ein anderes Ereignis oder unter Setzung einer Endfrist bestellt und für den anderen aufschiebend bedingt durch den Tod oder das sonstige Ereignis oder den Endtermin.⁴² Hierbei handelt es sich allerdings um zwei selbständige Dienstbarkeiten.⁴³ Inwiefern eine echte Sukzessivberechtigung in dem Sinne begründbar ist, dass nur eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit sowohl für den Erstberechtigten als auch für den Sukzessivberechtigten begründet wird, erscheint fraglich. Insbesondere scheidet bei der grundsätzlich nicht vererblichen und unübertragbaren persönlichen Dienstbarkeit eine Sukzessivberechtigung infolge Erbfolge oder Vorausabtretung aus.⁴⁴ In Betracht kommt allenfalls, von vornherein ein Gemeinschaftsverhältnis zu begründen, bei dem die Geltendmachung des Rechts dem Erstberechtigten bis zum Bedingungseintritt (z. B. Tod) allein zusteht.⁴⁵ Als Ausübungsregelung im Innenverhältnis ist dies zwar möglich, inwiefern dieses atypische Gemeinschaftsverhältnis dinglich wirkt, ist aber noch nicht entschieden worden.

Für Leitungsrechte hat dies weniger Relevanz, da in den seltensten Fällen für mehrere Berechtigte gleichzeitig Leitungsrechte bestellt werden. Vielmehr werden hier mehrere Rechte nacheinander und nebeneinander bestellt oder derjenige, dem bereits ein Leitungsrecht zusteht, kann durch schuldrechtlichen Vertrag ein Nutzungsrecht einräumen, sofern ihm die Überlassung gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB gestattet wurde.

cc) Arten der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann gemäß § 1090 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1018 BGB – ebenso wie eine Grunddienstbarkeit – einen dreifachen Inhalt haben. Die erste Alternative ist in § 1090 Abs. 1 BGB selbst erwähnt, nämlich das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu nutzen, und die entsprechende Pflicht des Eigentümers, dies zu dulden (sog. *Nutzungs- oder Duldungsdienstbarkeit*). Hierzu zählen v. a. auch die Leitungsrechte. Nach der zweiten Alternative darf der Belastete auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vornehmen, die er ansonsten nach seinem Eigentumsrecht tätigen dürfte (sog. *Unterlassungs- oder Verbotsdienstbarkeit*), beispielsweise bestimmte

²⁹ BayObLGZ 1955, 170, 174; BayObLG, DNotZ 1991, 254.

³⁰ Amann, Beck'sches Notarhandbuch, A VII, Rdnr. 10.

³¹ Staudinger/Mayer, § 1026 Rdnr. 1.

³² Schöner/Stöber, Rdnr. 1196; Sörgel/Stürner, 12. Aufl. 1989, § 1090 Rdnr. 3.

³³ Zuletzt BayObLG, MittBayNot 2003, 60.

³⁴ BGH, DNotZ 1964, 493; Schöner/Stöber, Rdnr. 1200.

³⁵ Staudinger/Mayer, § 1090 Rdnr. 4; Staudinger/Ring, § 1090 Rdnr. 8; Riedel, Rpfleger 1966, 131; Reiff, Rpfleger 1992, 151; Weitnauer, DNotZ 1964, 716; offen gelassen in BayObLG, DNotZ 1993, 366.

³⁶ Schöner/Stöber, Rdnr. 1197; MünchKommBGB/Joost, § 1090 Rdnr. 24 i. V. m. § 1093 Rdnr. 13.

³⁷ Staudinger/Mayer, § 1018 Rdnr. 6; Sörgel/Stürner, § 1090 Rdnr. 3.

³⁸ Adamczyk, MittRhNotK 1998, 105, 109.

³⁹ Sörgel/Stürner, § 1090 Rdnr. 3; Staudinger/Mayer, § 1090 Rdnr. 6 f.

⁴⁰ BGHZ 46, 253, 260 = NJW 1967, 627, 629; wohl auch BayObLG, DNotZ 1992, 366.

⁴¹ Staudinger/Mayer, § 1090 Rdnr. 6 und § 1018 Rdnr. 51; MünchKommBGB/Falckenberg, § 1018 Rdnr. 23.

⁴² Sörgel/Stürner, § 1090 Rdnr. 3; Staudinger/Mayer, § 1090 Rdnr. 7.

⁴³ BayObLG, DNotZ 1991, 892 zum Rückübertragungsanspruch im Übergabevertrag; Schöner/Stöber, Rdnr. 261 b.

⁴⁴ Schöner/Stöber, Rdnr. 261 f.

⁴⁵ Amann, MittBayNot 1990, 225, 228.

Teile des Grundstücks zu bebauen (Bebauungsverbot). Nach der dritten Alternative darf der Belastete schließlich gegen den Berechtigten Rechte nicht ausüben, die sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück gegenüber dem Berechtigten ergeben (sog. *Ausschlussdienstbarkeit*). Hierunter fallen insbesondere nachbarrechtliche Beschränkungen, z. B. Ausschluss der Rechte aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB. Möglich ist aber auch, dass innerhalb einer persönlichen Dienstbarkeit verschiedene Arten der Belastung zusammengefasst werden, wie es etwa bei Leitungsrechten mit Bauverbot innerhalb eines Schutzstreifens der Fall ist (siehe auch unten beim Ausübungsbereich).⁴⁶ Beachtet werden muss immer, dass die beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Abgrenzung zum Nießbrauch nur eine Grundstücksnutzung in einzelnen Beziehungen gestattet (siehe oben I. 3).

dd) Unzulässiger Inhalt

Was Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein kann, richtet sich nach dem im Sachenrecht geltenden Prinzip des Numerus clausus, d. h. nur die im Sachenrecht abschließend geregelten dinglichen Rechte sind möglich (Typenzwang) und nur mit dem gesetzlich normierten Inhalt (Typenfixierung).

Im Bereich der Dienstbarkeiten findet sich eine ansonsten eher unübliche Typenoffenheit, so dass die Beteiligten sogar den Kerninhalt weitgehend privatautonom regeln können.⁴⁷

aaa) Positives Tun kann nicht Hauptinhalt sein

Jedenfalls muss der gemeinrechtliche Grundsatz „servitus in faciendo consistere nequit“ beachtet werden, d. h. ein positives Tun kann nicht Rechtsinhalt einer Dienstbarkeit sein.⁴⁸ Eine Verdinglichung positiver (wiederkehrender) Handlungspflichten ist nur mittels Reallast (§§ 1105–1112 BGB) möglich und insoweit auch nur als Verwertungsrecht bei Nichterbringung der Leistungen.⁴⁹ Daher ist z. B. keine Dienstbarkeit mit dem Hauptinhalt möglich, dass der Eigentümer zur Errichtung eines Bauwerkes verpflichtet wird.⁵⁰

Mittelbar kann sich eine Verpflichtung zu positivem Tun ergeben, wenn eine Unterlassungsdienstbarkeit so weitreichende Handlungsverbote enthält, dass der Verpflichtete zu einer bestimmten Handlungsweise gezwungen wird, insbesondere um Bezugspflichten zu sichern bzw. zu erzwingen.⁵¹ Der BGH hat entgegen der Rechtsprechung der Instanzgerichte darin weder eine unzulässige Gesetzesumgehung noch einen Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder ein Scheingeschäft (§ 117 BGB) gesehen.⁵² Dafür spricht, dass andernfalls erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen würden, wann ein unzulässiger faktischer Zwang vorliegt; eine Überprüfung, insbesondere unter Berücksichtigung der Motive, ist im formalisierten Grundbuchverfahren ohnehin nicht möglich. Die Entscheidung steht im Zusammenhang mit der

Zulässigkeit der Sicherungsdienstbarkeit, da sie eine der in diesem Zusammenhang umstrittenen Fragen behandelt.

bbb) Keine einmalige Handlung

Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist ein Nutzungsrecht; dies erfordert einen fortgesetzten oder wiederholten Gebrauch. Die Berechtigung zur Vornahme einer nur einmaligen Handlung kann nicht allein Inhalt einer Dienstbarkeit sein.⁵³ Nicht möglich ist daher, das bloße Recht zu begründen, eine Leitung zu verlegen; möglich ist es jedoch, ein solches Recht als unselbständigen Teil einer Dauerberechtigung zu vereinbaren.⁵⁴

ccc) Keine Beschränkung der Verpflichtungs- und Verfügungsmacht des Eigentümers

Insbesondere für Unterlassungsdienstbarkeiten ist weiterhin die Einschränkung zu beachten, dass in §§ 1090 Abs. 2, 1018 2. Alt. BGB mit dem Wortlaut „gewisse Handlungen“ nur Handlungen tatsächlicher Art gemeint sind. Die dem Grundstückseigentümer auferlegte Unterlassungspflicht muss daher auf eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks gerichtet sein, also eine Verschiedenheit in der Art der Benutzung des Grundstücks zur Folge haben.⁵⁵ Dies bedeutet zwar nicht, dass sich das Grundstück selbst in seinem sachlichen Bestand ändern muss; erforderlich ist aber, dass die Vornahme der hiernach verbotenen Handlung eine andere tatsächliche Art der Benutzung darstellen würde, als dies bei den weiterhin zulässigen Handlungen der Fall wäre.⁵⁶ Jedenfalls darf die verbotene Handlung nicht die persönliche oder gewerbliche Freiheit oder gar die Verfügungsbefugnis (§ 137 BGB) oder Verpflichtungsmacht beschränken.⁵⁷ Nicht Inhalt einer Dienstbarkeit kann daher ein Kontrahierungszwang zugunsten gewisser Lieferanten oder ein Verbot des Bezugs von Konkurrenzprodukten sein.⁵⁸ Die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Beschränkung ist schwierig, da auch die Rechtsprechung nicht immer widerspruchsfrei ist; entscheidend ist eine sorgfältige Formulierung.⁵⁹

ddd) Keine Gegenleistung

Auch eine Gegenleistung kann nicht dinglicher Rechtsinhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein.⁶⁰ Dies ergibt sich daraus, dass abstrakte dingliche Rechte weder entgeltlich noch unentgeltlich sind.⁶¹ Eine ähnliche Wirkung kann jedoch erzeugt werden, indem die Erfüllung der geschuldeten Leistung zur aufschiebenden oder auflösenden Bedingung für den Bestand der gesamten Dienstbarkeit oder nur für die Ausübung des Rechtes gemacht wird.⁶² Die Bestellung einer

⁴⁶ *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 133; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1138.

⁴⁷ *Sörgel/Stürmer*, § 1018 Rdnr. 2; *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 75; *MünchKommBGB/Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 2.

⁴⁸ BGH, DNotZ 1959, 240; BGH, DNotZ 1989, 565; *MünchKommBGB/Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 40; *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 79.

⁴⁹ *Hess*, AcP 197 (1997), 489, 504.

⁵⁰ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1133.

⁵¹ *Adamczyk*, MittRhNotK 1998, 105, 113; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1134.

⁵² BGH, MittBayNot 1084, 126; differenzierend *MünchKommBGB/Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 47.

⁵³ RGZ 60, 317, 320; *Staudinger/Mayer*, § 1090 Rdnr. 12; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1129.

⁵⁴ *Staudinger/Mayer*, § 1090 Rdnr. 12; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1129; *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 82 f.

⁵⁵ Grundlegend RGZ 111, 384, 395; BGHZ 29, 244, 248; BayObLG, MittBayNot 1980, 201.

⁵⁶ BGHZ 29, 244, 248.

⁵⁷ *Staudinger/Mayer*, § 1090 Rdnr. 14; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1132.

⁵⁸ *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 111.

⁵⁹ Weitere Rechtsprechungsbeispiele *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 78; *Amann*, Beck'sches Notarhandbuch, A VII, Rdnr. 26; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1131 f.

⁶⁰ BayObLG, Rpfleger 1988, 522; BayObLG, Rpfleger 1992, 189 jeweils zu § 1093 BGB.

⁶¹ *Staudinger/Mayer*, § 1093 Rdnr. 14.

⁶² *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 14; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1280 zum Wohnungsrecht.

bedingten Dienstbarkeit ist jedenfalls im Umkehrschluss zu § 925 Abs. 2 BGB zulässig; a maiore ad minus muss dann auch die bloße Ausübung des Rechtes bedingt werden können.⁶³ Die Bedingung an die Rechtsausübung zu knüpfen, hat den Vorteil, dass der Berechtigte die Dienstbarkeit nicht schon bei geringen Zahlungsrückständen verliert, sondern das Recht lediglich ruht. Bei Leitungsrechten wird teilweise eine einmalige Entschädigung gewährt, von deren Zahlung üblicherweise jedoch nicht die Entstehung oder Ausübung des Nutzungsrechtes abhängig gemacht wird.

eee) Vorteilhaftigkeit

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann nur bestellt werden, wenn sie für irgendjemand einen rechtsschutzwürdigen Vorteil bietet.⁶⁴ Zwar verweist § 1090 Abs. 2 BGB ausdrücklich nicht auf § 1019 BGB, da dieser ein herrschendes Grundstück voraussetzt. Um eine unnötige Belastung des Grundbuchs zu verhindern, ist auch für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ein Rechtsschutzbedürfnis im Sinne eines eigenen oder fremden, privaten oder öffentlichen, nicht notwendig vermögensrechtlichen Interesses erforderlich.⁶⁵ Nicht wirksam entsteht eine Dienstbarkeit, wenn ihre Ausübung schon bei der Bestellung objektiv und dauernd unmöglich ist und die Dienstbarkeit nie vorteilhaft sein kann.⁶⁶

Formulierungsbeispiel (Leitungsrecht ohne Nebenrechte):

Der Eigentümer des vorgenannten Grundstücks räumt hiermit der X GmbH eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit (Gasleitungsrecht) mit folgendem Inhalt ein:

Die X GmbH ist berechtigt, in das Grundstück eine Gasleitung einzulegen, zweckentsprechend zu nutzen und dort zu belassen.

Der Ausübungsbereich ist in dem dieser Erklärung beige-fügten Lageplan rot eingezeichnet. Auf diesen Lageplan, der wesentlicher Bestandteil der Urkunde ist, wird verwiesen; er wurde zur Durchsicht vorgelegt und genehmigt.

Die Eintragung der vorstehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in das Grundbuch an nächstöffener Rangstelle wird bewilligt und beantragt.

b) Vertragsmäßiger Inhalt

Was weiterer dinglicher, d. h. nach der hier verwendeten Terminologie vertragsmäßiger Inhalt sein kann, gibt zum einen das Gesetz vor, zum anderen besteht auch insoweit – wie beim Kerninhalt der Dienstbarkeit – trotz prinzipiell bestehendem Typenzwang und Typenfixierung ein weitreichender Spielraum für privatautonome Gestaltung.

aa) Ausübungsbereich

Aus §§ 1090 Abs. 2, 1023 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt sich, dass es den Parteien grundsätzlich freisteht, ob sie die Ausübung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auf einen realen Grundstücksteil rechtsgeschäftlich beschränken oder die Bestimmung der tatsächlichen Ausübung überlassen wollen.⁶⁷ Wird der Ausübungsort zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht, so ist sie in der Eintragungsbewilligung eindeutig zu bezeichnen, damit der Bestimmtheitsgrundsatz gewahrt ist.⁶⁸ Soweit

es sich um eine beurkundete Willenserklärung handelt, kann gemäß §§ 9 Abs. 1 Satz 2, 13 Abs. 1 Satz 2 BeurkG förmlich auf eine Karte (Flurkarte, Plan, Skizze) mit entsprechenden Einzeichnungen Bezug genommen werden (siehe Formulierungsvorschlag oben). Handelt es sich um eine Beglaubigung, muss der Text ebenfalls einen Hinweis auf den Plan enthalten und der Plan bei der Beglaubigung vorliegen.⁶⁹ Anders als bei der Belastung eines Grundstücksteils gemäß §§ 7 Abs. 2, 2 Abs. 3 GBO ist die Vorlage einer (amtlichen) Karte nicht erforderlich. Ausreichend ist auch, wenn der Ausübungsbereich in der Eintragungsbewilligung selbst so genau beschrieben wird, dass er in der Natur ohne weiteres feststellbar ist.⁷⁰ Theoretisch ist ein Leitungsrecht auch genau genug bestimmt, wenn die Eintragungsbewilligung auf die bereits verlegte Leitung [„wie bisher“] verweist;⁷¹ dies ist jedoch aus Beweisgründen nicht empfehlenswert.

Nach der Rechtsprechung einiger Obergerichte kann der Ausübungsbereich nicht der tatsächlichen Ausübung überlassen werden, wenn die Ausübungsstelle von „essentieller Bedeutung“ ist, da dann der Bestimmtheitsgrundsatz die Festlegung erfordere, weil andernfalls der Inhalt der Belastung nicht erkennbar wäre.⁷² Insbesondere betroffen sind Leitungsrechte, die das Verbot enthalten, in einem bestimmten Abstand beiderseits der Leitung (Schutzstreifen) Gebäude zu errichten (Bauverbot). Der BGH hat sich der Rechtsprechung nicht angeschlossen und entschieden, dass die Ausübungsstelle auch bei einem Leitungsrecht mit Bauverbot der tatsächlichen Ausübung überlassen werden kann: Der wesentliche Eingriff liege bereits in dem Leitungsverlegungsrecht, das Bauverbot sei bloßer Annex.⁷³ In diesem Zusammenhang hat der BGH auch auf die praktischen Schwierigkeiten hingewiesen, die bei einer dinglichen Festlegung der Ausübungsstelle entstehen, wenn sich der Trassenverlauf ändert, da insoweit gemäß §§ 877, 873 BGB Einigung und Eintragung im Grundbuch erforderlich sind. Wird die Ausübungsstelle dagegen der tatsächlichen Ausübung überlassen, dann ist ihre Änderung formlos durch eine sog. Ausübungsregelung möglich.⁷⁴

Es empfiehlt sich jedoch grundsätzlich, den Ausübungsbereich nicht der tatsächlichen Ausübung durch die Beteiligten zu überlassen, sondern stets rechtsgeschäftlich als Inhalt der Dienstbarkeit zu bestimmen, da Teilflächen, die später aus dem belasteten Grundstück veräußert werden und auf die sich der Ausübungsbereich nicht bezieht, ohne Freigabe lastenfrei gemäß §§ 1090 Abs. 2, 1026 BGB abgeschrieben werden können.⁷⁵ Dabei ist weiter zu bedenken, dass eine lastenfreie Abschreibung nur möglich ist, wenn auch bestehende Nebenrechte, wie das Betretungs- und Aufgrabungsrecht, auf den

⁶⁹ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1141.

⁷⁰ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1142.

⁷¹ BGH, DNotZ 1982, 230; ähnlich BayObLG, MittBayNot 1992, 399.

⁷² OLG Hamm, NJW 1981, 1632; OLG Celle, NdsRpfl 1982, 198; KG, DNotZ 1973, 373; LG Aachen, MittRhNotK 1981, 110; so auch *Palandt/Bassenge*, § 1018 Rdnr. 7; *MünchKommBGB/Joost*, § 1090 Rdnr. 27; *MünchKommBGB/Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 14 f.; wohl auch *Sörgel/Stürner*, § 1018 Rdnr. 39 a.

⁷³ BGH, DNotZ 1985, 37 = NJW 1984, 2210; so auch *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 68; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1119; differenzierend *MünchKommBGB/Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 15.

⁷⁴ Zur entsprechenden Differenzierung beim Verlegungsanspruch nach § 1023 BGB: *Staudinger/Mayer*, § 1023 Rdnr. 16 f.; *Sörgel/Stürner*, § 1023 Rdnr. 8.

⁷⁵ *Amann*, Beck'sches Notarhandbuch, A VII, Rdnr. 9; *Adamczyk*, MittRhNotK 1998, 105, 106.

⁶³ *Staudinger/Mayer*, § 1093 Rdnr. 14.

⁶⁴ BayObLG, MittBayNot 1989, 212, 214.

⁶⁵ *Staudinger/Mayer*, § 1091 Rdnr. 2.

⁶⁶ BGH, DNotZ 1985, 549.

⁶⁷ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1119; *MünchKommBGB/Joost*, § 1090 Rdnr. 27.

⁶⁸ BGH, NJW 1981, 1781; NJW 1982, 1039.

Ausübungsbereich beschränkt sind und sich nicht auf das ganze Grundstück beziehen.⁷⁶ Ist dies ausdrücklich wie im folgenden Formulierungsvorschlag in die Eintragungsbewilligung aufgenommen worden, kann der erforderliche Nachweis nach § 22 GBO unproblematisch durch Bezugnahme auf diese Eintragungsbewilligung erfolgen. Andernfalls ist die Bewilligung des Berechtigten nach § 19 GBO erforderlich. Diesbezüglich ist ungeklärt, ob der Berechtigte, wie es in der Praxis vorkommt, eine Bearbeitungsgebühr für seinen Prüfungsaufwand verlangen kann. Würde die Grundstücksteilung unter Übertragung der Dienstbarkeit vollzogen, hätte der Eigentümer – sofern die Voraussetzungen der §§ 1090 Abs. 2, 1026 BGB vorliegen – einen Anspruch auf Abgabe der Löschungsbewilligung aus § 894 BGB.⁷⁷ Nach § 897 BGB hat dann der Eigentümer als derjenige, der die Berichtigung verlangt, u. a. die Kosten der Erklärungen zur Grundbuchberichtigung zu tragen, also auch die der Bewilligung des Dienstbarkeitsberechtigten. Bei einer lastenfremden Abschreibung wird eine Unrichtigkeit des Grundbuchs zwar gerade verhindert, aber aufgrund derselben Interessenlage ist eine entsprechende Anwendung des § 897 BGB geboten. Da diese Kostenfolge bei uneigennütigen Dienstbarkeiten, wie es Ver- und Entsorgungsleitungsrechte sind, nicht der tatsächlichen Interessenlage entsprechen wird, ist eine abweichende Kostenregelung bereits bei Bestellung zu empfehlen; eine eindeutige Ausübungsbeschränkung einschließlich der Nebenrechte ist jedoch grundsätzlich vorzuziehen.

Formulierungsbeispiel (Leitungsrecht mit Bauverbot):

Der Eigentümer des vorgenannten Grundstücks räumt hiermit der Gemeinde X eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Abwasserleitungsrecht) mit folgendem Inhalt ein:

Die Gemeinde X ist berechtigt, auf dem Grundstück in einem 8 Meter breiten Bereich, der im Lageplan rot eingezeichnet ist, eine Abwasserleitung samt Kontrollschacht zu verlegen, zu belassen und zweckentsprechend zu nutzen sowie die damit zusammenhängenden Bau-, Betriebs-, Unterhaltungs- und Auswechslungsarbeiten vorzunehmen. Sie ist berechtigt, zu vorgenannten Zwecken, insbesondere zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen Betriebs, das Grundstück betreten und im erforderlichen Umfang aufgraben zu lassen sowie den Aushub abzulagern. Die Gemeinde X ist verpflichtet, nach Abschluss der jeweiligen Arbeiten den ursprünglichen Zustand des Grundstücks auf eigene Kosten unverzüglich wiederherzustellen.

Auf einem Schutzstreifen von 5 Meter Breite, dessen Mittellinie über der Achse der Leitung liegt, hat der Eigentümer alle Maßnahmen zu unterlassen, welche den Bestand oder den Betrieb der Leitung gefährden könnten, insbesondere die Errichtung von Bauwerken und die Bepflanzung mit Bäumen oder tief wurzelnden Sträuchern.

Die Ausübung der Dienstbarkeit samt Nebenrechten ist auf den im Lageplan rot eingezeichneten Ausübungsbereich beschränkt. Auf diesen Lageplan, der wesentlicher Bestandteil der Urkunde ist, wird verwiesen; er wurde zur Durchsicht vorgelegt und genehmigt.

Die Eintragung der vorstehenden beschränkt persönlichen Dienstbarkeit in das Grundbuch an nächstoffener Rangstelle wird bewilligt und beantragt.

bb) Nebenverpflichtungen

Wie bereits festgestellt, kann positives Tun grundsätzlich nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein. Das Gesetz selbst macht jedoch in § 1090 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1020 Satz 2 BGB bis § 1022 BGB hiervon eine Ausnahme, soweit es um die Unterhaltungspflicht geht. Daraus lässt sich der allgemeine Rechtsgedanke ableiten, dass Handlungspflichten hinsichtlich von Nebenverpflichtungen vereinbart werden können.⁷⁸ Eine Nebenverpflichtung liegt dabei vor, wenn sie akzessorischen Charakter zur Dienstbarkeit hat⁷⁹ bzw. in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausübung der Befugnisse, die die Dienstbarkeit verleiht, steht und ihr wirtschaftliches Gewicht ihrem Charakter als Nebenverpflichtung nicht widerspricht.⁸⁰ Möglich sind z. B. Regelungen über die Beseitigung bzw. den Ersatz von Schäden, die bei Ausübung der Dienstbarkeit am belasteten Grundstück entstehen, z. B. durch Reparaturarbeiten⁸¹ oder die Nebenverpflichtung zur Errichtung und Erhaltung von Schutzvorrichtungen oder zur Erhaltung einer Mauer.⁸² Nicht möglich ist dagegen – auch als Nebenleistungspflicht – die Verpflichtung zum Abbruch eines Gebäudes oder zur Bebauung, da dies nicht akzessorisch zum Dienstbarkeitsinhalt ist, sondern diesen umgestaltet.⁸³ Bei Verletzung dieser Nebenleistungspflichten besteht ein persönlicher Anspruch gegen den Verpflichteten, der im Wege der Leistungsklage geltend gemacht werden kann.⁸⁴ Ist ein Verwertungsrecht gewünscht, muss eine selbständige Reallast bestellt werden.

cc) Die Unterhaltungspflicht im Speziellen

Bei den Unterhaltungspflichten ist zu beachten, dass bereits bestehende gesetzliche Pflichten nicht zusätzlich verdinglicht werden können, da die bloße Wiederholung gesetzlicher Vorschriften das Grundbuch unnötig belasten würde und das Rechtsschutzbedürfnis an einer solchen Eintragung fehlt.⁸⁵

Dies betrifft insbesondere die Unterhaltungspflicht des Berechtigten nach § 1020 Satz 2 BGB, wenn er die Anlage allein benutzt und soweit es das Interesse des Eigentümers erfordert. „Anlage“ ist jede zur Ausübung der Dienstbarkeit geschaffene Einrichtung, z. B. ein befestigter Weg oder eine Rohrleitung.⁸⁶ Ein „Halten zur Ausübung“ liegt vor, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte die Anlage im eigenen Interesse tatsächlich und ausschließlich benutzt, unabhängig von einer rechtlichen Befugnis zur Nutzung und etwaigen Eigentumsverhältnissen an der Anlage.⁸⁷ Der Begriff der „Unterhaltungspflicht“ ist weit zu verstehen, umfasst ist auch die Ausbesserung, Erneuerung und Wiederherstellung sowie die Verkehrsicherungspflicht im Innenverhältnis (also nicht mit Wirkung gegenüber Dritten).⁸⁸ Nicht geregelt ist nach h. M. in § 1020 Satz 2 BGB der Fall der Mitbenutzung der Anlage durch den Eigentümer, da es insoweit nicht mehr um die Erhaltung des

⁷⁸ *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 80.

⁷⁹ So *MünchKommBGB/Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 41.

⁸⁰ So *Amann*, DNotZ 1989, 531, 561.

⁸¹ *Amann*, DNotZ 1982, 396, 415.

⁸² *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1133; weitere Beispiele bei *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 80.

⁸³ *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 81.

⁸⁴ *Amann*, DNotZ 1982, 396, 413.

⁸⁵ *MünchKommBGB/Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 49.

⁸⁶ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1153; *Sörgel/Stürner*, § 1020 Rdnr. 5.

⁸⁷ *Staudinger/Mayer*, § 1020 Rdnr. 13.

⁸⁸ *MünchKommBGB/Falckenberg*, § 1020 Rdnr. 11; *Amann*, DNotZ 1989, 531, 547 f.

⁷⁶ *Opitz*, Rpfleger 2000, 367, 369; *Staudinger/Mayer*, § 1026 Rdnr. 13.

⁷⁷ *Staudinger/Mayer*, § 1026 Rdnr. 10.

Zustandes der Anlage geht, um Beeinträchtigungen des Eigentümers zu verhindern, sondern um die Erhaltung der Gebrauchsfähigkeit, die gerade nicht geregelt ist.⁸⁹ Das Gesetz geht davon aus, dass jeder Teil insoweit freiwillig die Anlage unterhält, wie es dem eigenen Interesse entspricht; eine gegenseitige Unterhaltungsverpflichtung besteht gesetzlich nicht.

Vom Gesetz eindeutig zugelassen ist, eine Unterhaltungspflicht im Rahmen der §§ 1021, 1022 BGB zu vereinbaren, mit der Wirkung, dass die Verpflichtung des Grundstückseigentümers durch eine unselbständige Reallast gemäß § 1021 Abs. 2 BGB abgesichert ist (Rechtsfolgenverweis).⁹⁰ Vereinbart kann dabei werden, dass der Verpflichtete die tatsächliche Ausführung der zur Unterhaltung der Anlage erforderlichen Arbeiten übernimmt oder die dafür nötigen Kosten vorschießt oder erstattet.⁹¹ §§ 1021, 1022 BGB regeln jedoch nicht abschließend, welche Unterhaltungspflichten vereinbart werden können, sondern nur, inwiefern diese reallastbewehrt sind.⁹² Möglich ist daher, mit dinglicher Wirkung zu vereinbaren, dass die Unterhaltungskosten bzw. die tatsächliche Unterhaltungslast hälftig oder zu bestimmten Bruchteilen verteilt werden.⁹³

Formulierungsbeispiel:

Die Kosten der Verlegung und der Unterhaltung der Leitung haben der Berechtigte X und der Eigentümer Y je zur Hälfte zu tragen.

X ist berechtigt, das Grundstück zum Zwecke der Errichtung und zur Vornahme von Reparaturarbeiten zu betreten bzw. betreten zu lassen.

Er ist jedoch verpflichtet, in jedem Fall den ursprünglichen Zustand auf seine Kosten wiederherzustellen. Soweit eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands nicht möglich sein sollte, ist Schadensersatz zu leisten.

c) Eintragung im Grundbuch

Wenn Einigkeit über den Inhalt des dinglichen Rechtes besteht, ist gemäß § 873 Abs. 1 BGB die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Die Eintragung erfolgt gemäß § 13 GBO auf Antrag, sofern der Grundstückseigentümer sie in der Form des § 29 GBO bewilligt hat (§ 19 GBO). Im Grundbuch kann gemäß § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Keine Bezugnahme ist somit möglich hinsichtlich des Belastungsgegenstandes, des Berechtigten einschließlich des Berechtigungsverhältnisses sowie des wesentlichen Inhalts des Rechtes.⁹⁴ Das Grundbuch muss also im Eintragungsvermerk den Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ihrem Wesenskern nach schlagwortartig angeben, wobei die Bezeichnung als beschränkte persönliche Dienstbarkeit empfehlenswert, aber nicht unbedingt erforderlich ist.⁹⁵ Ausreichend ist z. B. „Versorgungsleitungsrecht“.⁹⁶ Ebenso nicht zum Inhalt gehören Befristungen und Bedingungen. Auch diese müssen

eingetragen werden, sofern sie das dingliche Recht selbst betreffen.⁹⁷ Bezugnahmefähig ist nur der nähere Inhalt der Bedingung und Befristung. Bezugnahme genügt auch bei Bedingungen, die lediglich die Ausübung des Rechtes betreffen, weil diese zum näheren Inhalt des Rechtes und nicht zur Entstehung gehören.⁹⁸

Hinsichtlich des näheren Inhaltes des Rechtes, insbesondere den vertragsmäßigen Vereinbarungen (Ausübungsstelle, Unterhaltungspflichten), ist eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung möglich.

III. Umfang

Gemäß § 1091 BGB richtet sich der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Zweifel nach den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten. Es handelt sich somit nur um eine Auslegungsregel, die erst greift, wenn die individuelle Auslegung nichts anderes ergibt.⁹⁹

Der Begriff des Umfangs ist im Unterschied zur Art des Nutzungsrechtes (z. B. Leitungsrecht als Recht, eine Leitung zu verlegen, zu nutzen und dort zu belassen) zu sehen, die aus Bestimmtheitsgründen nicht offen gelassen werden kann. Mit Umfang ist also die Intensität bzw. die Art und Weise der Ausübung des Dienstbarkeitsinhalts gemeint. Dabei dürfen jedoch die Interessen des Eigentümers des belasteten Grundstücks nicht außer Betracht bleiben; dies gebietet schon die Schonungspflicht der §§ 1090 Abs. 2, 1020 Satz 1 BGB, die eine Abwägung der gegenseitigen Interessen gebietet.¹⁰⁰

Aus § 1091 BGB kann auch der Schluss gezogen werden, dass der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht von vornherein für alle Zeiten feststeht, da sich die jeweiligen Bedürfnisse des Berechtigten ändern können. Nach ständiger Rechtsprechung kann sich der Umfang einer Dienstbarkeit anpassen, insbesondere mit einer Bedarfssteigerung wachsen und durch technische oder wirtschaftliche Veränderung wandeln.¹⁰¹ Dies ist v. a. für Rechte zugunsten juristischer Personen relevant, weil hier die Dienstbarkeit für lange Zeit bestehen kann. Voraussetzung ist, dass sich die Bedarfssteigerung in den Grenzen einer der Art nach gleich bleibenden Benutzung des Grundstücks hält und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht voraussehbare oder willkürliche Benutzungsänderung beruht.¹⁰² Rechtsgrundlage für die Anpassung sieht der BGH in dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB), wobei eine Ähnlichkeit zur ergänzenden Vertragsauslegung besteht.¹⁰³ Dementsprechend kann eine Anpassung nicht im Widerspruch zu dem von den Parteien festgelegten, durch Auslegung vorrangig zu ermittelnden Umfang der Dienstbarkeit erfolgen.¹⁰⁴ Nicht möglich ist daher

⁹⁷ MünchKommBGB/Wacke, § 874 Rdnr. 4; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1149.

⁹⁸ OLG Karlsruhe, DNotZ 1968, 432; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1160; a. A. OLG Frankfurt, Rpfleger 174, 430.

⁹⁹ *Staudinger/Mayer*, § 1091 Rdnr. 1.

¹⁰⁰ MünchKommBGB/Falckenberg, § 1020 Rdnr. 4; *Staudinger/Mayer*, § 1020 Rdnr. 5.

¹⁰¹ BGH, DNotZ 1959, 240, 241 (Dienstbarkeit über Seilbahnbetrieb bei nachträglicher Straßenanschließung); BGH, DNotZ 1976, 20 f. (Wegerecht bei Umstellung von Zimmer- auf Apartmenterrichtung); BGH, DNotZ 1989, 562, 564 (Wasserentnahmedienstbarkeit bei nachträglicher Brunnenerrichtung).

¹⁰² BGH, NJW-RR 2003, 1235 f.; 2003, 1237; BayObLG, MittBayNot 2004, 192.

¹⁰³ MünchKommBGB/Falckenberg, § 1018 Rdnr. 52; *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 153.

¹⁰⁴ MünchKommBGB/Falckenberg, § 1018 Rdnr. 52.

⁸⁹ OLG Köln, NJW-RR 1996, 16; MünchKommBGB/Falckenberg, § 1020 Rdnr. 9; *Palandt/Bassenge*, § 1020 Rdnr. 3; *Staudinger/Mayer*, § 1020 Rdnr. 14.

⁹⁰ *Staudinger/Mayer*, § 1021 Rdnr. 14; *Amann*, DNotZ 1982, 396, 402.

⁹¹ MünchKommBGB/Falckenberg, § 1021 Rdnr. 5.

⁹² *Amann*, DNotZ 1989, 531, 544.

⁹³ MünchKommBGB/Falckenberg, § 1021 Rdnr. 5; *Amann*, DNotZ 1982, 396, 415.

⁹⁴ *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 26.

⁹⁵ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1213.

⁹⁶ Weitere Beispiele bei *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1145; *Sörgel/Stürner*, § 1018 Rdnr. 41.

z. B. die Überschreitung einer festgelegten Wegesbreite.¹⁰⁵ Andererseits ist eine stärkere Ausübung eines Wegerechts zulässig, wenn der erweiterte Bedarf bei Dienstbarkeitsbestellung vorhersehbar war.¹⁰⁶ Bei einem alten Geh- und Fahrrecht wird die technische Entwicklung berücksichtigt, so dass der Weg statt mit Pferdefuhrwerken mit Kfz befahren werden darf,¹⁰⁷ es sei denn, das Fahrrecht wurde ausdrücklich auf ein bestimmtes Verkehrsmittel beschränkt.¹⁰⁸ Übertragen auf Leitungsrechte bedeutet dies, dass ein festgelegter Ausübungsbereich nicht an möglicherweise geänderte Bedürfnisse angepasst werden kann. Dies gilt auch dann, wenn der Ausübungsbereich, wie im obigen Formulierungsbeispiel, auch die Nebenrechte einbezieht und sich bei späteren Reparaturarbeiten herausstellt, dass hierzu ein größerer Bereich des Grundstücks benötigt wird. Dazu ist eine eigene (schuldrechtliche) Gestattung des Grundstückseigentümers erforderlich.¹⁰⁹ Dagegen kann auch bei einem Leitungsrecht die technische Entwicklung nicht unberücksichtigt bleiben, so dass bei einem Gasleitungsrecht, das ursprünglich eine Erdgasleitung gesichert hat, statt Erdgas (Naturmethan) auch Biogas oder Wasserstoff eingespeist werden kann, sofern die Eintragung im Grundbuch bzw. die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung die Gasleitung nicht auf Erdgas beschränkt.¹¹⁰ Grenze ist wiederum eine unzulässige qualitative Nutzungsänderung, z. B. wenn ein Unternehmen statt der durch beschränkte persönliche Dienstbarkeit abgesicherten Ferngasleitung eine umfassende telekommunikative Nutzung bezweckt.¹¹¹ Der BGH

¹⁰⁵ OLG Zweibrücken, OLGZ 1968, 143, 146; weitere Beispiele bei *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1158; *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 155; *Sörgel/Stürner*, § 1018 Rdnr. 9.

¹⁰⁶ BGH, DNotZ 1976, 20 für Grunddienstbarkeit.

¹⁰⁷ BGH, NJW 1964, 2016, 2017; BGH, NJW 1967, 1609, 1610.

¹⁰⁸ RG, JW 1930, 3851: Dienstbarkeit beschränkt auf Handkarren.

¹⁰⁹ A. A. *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 135, der eine Duldungspflicht aus § 242 BGB ableitet (Fallgruppe: nachträgliche Sicherung der erbrachten Leistung).

¹¹⁰ Ähnlich *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 104.

¹¹¹ BGH, DNotZ 2001, 64, 66 f.

hat hier jedoch eine Duldungspflicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG bejaht.

Teilweise wird angezweifelt, dass die qualitative Abgrenzung der Rechtsprechung nach der Art der Nutzung nicht interessengerecht ist, da für die Parteien die quantitativen Auswirkungen einer Veränderung entscheidender sind.¹¹² Wird z. B. bei einem Leitungsrecht aufgrund nachträglicher gesetzlicher Sicherheitsauflagen erforderlich, Schilder oberhalb der Trassenführung aufzustellen, ist für die Parteien wohl unerheblich, dass die Nutzungsart (Leitungsrecht) gleich bleibt. Ausschlaggebend ist, wie die Bedürfnisänderung die Grundstücksnutzung für den Eigentümer beeinträchtigt, der bisher durch die unterirdisch verlaufenden Leitungen nicht beeinträchtigt wurde. Bei einer Abwägung müsste man wohl zum Ergebnis kommen, dass die Anpassung verhältnismäßig ist, da der Berechtigte gesetzlich verpflichtet ist und nicht ein eigenes Zutun zur Änderung geführt hat. Etwas anderes muss wiederum gelten, wenn der festgelegte Ausübungsbereich überschritten wird.

IV. Zusammenfassung

Dienstbarkeiten sind, obwohl es Sachenrechte sind, sehr offen geregelt, so dass sowohl hinsichtlich des Mindestinhalts als auch hinsichtlich des vertragsgemäßen Inhalts ein großer Gestaltungsspielraum besteht. Im Hinblick auf später eintretende entwicklungsbedingte Änderungen stellt sich die Frage, ob eine zu stark spezifizierte Nutzung mit genauer Ausübungsregelung nicht schädlich ist. Der Notar steht daher vor der Aufgabe, einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Berechtigten, der sich möglichst weitgehende Anpassungsmöglichkeiten offen lassen will, und dem Interesse des Grundstückseigentümers zu finden, für den eine möglichst genaue Festlegung, insbesondere im Hinblick auf § 1026 BGB, am günstigsten ist.

¹¹² MünchKommBGB/*Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 53 mit Nachweisen erster Ansätze einer sich ändernden Rspr.

Die Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts und deren Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Von Notar *Martin Walter*, Neumarkt i. d. OPf.

Am 1.1.2005 ist das „Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts“ in Kraft getreten. Die Rechtsstellung eingetragener Lebenspartner hat sich dadurch in vielerlei Hinsicht verändert, u. a. im Vermögens- bzw. Güterrecht, im Unterhaltsrecht, im Bereich des Versorgungsausgleichs und bei der Hinterbliebenenversorgung. Es erfolgte eine weitgehende Angleichung an die für Ehegatten geltenden Regelungen. Neu eingeführt wurden die Stiefkindadoption und das Verlöbnis, geändert wurden ferner die Voraussetzungen für die Aufhebung einer Lebenspartnerschaft. Nicht geändert hat sich die Rechtsstellung eingetragener Lebenspartner im Steuer- und Beamtenrecht.

A. Einleitung

Ziel dieses Beitrages ist es, die wichtigsten Änderungen des Lebenspartnerschaftsrechts durch das am 1.1.2005 in Kraft getretene „Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts“ (im Folgenden kurz „Überarbeitungsgesetz“) darzustellen und deren Auswirkungen auf die notarielle Praxis aufzuzeigen.

Das Lebenspartnerschaftsrecht ist zersplittert: es ist hauptsächlich durch das Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) selbst geregelt, welches als Artikel 1 des „Gesetz(es) zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften“ am 1.8.2001 in Kraft getreten ist¹. Dem LPartG kommt kein Kodifikationscharakter zu: denn eine Vielzahl von weiteren Gesetzen wurde durch das vorgenannte Artikelgesetz im Hinblick auf das Rechts-

institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft geändert bzw. ergänzt. LPartG und die weiteren Gesetze zusammen machen erst das Lebenspartnerschaftsrecht als Ganzes aus.

Um das Überarbeitungsgesetz einordnen zu können, ist es notwendig, sich kurz die Geschichte des Lebenspartnerschaftsrechts zu vergegenwärtigen. Das Bundesverfassungsgericht hatte nach dem Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsrechts im Weg einer abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG über dessen Verfassungsmäßigkeit zu entscheiden.² Dabei hat das Bundesverfassungsgericht die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit der genannten Regelungen festgestellt. Tragende Erwägung war dabei, dass ein Abstandsgebot zwischen Ehe und gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft nicht bestehe und es dem Gesetzgeber somit nicht verwehrt sei, Regelungen zu treffen, die zu einer Gleichstellung beider Rechtsinstitute führen.³ Das Bundesverfassungsgericht hatte dabei auch auf bestehende Unklarheiten und Korrekturbedarf hingewiesen. In der 2002 auslaufenden 14. Legislaturperiode des Bundestages kam es nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts jedoch zu keiner Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts mehr.

In der von 2002 bis 2006 laufenden 15. Legislaturperiode des Bundestages wurde von der Regierungskoalition das Projekt einer Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts wieder aufgenommen. Der „Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts“ wurde zur Jahresmitte 2004 in das Parlament eingebracht.⁴ Er wurde am 29.10.2004 vom Bundestag beschlossen⁵ und enthielt keine Regelungen, die eine Zustimmung des Bundesrates erforderlich gemacht hätten. Ein Vermittlungsverfahren mit nachfolgender Einspruchsmöglichkeit, Art. 77 Abs. 2, 3 GG, wurde vom Bundesrat nicht eingeleitet. Das aus dem Entwurf hervorgegangene „Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts“ wurde am 15.12.2004 ausgefertigt und am 20.12.2004 im Bundesgesetzblatt verkündet.⁶ Es trat am 1.1.2005 in Kraft.

Die Zersplitterung des Lebenspartnerschaftsrechts bleibt auch nach dem Überarbeitungsgesetz bestehen. Dieses enthält nämlich in Form eines weiteren Artikelgesetzes in seinem Artikel 1 Änderungen des LPartG und in den folgenden Artikeln Änderungen in einer Vielzahl von weiteren Rechtsvorschriften.

B. Überarbeitung bürgerlich-rechtlicher Regelungen

Durch das Überarbeitungsgesetz wurde eine Vielzahl bürgerlich-rechtlicher Vorschriften geändert.

I. Begründung einer Lebenspartnerschaft, Eheverbot, Verlöbnis

Hinsichtlich des Verfahrens zur Begründung einer Lebenspartnerschaft haben sich durch das Überarbeitungsgesetz nur geringfügige Änderungen ergeben. § 1 Abs. 1 Satz 4 LPartG wurde durch das Überarbeitungsgesetz gestrichen. Es ist

daher nicht mehr Voraussetzung für die Begründung einer Lebenspartnerschaft, dass die Lebenspartner Erklärungen über ihren Vermögensstand abgegeben haben.

Die Regelung im bisherigen Lebenspartnerschaftsrecht hatte zu einer Vielzahl von Unklarheiten geführt.⁷ Mit der Neuregelung wird auch für Lebenspartner ein gesetzlicher Güterstand eingeführt. Der Inhalt des Güterrechts, wie es nach dem Überarbeitungsgesetz gilt, wird nachfolgend dargestellt. Hinzuweisen ist an dieser Stelle nur darauf, dass auch für Lebenspartner der Gesetzgeber nunmehr von „Güterrecht“ und nicht mehr von „Vermögensrecht“ spricht.

Für die Urkundsgestaltung hat die Streichung von § 1 Abs. 1 Satz 4 LPartG zur Folge, dass keine Erklärungen über den Vermögens- bzw. Güterstand mehr in die Urkunde zur Begründung der Lebenspartnerschaft aufgenommen werden müssen. Insoweit wäre Ziffer II. der von der Landesnotarkammer Bayern veröffentlichten Musterniederschrift⁸ ganz zu streichen bzw. wie folgt zu fassen:

II. Güterstand

Über die Regelungsmöglichkeiten und die Rechtsfolgen der Begründung einer Lebenspartnerschaft in güterrechtlicher Hinsicht haben wir uns vor der heutigen Beurkundung unterrichtet.

Wir möchten keinen Lebenspartnerschaftsvertrag abschließen und im Güterstand der Zugewinngemeinschaft leben. Über dessen Grundzüge hat der Notar belehrt.

alternativ: Wir haben daher einen Lebenspartnerschaftsvertrag zu Urkunde des amtierenden Notars vom, URNr. geschlossen.

Weitere Änderungen im Verfahren zur Begründung einer Lebenspartnerschaft wurden durch das Überarbeitungsgesetz nicht vorgenommen. Insbesondere besteht nach wie vor keine bundeseinheitliche Zuständigkeit der Standesbeamten für die Begründung von Lebenspartnerschaften.

Das Überarbeitungsgesetz enthält ferner eine Ergänzung zu § 1306 BGB, mit der die höchst umstrittene Frage geregelt wird, ob eine bestehende Lebenspartnerschaft die Schließung einer Ehe verhindert oder nicht.⁹ Der Gesetzgeber hat sich hier für eine klare Lösung entschieden: Nach § 1306 BGB n. F. darf eine Ehe nicht geschlossen werden, wenn ein Eheschließungswilliger in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebt. Für den Fall der Begründung einer Lebenspartnerschaft bei bestehender Ehe ist dies spiegelbildlich schon seit Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsrechts in § 1 Abs. 2 Nr. 1 LPartG geregelt.

Mit einer Ergänzung zu § 1 LPartG wird durch das Überarbeitungsgesetz eine Art Verlöbnis für Lebenspartner eingeführt. In § 1 Abs. 3 LPartG n. F. wird zunächst der Grundsatz normiert, wonach aus dem Versprechen, eine Lebenspartnerschaft zu begründen, nicht auf deren Begründung geklagt werden kann. Zu den weiteren Rechtsfolgen wird dann auf die Regelungen zum Verlöbnis bei der Ehe, also auf die §§ 1297 Abs. 2, 1298 bis 1302 BGB verwiesen.

1 BGBl. I, 266.

2 Zum vorausgehenden Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung siehe Hk-LPartG/Stüber, Einleitung, Rdnr. 18.

3 BVerfGE 105, 313; Leitsätze auch abgedruckt in MittBayNot 2002, 292.

4 BT-Drucksache 15/3445.

5 BT-Plenarprotokoll 15/136.

6 BGBl. I, 3396.

7 Vgl. dazu Palandt/Brudermüller, BGB, 64. Aufl., § 6 LPartG Rdnr. 2, 4; Wellenhofer-Klein, Die eingetragene Lebenspartnerschaft, Rdnr. 67 ff.

8 Förtig/Nachreiner, MittBayNot 2001, Sonderheft Lebenspartnerschaften, 68 f.

9 Hk-LPartG/Kemper, § 1 Rdnr. 11; Palandt/Brudermüller, § 1 LPartG Rdnr. 6, jeweils mit weiteren Nachweisen.

Die Anpassung von Regelungen, die für Verlobte in anderen Rechtsbereichen gelten, wurde vom Gesetzgeber in Folge dieser Gesetzgebungstechnik dann jeweils separat vorgenommen. Die Terminologie ist dabei schillernd: So wird teilweise der Begriff des „Verlobten im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes“ verwendet,¹⁰ obwohl im Lebenspartnerschaftsgesetz der Begriff des „Verlobten“ oder des „Verlöbnisses“ gerade vermieden wird. An anderer Stelle wird – korrekt, aber umständlich – von der „Person, mit der der Beschuldigte ein Versprechen eingegangen ist, eine Lebenspartnerschaft zu begründen“ bzw. von demjenigen, „mit dem die Partei ein Versprechen eingegangen ist, eine Lebenspartnerschaft zu begründen“, gesprochen.¹¹

Die praktische Relevanz der bürgerlich-rechtlichen Regelungen zu diesem dem Verlöbnis entsprechenden Rechtszustand in der notariellen Beratungspraxis dürfte indes gering sein. Wichtig ist meines Erachtens vor allem das erweiterte Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess bzw. Zivilprozess. Im notariellen Berufsrecht ist in Zukunft § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a BeurkG n. F. zu beachten, der ein auf Verlobte im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes erweitertes Mitwirkungsverbot für Notare vorsieht.

II. Aufhebung einer Lebenspartnerschaft

Umfassend neu geregelt wurden durch das Überarbeitungsgesetz die Voraussetzungen der Aufhebung einer Lebenspartnerschaft. Die Aufhebung einer Lebenspartnerschaft entspricht grundsätzlich der Scheidung einer Ehe. Nicht verwechseln darf man daher auch in Zukunft wegen der misslungenen Terminologie die Aufhebung einer Lebenspartnerschaft und die Aufhebung einer Ehe. Die der Aufhebung einer Ehe entsprechenden Tatbestände sind bei der Lebenspartnerschaft nach wie vor teilweise nicht geregelt und teilweise in das allgemeine, der Scheidung entsprechende Aufhebungsverfahren einbezogen.

§ 15 Abs. 2 LPartG a. F. sah grundsätzlich als Voraussetzung für die Aufhebung einer Lebenspartnerschaft die Abgabe notariell zu beurkundender Nichtfortsetzungserklärungen nebst dem Ablauf daran anknüpfender Fristen von ein bzw. drei Jahren vor. Nach § 15 Abs. 2 LPartG n. F. ist Voraussetzung nunmehr grundsätzlich das Getrenntleben der Lebenspartner während einer bestimmten Zeitspanne. Bei einer übereinstimmend beantragten Aufhebung beträgt diese ein Jahr, § 15 Abs. 2 Nr. 1 LPartG n. F., bei einseitigem Antrag drei Jahre, § 15 Abs. 2 Nr. 2 LPartG n. F.

Definiert wird der Begriff des Getrenntlebens in § 15 Abs. 5 LPartG n. F. in enger Anlehnung an die eherechtlichen Bestimmungen in § 1567 BGB. Voraussetzung ist, dass eine häusliche Gemeinschaft nicht besteht und ein Lebenspartner sie erkennbar nicht herbeiführen will. Man wird insoweit die eherechtlichen Kriterien heranziehen können. Meines Erachtens wird durch die Neuregelung vom Gesetzgeber auch kundgetan, dass er bei Lebenspartnerschaften voraussetzt, dass eine Verpflichtung zur häuslichen Gemeinschaft besteht. Ausdrücklich geregelt ist dies indes nach wie vor nicht.¹²

Unverändert geblieben ist die Möglichkeit zur Aufhebung einer Lebenspartnerschaft für den Fall, dass die Fortsetzung der Lebenspartnerschaft für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Lebenspartners liegen, eine unzumutbare Härte wäre, § 15 Abs. 2 Nr. 3 LPartG. Neu eingefügt wurde hingegen in § 15 Abs. 3 LPartG n. F. eine Härteklausele, die es ermöglicht, trotz des Vorliegens der Aufhebungsvoraussetzungen die Lebenspartnerschaft mindestens zeitweilig aufrechtzuerhalten.

Neu geregelt wurden teilweise auch die Folgen eines Willensmangels bei Begründung einer Lebenspartnerschaft. Durch § 15 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 LPartG n. F. wird angeordnet, dass eine Aufhebung der Lebenspartnerschaft durch das Gericht vorgenommen werden kann, wenn bei einem Lebenspartner ein Willensmangel im Sinne des § 1314 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 BGB vorlag. Da auf § 1318 BGB nicht verwiesen wird, führt diese Regelung dazu, dass bei Lebenspartnerschaften bei gewissen Willensmängeln ohne Modifikation das dem Scheidungsfolgenrecht entsprechende Recht der Folgen der Aufhebung einer Lebenspartnerschaft anzuwenden ist.¹³ Die Regelung in § 15 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 LPartG n. F. lässt ferner im Unklaren, ob damit abschließend alle Willensmängel geregelt sein sollen, so dass andere Willensmängel als die in § 1314 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 BGB genannten unbeachtlich sind oder ob daneben noch allgemeine Regeln angewendet werden können, z. B. für den Fall einer Schein-Lebenspartnerschaft. Für Ehegatten wäre dies nämlich in § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB geregelt, auf den gerade nicht vom LPartG verwiesen wird. Nach Auffassung des Gesetzgebers sollen nur die allgemeinen Regelungen der §§ 119 ff. BGB durch die Neuregelung ausgeschlossen sein.¹⁴ Danach wären insbesondere bei einer Schein-Lebenspartnerschaft noch allgemeine Regelungen, §§ 116 ff. BGB, anzuwenden, mit der Folge, dass die Schein-Lebenspartnerschaft nichtig wäre. Die Auseinandersetzung der Lebenspartnerschaft hat in diesem Fall mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung nach allgemeinen Grundsätzen zu erfolgen.

Wie auch immer man die Neuregelung auszulegen hat, der Gesetzgeber bleibt aufgerufen, die missverständlichen Regelungen zu ändern. Dabei sollte vor allem das bei Ehegatten bewährte und differenzierte System unterschiedlicher Rechtsfolgen bei Aufhebung und Scheidung einer Ehe auf Lebenspartnerschaften übertragen werden – und auch die heillose terminologische Verwirrung endlich beseitigt werden.¹⁵

Die Aufhebung einer willensmängelbehafteten Lebenspartnerschaft ist gem. § 15 Abs. 4 LPartG n. F. bei einer Bestätigung der Lebenspartnerschaft ausgeschlossen. Auch hier ist unklar, welche Reichweite diese Regelung hat und wie die missverständlich formulierte Verweisung auf Regelungen im BGB zu verstehen ist.

Für die Vertragsgestaltung hat die vorstehend beschriebene Neuregelung zur Aufhebung einer Lebenspartnerschaft nur wenige Konsequenzen: In Trennungvereinbarungen ist nunmehr die Abgabe der Aufhebungserklärungen nicht mehr nötig. Auch der Abgabe von vorsorglichen Aufhebungserklärungen ist, soweit man diese überhaupt für rechtlich möglich gehalten hat, der Boden entzogen.¹⁶

¹⁰ Vgl. beispielsweise Art. 5 Abs. 13, 18, 20 und 29 Überarbeitungsgesetz.

¹¹ Art. 5 Abs. 23 Überarbeitungsgesetz zur Änderung der StPO bzw. Abs. 21 zur Änderung der ZPO.

¹² Palandt/Brudermüller, § 2 LPartG Rdnr. 2; Grziwotz, DNotZ 2005, 13, 20. Zu Fragen der gemeinsamen Lebensgestaltung und Verantwortungsgemeinschaft siehe auch Grziwotz, Beratungshandbuch Lebenspartnerschaft, 2003, Rdnr. 480 ff.

¹³ Dazu Finger, MDR 2005, 122.

¹⁴ BT-Drucksache 15/3445, 16.

¹⁵ Zu weiteren Unklarheiten bei der Neuregelung der Aufhebung der Lebenspartnerschaft siehe Muscheler, Das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft, 2. Aufl., Rdnr. 662.

¹⁶ Zu der gegenstandslos gewordenen Kontroverse Palandt/Brudermüller, § 15 LPartG Rdnr. 2.

III. Vermögens- bzw. Güterrecht

Umfassend und klar neu geregelt wird durch das Überarbeitungsgesetz das Vermögens- bzw. Güterrecht der Lebenspartner. Es wird inhaltlich (und begrifflich) die Gleichstellung mit der Ehe vollzogen, indem § 6 LPartG n. F. vorsieht, dass Lebenspartner im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft leben, sofern sie nicht durch Lebenspartnerschaftsvertrag ihre güterrechtlichen Verhältnisse anderweitig regeln. Zur Ausgestaltung des gesetzlichen Güterstandes wird auf §§ 1363 bis 1390 BGB verwiesen.¹⁷ Damit wird der bisher schon quasi-gesetzliche Vermögensstand der Ausgleichsgemeinschaft mit seinen eher künstlichen, geringen Unterschieden zur Zugewinnsgemeinschaft aufgegeben. Ob die Zugewinnsgemeinschaft sachlich in der Mehrzahl der Fälle für gleichgeschlechtliche Paare die richtige Lösung darstellt, bleibt jedoch nach wie vor fraglich. Der Gesetzgeber geht davon jedoch nach wie vor aus und bezeichnet die Zugewinnsgemeinschaft auch für Lebenspartnerschaften als „angemessen“.¹⁸

Ehegatten gleichgestellt werden Lebenspartner nunmehr bei der vertraglichen Regelung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse: § 7 LPartG n. F. verweist mit einer § 1408 Abs. 1 BGB entsprechenden Formulierung in vollem Umfang auf das vertragliche Güterrecht des BGB. Damit sind Lebenspartnern sämtliche auch bei Ehegatten denkbaren vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet; § 7 LPartG n. F. ordnet die entsprechende Geltung von §§ 1409 bis 1563 BGB an. Eine § 1408 BGB entsprechende Regelung zur Verbindung von Lebenspartnerschaftsvertrag (im engen Sinn einer güterrechtlichen Regelung) und Ausschluss des Versorgungsausgleichs findet sich sachlich richtig in § 20 Abs. 3 LPartG n. F.

Komplettiert wird die Gleichstellung dadurch, dass die Regelung ersatzlos aufgehoben wird, wonach bei Lebenspartnerschaften güter- bzw. vermögensstandsunabhängig die Verfügungsbeschränkungen in §§ 1365 bis 1370 BGB gelten, vgl. § 8 Abs. 2 LPartG n. F. Diese Regelungen gelten in Zukunft auch bei Lebenspartnern nur noch im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft.¹⁹ Durch die Gleichstellung mit Ehegatten gegenstandslos sind zahlreiche Streitfragen zum Vermögensstand der Lebenspartner, beispielsweise die, ob die Vereinbarung einer Vermögensgemeinschaft denkbar ist.²⁰

Das Übergangsrecht zu den güterrechtlichen Regelungen wird in § 21 LPartG n. F. normiert und birgt einige Überraschungen: § 21 Abs. 1 LPartG n. F. enthält zunächst den Grundsatz, wonach Lebenspartner, die am 1.1.2005 bei Inkrafttreten des Überarbeitungsgesetzes im Vermögensstand der Ausgleichsgemeinschaft gelebt haben, nunmehr im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft leben. Eine parallele Regelung für Lebenspartner, die bislang in Vermögenstrennung bzw. in Vermögensgemeinschaft gelebt haben, wurde indes nicht getroffen. Dies wirft beispielsweise die Frage auf, ob die Verfügungsbeschränkungen gem. § 8 Abs. 2 LPartG a. F., § 1365 ff. BGB für Lebenspartner in Vermögenstrennung fortgelten oder nicht.²¹

¹⁷ Zu (terminologischen) Problemen bei der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 16.

¹⁸ BT-Drucksache 15/3445, 15.

¹⁹ Zur Frage, ob die Verfügungsbeschränkungen bei Lebenspartnerschaften güter- bzw. vermögensstandsunabhängig bestehen bleiben, die am 31.12.2004 bereits begründet waren *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 17 f.

²⁰ Dazu *Palandt/Brudermüller*, § 7 LPartG Rdnr. 1, mit weiteren Nachweisen.

²¹ *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 18.

§ 21 Abs. 2 LPartG n. F. ermöglicht nunmehr „jedem Lebenspartner“, durch notariell zu beurkundende (einseitige!) Erklärung gegenüber dem Amtsgericht bis zum 31.12.2005 zu erklären, dass für die Lebenspartnerschaft Gütertrennung gelten solle. Diese Erklärung ist dem anderen Lebenspartner nach den Vorschriften der ZPO im Weg der Zustellung bekannt zu geben, sofern nicht eine gemeinsame Erklärung abgegeben wurde, § 21 Abs. 2 Satz 4 LPartG n. F. Unklar ist zunächst, ob dieses Optionsrecht für wirklich „jeden“ Lebenspartner gilt, d. h. für alle Lebenspartner, unabhängig davon, in welchem Vermögens- bzw. Güterstand sie leben – dies legt der Gesetzeswortlaut nahe; oder ob es nur für Lebenspartner Anwendung findet, die im Vermögensstand der Ausgleichsgemeinschaft gelebt haben – dies legt die Verankerung in einem Absatz 2, der sich auf Absatz 1 beziehen könnte, nahe.

Folgt man der zweiten Auffassung, so ist unklar, ob das Optionsrecht auch für Lebenspartner gilt, die ihren Vermögensstand modifiziert haben, z. B. durch Ausschluss des Überschussausgleichs im Fall der Aufhebung der Lebenspartnerschaft. Unklar ist ferner, ob die Gütertrennung bei Ausübung des Optionsrechts rückwirkend ab Begründung der Lebenspartnerschaft gelten soll²² oder erst ab Ausübung des Optionsrechts mit der Folge eines Güterstandswechsels und entsprechendem Zugewinnausgleich.

Warum der Gesetzgeber dieses Optionsrecht vorgesehen hat, ist aus den Materialien nicht ersichtlich.²³ Sachlich ist das Optionsrecht jedoch, unabhängig davon, wer es überhaupt geltend machen kann, in keiner Weise zu rechtfertigen.²⁴ Zum einen sind der (neue) gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft und die (bisherigen) Regelungen zum quasi-gesetzlichen Vermögensstand der Ausgleichsgemeinschaft, vgl. § 6 Abs. 2 LPartG a. F. mit der Verweisung auf §§ 1371 bis 1390 BGB, nahezu identisch. Es besteht also keinerlei Notwendigkeit, sich ohne Einverständnis des anderen Lebenspartners davon lösen zu können. Die Ausgleichsgemeinschaft war zudem nach dem bisherigen Regelungsmodell zwischen den Lebenspartnern vertraglich – wenn auch formfrei – vor der Begründung der Lebenspartnerschaft vereinbart worden. Es kommt also einem gesetzlich sanktionierten Bruch der vertraglichen Vereinbarung gleich, ein Optionsrecht vorzusehen. Erst recht gilt dies zum anderen, wenn die Regelungen der Ausgleichsgemeinschaft vertraglich modifiziert worden sind. Hier ist dann zusätzlich das Vertrauen des jeweiligen Vertragspartners in die Wirksamkeit der getroffenen Regelungen schutzwürdig.²⁵ Denkbar wäre in diesem Fall, die Ausübung des Optionsrechts als treuwidrig anzusehen, § 242 BGB, mit der Folge der Unwirksamkeit. Sofern an Notare in der Praxis der Wunsch nach Beurkundung einer solchen Optionserklärung herangetragen wird, sollte auf die vorstehenden Bedenken hingewiesen werden. Vorzugswürdig ist in jedem Fall eine einvernehmliche Regelung.²⁶

IV. Versorgungsausgleich

Eine Inkonsequenz des bisherigen Lebenspartnerschaftsrechts, nämlich das Fehlen des Versorgungsausgleichs bei einem gleichzeitigen quasi-gesetzlichen Vermögensstand der Ausgleichsgemeinschaft, wird durch § 20 LPartG n. F. besei-

²² So wohl *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 17.

²³ BT-Drucksache 15/3445, 16.

²⁴ Dazu, dass die Neuregelung rechtspolitisch verfehlt ist, siehe auch *Muscheler*, a. a. O. (Fn. 15), Rdnr. 653.

²⁵ Vgl. dazu auch *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 17.

²⁶ Zur Möglichkeit, die Optionserklärung auch noch im Rahmen eines Aufhebungsverfahrens abzugeben *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 18.

tigt: damit wird der Versorgungsausgleich auch bei der Aufhebung von Lebenspartnerschaften neu eingeführt.

Den Grundsatz des Versorgungsausgleichs enthält § 20 Abs. 1 LPartG n. F. Die der Ehezeit entsprechende Lebenspartnerschaftszeit wird in § 20 Abs. 2 LPartG n. F. legaldefiniert. Eine § 1408 Abs. 2 BGB entsprechende Regelung, wonach durch Lebenspartnerschaftsvertrag auch der Versorgungsausgleich ausgeschlossen werden kann, findet sich in § 20 Abs. 3 LPartG n. F. Dort ist verankert, dass der Ausschluss des Versorgungsausgleichs unwirksam wird, wenn binnen Jahresfrist nach Vertragsschluss Antrag auf Aufhebung der Lebenspartnerschaft gestellt wird. § 20 Abs. 4 LPartG n. F. verweist im Übrigen für die Durchführung des Versorgungsausgleichs in vollem Umfang auf das für Ehegatten geltende Recht, so dass praktische Probleme bei der Durchführung des Versorgungsausgleichs für Lebenspartner nicht zu erwarten sind. Für die Vertragsgestaltung hat die Neuregelung zur Folge, dass das für Ehegatten entwickelte Gestaltungsspektrum, abgestimmt auf die Interessenlage der Lebenspartner, herangezogen werden kann.

Das Übergangsrecht zum Versorgungsausgleich wird in §§ 20 Abs. 5 und 21 Abs. 4 LPartG n. F. geregelt: grundsätzlich ist danach bei Lebenspartnerschaften, die vor dem 1.1.2005 begründet worden sind, kein Versorgungsausgleich durchzuführen. Damit wird das Vertrauen der Lebenspartner in die bei Begründung der Lebenspartnerschaft geltende Rechtslage geschützt. Jedoch haben solche Lebenspartner die Möglichkeit, bis 31.12.2005 durch gemeinsame, mindestens jedoch inhaltlich übereinstimmende, aufeinander bezogene einseitige Erklärung gegenüber dem Amtsgericht zu erklären, dass sie bei einer Aufhebung ihrer Lebenspartnerschaft die Durchführung des Versorgungsausgleichs wünschen. Die Erklärung ist notariell zu beurkunden. Zuständig für die Entgegennahme der Erklärung ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Lebenspartner wohnen. Der Fall, dass die Lebenspartner in unterschiedlichen Gerichtsbezirken wohnen, ist gesetzlich nicht geregelt. Man wird in diesem Fall wohl davon ausgehen können, dass jedenfalls das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk einer der beiden Lebenspartner seinen Wohnsitz hat. Auch die Zuständigkeit für den Fall, dass die Lebenspartner im Ausland wohnen, ist nicht geregelt. Am 1.1.2005 bereits eingetragene Lebenspartner können damit bei entsprechender Interessenlage (z. B. bei Erziehung eines Kindes vorwiegend durch einen Lebenspartner oder bei einer Haushaltsführungspartnerschaft) auch jetzt noch die Durchführung eines Versorgungsausgleichs vereinbaren und eventuelle in Lebenspartnerschaftsverträgen getroffene Ausweichregelungen (Abschluss von Versicherungen o. ä.) modifizieren. Nach Ablauf der Jahresfrist ist eine Durchführung des Versorgungsausgleichs durch vertragliche Vereinbarung jedoch nicht mehr herbeizuführen.²⁷

Art. 17 b EGBGB wurde um Regelungen zum Versorgungsausgleich ergänzt. Danach ist der Versorgungsausgleich nach dem Recht des Register führenden Staates durchzuführen, jedoch nur dann, wenn das Recht eines der Staaten, denen die Lebenspartner bei Auflösung der Lebenspartnerschaft angehören, auch einen Versorgungsausgleich kennt. Praktische Bedeutung hat diese Regelung somit nur für Lebenspartnerschaften, bei denen beide Beteiligte nicht Deutsche sind. Bei deutsch-ausländischen Lebenspartnerschaften unterliegt der Versorgungsausgleich aus deutscher Sicht stets dem deutschen Recht, wenn diese in Deutschland begründet worden sind. Soweit nach vorstehend beschriebener Regelung kein

Versorgungsausgleich durchzuführen wäre, jedoch Versorgungsanwartschaften im Inland erworben worden sind, kann auf Antrag begrenzt auf inländische Versorgungsanwartschaften ein Versorgungsausgleich durchgeführt werden, soweit die Durchführung im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse nicht der Billigkeit widerspricht. Dies entspricht der Regelung für Ehegatten in Art. 17 EGBGB.

V. Unterhaltsrecht

Das Recht des Unterhalts bei bestehender, intakter Lebenspartnerschaft wird durch die Neufassung von § 5 LPartG bestimmt: Durch die Verweisung auf Regelungen des BGB ist eine weitgehende Angleichung an die für Ehegatten geltenden Regelungen eingetreten.

Durch die Neufassung der §§ 12, 16 LPartG wurde das Unterhaltsrecht der Lebenspartner auch für den Bereich des Trennungsunterhalts bzw. des nachpartnerschaftlichen Unterhalts weitgehend dem Recht des ehelichen bzw. nachehelichen Unterhalts angepasst. § 12 LPartG n. F. ordnet für den Fall des Getrenntlebens der Lebenspartner die entsprechende Geltung von § 1361 BGB an. Durch diese Regelung werden einige Auslegungsprobleme gelöst, die noch § 12 LPartG a. F. ausgelöst hatte.²⁸ § 16 LPartG n. F. erklärt für den nachpartnerschaftlichen Unterhaltsanspruch des Lebenspartners nunmehr §§ 1570 bis 1581 BGB und §§ 1583 bis 1586 b BGB für entsprechend anwendbar. Damit werden viele mit der bisherigen unterhaltsrechtlichen Generalklausel verbundene Probleme gelöst.²⁹

Wie auch bei Ehegatten dürfte § 1570 BGB in Zukunft im Mittelpunkt des Interesses stehen, da das Überarbeitungsgesetz mit der Stiefkindadoption im Rahmen von Lebenspartnerschaften erstmals ermöglicht, dass (gleichgeschlechtliche) Lebenspartner (rechtlich) gemeinschaftliche Kinder haben können. Eine Anwendung von § 1570 BGB bei lediglich sozial gemeinschaftlichen Kindern von Lebenspartnern, also beispielsweise bei von einem Lebenspartner aufgrund eines gemeinsamen Plans adoptierten Kindern, die gemeinschaftlich erzogen werden, ist abzulehnen.³⁰ Der Begriff des gemeinschaftlichen Kindes ist nach den Regelungen des Abstammungsrechts und des Adoptionsrechts zu bestimmen und nicht nach sozialen Verhältnissen. Beim Vorhandensein sozial gemeinschaftlicher Kinder könnte allerdings auf § 1576 BGB zurückgegriffen werden bzw. sollten zwischen den Lebenspartnern vertragliche Regelungen getroffen werden.³¹

Das Rangverhältnis bei mehreren Unterhaltsberechtigten wird einheitlich in § 16 Abs. 2 LPartG n. F. geregelt. § 1581 BGB ist daher von der Verweisung ausgeschlossen worden. Bei § 5 LPartG bzw. § 12 LPartG sind entsprechende Verweisungen auf § 16 LPartG aufgenommen worden.

Für die Vertragsgestaltung hat die Neuregelung des lebenspartnerschaftlichen Unterhaltsrechts zur Konsequenz, dass das für Ehegatten entwickelte Gestaltungsspektrum, abgestimmt auf die Interessenlage der Lebenspartner, herangezogen werden kann.

Das Übergangsrecht in § 21 Abs. 3 LPartG n. F. ermöglicht jedem Lebenspartner einer Lebenspartnerschaft, die vor dem

²⁸ Zur Reichweite des Trennungsunterhalts *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 21; zur Frage des Altersvorsorgeunterhalts *Palandt/Brudermüller*, § 12 LPartG Rdnr. 8, mit weiteren Nachweisen.

²⁹ Hierzu auch *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 21 f.; *Palandt/Brudermüller*, § 16 LPartG Rdnr. 2 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

³⁰ Zweifelnd *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 23.

³¹ Siehe auch *Palandt/Brudermüller*, § 1570 Rdnr. 2.

²⁷ So auch *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 24.

1.1.2005 begründet worden ist, durch einseitige Erklärung gegenüber dem Amtsgericht die Geltung des bisherigen Unterhaltsrechts beizubehalten. Auch dies ist jedoch nur bis zum 31.12.2005 möglich. Die Erklärung ist dem anderen Lebenspartner zuzustellen, § 21 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 4 LPartG n. F. Sofern eine solche Erklärung nicht abgegeben wird, gilt das Unterhaltsrecht in seiner Neufassung.

VI. Erbrecht

Durch das Überarbeitungsgesetz wird das gesetzliche Erbrecht der Lebenspartner in vollem Umfang dem gesetzlichen Erbrecht der Ehegatten angepasst. In § 10 LPartG n. F. werden einige Ergänzungen vorgenommen, um eine bislang unterschiedliche Behandlung von Ehegatten und Lebenspartnern zu beseitigen. Ferner werden durch das Überarbeitungsgesetz minimale Änderungen im Erbrecht des BGB selbst vorgenommen, um Verlobte im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes mit Verlobten gleichzustellen. Auf die Vertrags- bzw. Testamentsgestaltung haben die erbrechtlichen Änderungen keinen Einfluss.³²

VII. Kindschaftsrecht

Die im Vorfeld der Verabschiedung des Überarbeitungsgesetzes rechtspolitisch umstrittenste Regelung ist in der Ergänzung von § 9 LPartG enthalten. § 9 Abs. 5 LPartG n. F. sieht nunmehr vor, dass einem Kind, das in dem gemeinsamen Haushalt der Lebenspartner lebt, durch Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde der Lebenspartnerschaftsname – falls ein solcher geführt wird – erteilt werden kann (sog. Einbenennung). § 9 Abs. 7 LPartG n. F. schließlich ermöglicht es einem Lebenspartner, ein Kind seines Lebenspartners allein anzunehmen. Damit wird für Lebenspartnerschaften die Möglichkeit der Stiefkindadoption geschaffen. Für Ehegatten ist dies entsprechend in § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB vorgesehen. Klarzustellen bleibt, dass eine Adoptionskette ausgeschlossen wird, auf § 1742 BGB, der dies bei Ehegatten ermöglicht, wird für Lebenspartner nicht verwiesen.³³ Ebenso dürfen Lebenspartner ein Kind nicht gemeinschaftlich annehmen, § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB findet für Lebenspartner ebenfalls keine Anwendung. Es bleibt insoweit bei der Grundregel des § 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB, wonach jemand, der nicht verheiratet ist, ein Kind nur alleine annehmen darf. § 9 Abs. 6 LPartG n. F. macht schließlich für die Annahme eines Kindes durch einen Lebenspartner die Einwilligung des anderen Lebenspartners zur Voraussetzung.

Bisher stand einem Lebenspartner in Angelegenheiten des Kindes seines Lebenspartners nur ein Mitentscheidungsrecht in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu, § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG (sog. „kleines Sorgerecht“). Diese Regelung ist auch nach dem Überarbeitungsgesetz unverändert erhalten geblieben. Weitergehende sorgerechtliche Befugnisse konnte ein Lebenspartner vor dem Inkrafttreten des Überarbeitungsgesetzes nicht erlangen.

VIII. Hinweis zum IPR

Unverändert geblieben sind durch das Überarbeitungsgesetz die international-privatrechtlichen Regelungen zum Lebenspartnerschaftsrecht, die sich v. a. in Art. 17 b EGBGB finden³⁴. Art. 17 b EGBGB wurde jedoch ergänzt durch eine Rege-

lung zur Durchführung des Versorgungsausgleichs, die bereits oben dargestellt wurde.

IX. Namensrecht

Hinzuweisen ist ferner auf eine Änderung des Namensrechts. Diese ist in engem zeitlichem Zusammenhang mit dem Überarbeitungsgesetz durch das „Gesetz zur Änderung des Ehe- und Lebenspartnerschaftsnamensrechts“³⁵ erfolgt. Der Gesetzgeber hat mit dieser Neuregelung die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Ehenamensrecht³⁶ umgesetzt und die für Ehegatten getroffene Regelung auf Lebenspartner übertragen. Namensrechtlich werden Lebenspartner den Ehegatten gleichgestellt: Lebenspartner können zukünftig nicht nur den Geburtsnamen eines der Lebenspartner zum gemeinsamen Lebenspartnerschaftsnamen bestimmen, sondern auch den zur Zeit der Bestimmung des Lebenspartnerschaftsnamens geführten Namen eines der Lebenspartner, also beispielsweise einen nach Scheidung der Ehe beibehaltenen Ehenamen. § 3 LPartG wurde insoweit geändert.

X. Übergangsrecht

Hinzuweisen bleibt im Hinblick auf die Übergangsvorschriften in § 21 LPartG n. F. noch auf eine Regelung, die an versteckter Stelle des Überarbeitungsgesetzes steht: Nach Art. 7 Abs. 2 des Überarbeitungsgesetzes tritt § 21 LPartG n. F., also das Übergangsrecht anlässlich der Gesetzesänderung, am 31.12.2010 außer Kraft. Ausweislich der Gesetzesbegründung wurde dies vorgesehen, da die Übergangsvorschrift nach Ablauf der in § 21 LPartG n. F. normierten Jahresfristen gegenstandslos werde.³⁷ Davon kann indes keine Rede sein. Selbstverständlich behält die Übergangsvorschrift ihren Anwendungsbereich auch nach Ablauf der dort geregelten Fristen für alle Lebenspartnerschaften, die bei Inkrafttreten des Überarbeitungsgesetzes bestanden haben. Denn nur auf Grundlage der Übergangsvorschrift ist nämlich beispielsweise bei der Aufhebung einer Lebenspartnerschaft im Jahr 2020 zu klären, ob ein Versorgungsausgleich durchgeführt werden muss oder nicht, welches Unterhaltsrecht Anwendung findet oder welcher Güter- bzw. Vermögensstand gilt. Nach der derzeitigen Rechtslage tritt mit Ablauf des 31.12.2010 die Übergangsvorschrift aber außer Kraft, so dass ab dem 1.1.2011 für alle Lebenspartnerschaften ein einheitlicher Rechtszustand bestehen würde. Dies widerspricht in geradezu grotesker Weise der in der Übergangsvorschrift zum Ausdruck gebrachten Absicht des Gesetzgebers, bestehenden Lebenspartnerschaften die Möglichkeit zu geben, den bisherigen Rechtszustand auf Dauer beizubehalten.³⁸ Meines Erachtens hat man von einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers auszugehen, das schnellstmöglich beseitigt werden sollte – durch Streichung der sinnlosen Regelung zum Außerkrafttreten der Übergangsvorschrift.

XI. Hinweis zur Hinterbliebenenversorgung

Für Lebenspartner von hoher wirtschaftlicher Bedeutung ist die durch das Überarbeitungsgesetz (in Art. 3, 4 und teilweise in Art. 5) erfolgende Einbeziehung in die Hinterbliebenenversorgung der gesetzlichen Rentenversicherung, nach dem Bundesversorgungsgesetz und in verwandten Rechtsbereichen. Diese erfolgt unabhängig davon, ob die Lebenspartner-

³² Zur Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen – unabhängig vom Überarbeitungsgesetz – *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 26 ff.

³³ Zweifelnd *Grziwotz*, DNotZ 2005, 13, 25.

³⁴ Hierzu ausführlich *S. Frank*, MittBayNot 2001, Sonderheft Lebenspartnerschaften, 35 ff.

³⁵ BGBl. 2005 I, 203.

³⁶ Az. 1 BvR 193/97 vom 18.2.2004, Entscheidungsformel veröffentlicht in BGBl. I, 431.

³⁷ BT-Drucksache 15/3445, 19.

³⁸ BT-Drucksache 15/3445, 16 f.

schaft vor oder nach Inkrafttreten des Überarbeitungsgesetzes begründet wurde. Als Pendant zum Begriff des Witwers bzw. der Witwe wird hier der Begriff des „überlebenden“ bzw. des „hinterbliebenen“ Lebenspartners verwendet. Einzelheiten der technischen Regelungen des Überarbeitungsgesetzes hierzu können an dieser Stelle nicht dargestellt werden.

Hinzuweisen bleibt auf ein weiteres Problem in diesem Zusammenhang: Lebenspartner sind nach wie vor nicht in die Hinterbliebenenversorgung des Beamtenrechts einbezogen worden. Für die Hinterbliebenenversorgung berufsständischer Versorgungswerke lässt sich nur im Einzelfall ermitteln, ob eine Einbeziehung von Lebenspartnern bereits erfolgt ist oder nicht. Bei der Vertragsgestaltung ist dies zu berücksichtigen, sofern einer der Lebenspartner Beamter ist oder einem berufsständischen Versorgungswerk angehört.

C. Ausblick

Abschließend sei bemerkt, dass meines Erachtens die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und zu dem bei der Gestaltung und Beurkundung von Eheverträgen einzuhaltenden Verfahren auch für Lebenspartnerschaftsverträge zu beachten ist. Sachliche Unterschiede, die eine Abweichung von dieser Rechtsprechung rechtfertigen könnten, sind mir nicht erkennbar.

Hinzuweisen bleibt ferner noch auf weitere Gesetzentwürfe zur Reform des Lebenspartnerschaftsrechts. Gerade hierzu werden in der Beratungspraxis immer wieder Fragen gestellt, da wirtschaftlich wichtige Bereiche betroffen sind und in den Medien breit über diese Entwürfe berichtet wird. Zum einen wurde, zeitlich wenige Monate vor dem Überarbeitungsgesetz, von der FDP-Fraktion der „Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes (Lebenspartnerschaftsgesetzergänzungsgesetz – LPartGErgG)“ in den Bundestag eingebracht.³⁹ Vorgesehen waren in diesem Entwurf

weitgehende Regelungen zur Gleichstellung von eingetragenen Lebenspartnern mit Ehegatten, beispielsweise im Einkommensteuer-, Erbschaftsteuer- und Beamtenrecht, aber auch ein gemeinschaftliches Adoptionsrecht und eine bundeseinheitliche Behördenzuständigkeit für die Begründung von Lebenspartnerschaften. Dieser Entwurf wurde in Zusammenhang mit dem Beschluss des Überarbeitungsgesetzes vom Bundestag abgelehnt.

Zusammen mit dem ursprünglichen Gesetzeswerk zum Lebenspartnerschaftsrecht wurde bereits in der 14. Legislaturperiode des Bundestages der mit dem vorgenannten Entwurf inhaltlich weitgehend übereinstimmende „Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze (Lebenspartnerschaftsgesetzergänzungsgesetz – LPartGErgG)“ diskutiert.⁴⁰ Dieser Gesetzentwurf wurde damals zwar vom Bundestag beschlossen. Die erforderliche Zustimmung des Bundesrates zu dem Gesetzentwurf wurde jedoch nicht erreicht,⁴¹ der Gesetzentwurf war damit gescheitert. Im Januar 2005 schließlich wurde von der Regierungskoalition erneut angekündigt, weitgehende Regelungen zur Gleichstellung von eingetragenen Lebenspartnern mit Ehegatten im Steuer- und Beamtenrecht und eine bundeseinheitliche Zuständigkeit der Landesbeamten für die Begründung von Lebenspartnerschaften schaffen zu wollen. In das Gesetzgebungsverfahren ist diese Ankündigung bisher⁴² nicht gelangt.

Es bleibt zu hoffen, dass bei der sich abzeichnenden erneuten Überarbeitung bzw. Ergänzung des Lebenspartnerschaftsrechts zur vollständigen Angleichung an die für Ehegatten geltenden Regelungen auch die aufgezeigten Unzulänglichkeiten des bisherigen Rechts beseitigt werden.

³⁹ BT-Drucksache 15/2477.

⁴⁰ BT-Drucksache 14/4545.

⁴¹ Zu den Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens in der 14. Legislaturperiode ausführlich Hk-LPartG/Stüber, Einleitung, Rdnr. 12 ff.

⁴² Stand der Bearbeitung: 10.2.2005.

Finanzielle Überforderung und Eigeninteresse

Die Übertragung von Miteigentumsanteilen als unmittelbarer Vorteil im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nahbereichsbürgschaft – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.5.2003, IX ZR 283/99* –

Von Notarassessor *Martin Leiß*, M. A., Regensburg

1. Vorbemerkung

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 27.5.2003 bildet ein weiteres Glied in einer langen Reihe von Entscheidungen, in der das Gericht seine Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit so genannter „Nahbereichsbürgschaften“ fortentwickelt hat. Im Zentrum dieser Entscheidung steht die Frage, welche Umstände vorliegen müssen, damit die nach dem bisherigen Stand der Rechtsprechung auf ruinöse Bürgschafts- oder Mithaftungsversprechen nahestehender Personen prinzipiell anzuwendende Sittenwidrigkeitsvermutung im speziellen Fall widerlegt werden kann. Für die notarielle Praxis ist dieses

Urteil aus zwei Gründen von Interesse. Zum einen veranschaulicht das Urteil erneut, in welchem Umfang sich mittlerweile gesicherte Grundsätze zur Unwirksamkeit finanziell krass überfordernder Nahbereichsbürgschaften herausgebildet haben. Zum anderen veranlasst die Entscheidung vereinzelt Kreditgeber, die Kreditvergabe an eigentumsrechtliche Gestaltungsvorgaben zu koppeln, die den Kreditnehmern unerwünscht sind und ihren tatsächlichen Interessen widersprechen, so z. B. Teil I Nr. 11.1. der für die Bayerische Landesbodenkreditanstalt maßgeblichen „Wohnraumförderungsbestimmungen 2003“¹.

* MittBayNot 2005, 221 (in diesem Heft).

¹ In der Fassung der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 11.11.2002, Nr. IIC1-4700-003/02.

2. Stand der Rechtsprechung

a) Ausgangspunkt

Maßgeblich angestoßen durch eine vielfach besprochene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts² hat der Bundesgerichtshof in nunmehr über zehn Jahre andauernder Rechtsfortbildung seine ursprüngliche Auffassung von der sittlichen Indifferenz finanziell überfordernder Bürgschafts- und Mithaftungsvereinbarungen unter ein umgekehrtes Vorzeichen gestellt.³ Das Verfassungsgericht hatte geurteilt, es sei ein Gebot sowohl der grundrechtlich geschützten Privatautonomie als auch des Sozialstaatsprinzips, die Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit gegen strukturelle Ungleichheiten abzusichern, um zu verhindern, dass Verträge zu Mitteln der Fremdbestimmung werden. Aus diesem allgemeinen Grundsatz schlossen die Verfassungsrichter, im Zusammenhang mit Bürgschafts- oder Mithaftungsverträgen könne es Aufgabe der Zivilgerichte sein, mit Hilfe der Generalklauseln der §§ 138 und 242 BGB korrigierend einzugreifen, wenn erstens eine typisierte Fallgestaltung vorliegt, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lässt, und außerdem zweitens die Vertragsfolgen für den unterlegenen Teil ungewöhnlich belastend sind.⁴

Der Bundesgerichtshof setzt diese verfassungsrichterlichen Vorgaben mittlerweile einheitlich unter Bezugnahme auf § 138 BGB um.⁵ Er hat dazu eine auch in der hier besprochenen Entscheidung zur Anwendung kommende Vermutungsregelung aufgestellt, nach der bestimmte wirtschaftliche Umstände für die Sittenwidrigkeit einer Bürgschafts- oder Mithaftungsübernahme sprechen, vorausgesetzt, diese Erklärung wird von einer dem Hauptschuldner nahe stehenden Person abgegeben. Nach dem Kern dieser Rechtsprechung hängt die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf Bürgschafts- oder Mithaftungsverträge, die von Kreditinstituten mit privaten Sicherungsgebern geschlossen wurden, entscheidend vom Grad des Missverhältnisses zwischen dem Verpflichtungsumfang und der finanziellen Leistungsfähigkeit des dem Hauptschuldner persönlich nahe stehenden Bürgen oder Mitverpflichteten ab.⁶ Kann der Betroffene, sofern es zum Eintritt des Sicherungsfalles kommt, nach den bei Vertragsschluss absehbaren Umständen voraussichtlich nicht einmal die von den Darlehensvertragsparteien festgelegte Zinslast aus dem pfändbaren Teil

seines Einkommens und Vermögens dauerhaft tragen,⁷ so ergibt sich für den Bundesgerichtshof aus der allgemeinen Lebenserfahrung⁸ eine widerlegliche Vermutung dahingehend, dass der Sicherungsgeber die ruinöse Bürgschaft oder Mithaftung allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen hat und dieser Umstand vom Kreditgeber in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt worden ist. Wenn Hauptschuldner und Bürgen einander emotional eng verbunden sind und für den Sicherungsgeber ein ruinöser Verpflichtungsumfang vorliegt, ist es also Sache des Kreditgebers, die daran anknüpfende Sittenwidrigkeitsvermutung zu widerlegen.⁹

Der Anwendungsbereich dieser Rechtsprechung erstreckt sich in persönlicher Hinsicht auf Abkömmlinge, Ehegatten und Eltern sowie Partner nichtehelicher Lebensgemeinschaften und enge Freunde.¹⁰ Dabei kommt es in sachlicher Hinsicht nicht darauf an, wie die Mithaftung begründet wird. Geschützt ist neben dem Bürgen regelmäßig auch der Mitunterzeichner des Darlehensvertrages.¹¹

b) Ausnahmen

Nicht übertragbar sind die geschilderten Grundsätze jedoch auf Bürgschaften, die ein Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft übernommen hat, da nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bei Gesellschaftskrediten ein berechtigtes Interesse der Kreditinstitute besteht, auch die Gesellschafter in die persönliche Haftung mit einzubeziehen. Ausnahmen soll es nur für Gesellschafter mit ganz unbedeutenden Bagatell- oder Splitterbeteiligungen geben¹² sowie für Bürgen, die darlegen

⁷ Der IX. Zivilsenat hatte bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen ursprünglich auch den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners Bedeutung eingeräumt, vgl. u. a. Vorlagebeschluss vom 29.6.1999 (Fn. 5), NJW 1999, 2587. Im Urteil vom 27.1.2000, IX ZR 198/98, NJW 2000, 1182, 1183 („Villenburgsack“), ist der IX. Zivilsenat von dieser Position aber ausdrücklich abgerückt.

⁸ Urteile vom 14.10.2003, XI ZR 121/02, NJW 2004, 161, 162 („Arbeitnehmerbürgschaft“); vom 13.11.2001, XI ZR 82/01, NJW 2002, 746, 747 („Adressatenkreis“).

⁹ Urteile vom 3.12.2002 (Fn. 6), vom 14.5.2002 (Fn. 6), vom 13.11.2001 (Fn. 8). Für die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen/Mithaftenden gilt weiter: 1. Der IX. Senat hat sein ursprüngliches Kriterium (Aufbringen eines Viertels der Hauptschuldner innerhalb von fünf Jahren) aufgegeben; Urteil vom 27.1.2000 (Fn. 7). Außerdem sind nunmehr die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf dem Grundbesitz des Bürgen ruhenden dinglichen Belastungen grundsätzlich wertmindernd zu berücksichtigen; Urteil vom 14.5.2002 (Fn. 6). 2. Anderweitige Sicherheiten des Gläubigers sind nur zu berücksichtigen, soweit sie das Haftungsrisiko des Bürgen rechtlich gesichert auf ein vertretbares Maß beschränken. 3. Unterlässt der Kreditgeber hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Bürgen eine Werthaltigkeitsprüfung, wird die Kenntnis der krassen finanziellen Überforderung fingiert. Zusammenfassend MünchKommBGB/Habersack, § 765 Rdnr. 24; Bamberger/Roth/Rohe, § 765 Rdnr. 59 ff.

¹⁰ Urteil vom 13.11.2001 (Fn. 8).

¹¹ Zwar macht der Bundesgerichtshof eine Ausnahme hinsichtlich „echter Mitdarlehensnehmer“, er hält eine solche „echte“ Mitdarlehensnehmerschaft (in Abgrenzung zum kumulativen Schuldbeitritt) jedoch nur unter strengen Voraussetzungen für gegeben: Mitdarlehensnehmer ist danach nur, wer ein eigenes Interesse an der Kreditaufnahme hat und über die Auszahlung und Verwendung der gewährten Darlehensmittel gleichberechtigt mitentscheiden kann; Urteil vom 14.11.2000, XI ZR 248/99, NJW 2001, 815, 816 („unechter Mitdarlehensnehmer“).

¹² Im Urteil vom 10.12.2002 (Fn. 6) lehnte der XI. Zivilsenat eine Übertragung der Grundsätze zur Nahbereichsbürgschaft auf einen GmbH-Gesellschafter ab, der zwar von der Geschäftsführung ausgeschlossen, aber in Höhe von nominell 10 % am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt war.

² BVerfG, Beschluss vom 19.10.1983, 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 ff.; dazu insbesondere Honsell, NJW 1994, 565 f., sowie Staudinger/Horn, BGB, 13. Bearb., § 765 Rdnr. 164 m. w. N.

³ Zusammenfassend MünchKommBGB/Habersack, 4. Aufl., § 765 Rdnr. 15 ff.; Bamberger/Roth/Rohe, BGB, § 765 Rdnr. 47 ff.; Tonner, JuS 2003, 325, 326 ff.

⁴ Zusammenfassend MünchKommBGB/Habersack, § 765 Rdnr. 17; Staudinger/Horn, § 765 Rdnr. 165.

⁵ Der IX. Zivilsenat, der ursprünglich zwischen Bürgschaften von Ehegatten und anderen Angehörigen differenzieren wollte und außerdem stärkeres Gewicht auf den in seinen Rechtsfolgen flexibleren § 242 BGB legte, hat seit 1.1.2001 seine Zuständigkeit für Neuzugänge in Bürgschaftssachen an den XI. Zivilsenat verloren. Unabhängig davon gehen die beiden Senate zwischenzeitlich von weitgehend einheitlichen Grundsätzen aus; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 138 Rdnr. 37; Nobbe/Kirchhof, BKR 2001, 5, 15. Die Divergenzen in der Rechtsprechung beider Senate, die ursprünglich sogar zu einer Vorlagefrage des XI. Zivilsenats an den Großen Senat geführt hatten (Vorlagebeschluss vom 29.6.1999, XI ZR 10/98, NJW 1999, 2584 ff.), gelten als weitgehend überwunden; Tiedtke, NJW 2003, 1379, 1380; die Differenzen stärker betont Fischer, WM 2001, 1049, 1056 ff.; Müller-Feldhammer, WM 2001, 65 ff.

⁶ Urteile vom 10.12.2002, XI ZR 82/02, NJW 2003, 967, 968 („Minderheitsgesellschafter“); vom 3.12.2002, XI ZR 311/01, BKR 2003, 157, 157 („geschäftsgewandter Ehegatte“); vom 14.5.2002, XI ZR 50/01, NJW 2002, 2228, 2229 („Altverträge“).

und nötigenfalls auch beweisen können, dass sie nur als Strohmännchen an der Gesellschaft beteiligt waren und dieser Umstand dem Kreditgeber bekannt war.¹³

Weiter lässt sich die Rechtsprechung zur Nahbereichsbürgerschaft nicht auf die Bestellung von Sicherungsgrundschulden übertragen, denn in diesem Fall haftet der Sicherungsgeber nur mit einem bestimmten Vermögensgegenstand, was nach Ansicht des Bundesgerichtshofs eine krasse wirtschaftliche Überforderung des Sicherungsgebers in der Regel ausschließt.¹⁴ Außerdem können sich auch Arbeitnehmer nicht auf die Vermutungsregelung des Bundesgerichtshofs berufen, sondern müssen nachweisen, dass sie die ruinöse Bürgerschaft aus Sorge um ihren Arbeitsplatz übernommen haben.¹⁵

c) Kritik der Literatur

Die höchstrichterlichen Vorgaben zu den Nahbereichsbürgerschaften werden mittlerweile nicht nur von den Untergerichten weitgehend einheitlich angewandt,¹⁶ sondern sind auch in der Literatur als konsolidierter Zwischenstand der Rechtsentwicklung akzeptiert.¹⁷ Zwar sind die kritischen Stimmen nach wie vor zahlreich.¹⁸ Getragen wird die betreffende Kritik häufig von dem Argument, die Bürgerschaft als klassisches Instrument personaler Kreditsicherung dürfe nicht durch zu eng gesetzte Vorgaben aus der Rechtsprechung ihre Verlässlichkeit verlieren.¹⁹ Die Gegenvorschläge der Literatur beziehen sich dabei insbesondere darauf, den Schutz des Bürgen statt über den in seinen Rechtsfolgen starren § 138 BGB über Schadensersatzbewehrte Aufklärungs- und Informationspflichten sicherzustellen und so über die Anwendung von § 254 BGB zu variableren Lösungen zu gelangen. Außerdem wird eingewandt, der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei jedenfalls mit dem Inkrafttreten der §§ 286 ff. InsO der Boden entzogen. Die insolvenzrechtliche Möglichkeit der Restschuldbefreiung habe zumindest insoweit eine Ausstrahlungswirkung auf das materielle Recht, als sie bewirke, dass die wirtschaftliche Überforderung eines Vertragsteils für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der betreffenden Vereinbarung keine Rolle mehr spielen könne. § 286 InsO löse § 138 BGB hinsichtlich der diesbezüglichen Schutzeroberfläche ab. Der Bundesgerichtshof hat dieser Kritik bislang jedoch ausdrücklich widersprochen.²⁰

¹³ Diesen Nachweis sah der IX. Senat beispielsweise im Urteil vom 18.9.2001, IX ZR 183/00, NJW 2002, 1337, 1338 f., als nicht erbracht an. Zur wirksamen Mitverpflichtung eines Kommanditisten BGH, Urteil vom 28.5.2002, XI ZR 199/01, NJW 2002, 2643, 2643.

¹⁴ Nach der Entscheidung des IV. Zivilsenats, Urteil vom 19.6.2001, IV ZR 168/01, NJW 2002, 2633, 2633, gilt dies auch, wenn aufgrund der Wirksamkeit der betreffenden Grundschuld ein betagtes Ehepaar sein langjährig genutztes Eigenheim verliert.

¹⁵ Urteil vom 14.10.2003 (Fn. 8).

¹⁶ OLG Koblenz, Beschluss vom 1.9.2003, 5 W 568/03, NJW-RR 2003, 1559, 1560; OLG Dresden, Beschluss vom 10.9.2002, 17 W 1085/02, BKR 2003, 159 f.

¹⁷ MünchKommBGB/Habersack, § 765 Rdnr. 22; Bamberger/Roth/Rohe, § 765 Rdnr. 52; Tonner, JuS 2003, 325, 326.

¹⁸ Aden, NJW 1999, 3763 f.; Habersack/Giglio, WM 2001, 1100 ff.; Medicus, JuS 1999, 833 ff.; Roth, JZ 2001, 1039, 1040 (Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.11.2000 [Fn. 11]).

¹⁹ Medicus, JuS 1999, 833, 839; Volmer, DNotZ 2001, 691, 693 f. (Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.11.2000 [Fn. 11]).

²⁰ Urteil vom 4.12.2001, XI ZR 56/01, NJW 2002, 744, 746. Die Entscheidung betraf allerdings eine Mithaftungsvereinbarung, die zeitlich vor dem In-Kraft-Treten der InsO abgeschlossen wurde. Für „jüngere“ Verträge ausdrücklich offengelassen in BGH, Urteil vom 14.10.2003 (Fn. 8), sowie bei Staudinger in Hk-BGB, 3. Aufl., § 765 Rdnr. 11.

3. Sittenwidrigkeitsvermutung und Eigeninteresse

a) Grundsatz

Widerlegt sieht der Bundesgerichtshof die Sittenwidrigkeitsvermutung, wenn der Kreditgeber darlegen und erforderlichenfalls beweisen kann, dass sich der Bürge nicht allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner verpflichtet hat und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat, sondern er auf Grundlage einer realistischen Einschätzung seiner wirtschaftlichen Situation gehandelt hat.²¹ Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung²² zu entscheiden, ob der Mitverpflichtete zusammen mit dem Hauptschuldner ein gemeinsames Interesse an der Kreditgewährung hat oder ihm aus der Verwendung der Darlehensvaluta unmittelbare und ins Gewicht fallende geldwerte Vorteile erwachsen sind.²³ Nur mittelbare Vorteile fließen in diese Gesamtwürdigung nach neuerer Rechtsprechung dagegen nicht mehr ein.²⁴ So bleibt etwa die Aussicht, höhere Unterhaltszahlungen verlangen zu können, oder eine allgemeine Verbesserung des Lebensstandards und der Wohnverhältnisse unberücksichtigt.²⁵ Keine Rolle spielt außerdem, ob es sich um einen geschäftlich gewandten Bürgen handelt und ob dieser bei den Vertragsverhandlungen für den Hauptschuldner aufgetreten ist.²⁶ Entscheidend ist, wie der Bundesgerichtshof auch in der hier besprochenen Entscheidung nochmals betont, vielmehr ausschließlich, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise kein wesentlicher Unterschied zu den Fällen bestehen darf, in denen Hauptschuldner und Mitverpflichteter den Kredit als gleichberechtigte Vertragspartner aufgenommen und verwandt haben und sich also der eigentlich nur aus Sicherungsgründen in die Haftung mit einbezogene Mitverpflichtete bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB wie ein „echter“ Mitdarlehensnehmer behandeln lassen muss.²⁷

b) Indizwirkung der Einräumung von Miteigentumsanteilen

Auch was die Voraussetzungen betrifft, die vorliegen müssen, damit die Sittenwidrigkeitsvermutung bei ruinösen Nahbereichsbürgerschaften nicht zum Tragen kommt, hat sich die Rechtsprechung also mittlerweile konsolidiert. Dennoch zeigt die notarielle Beratungspraxis, dass bei der Anwendung der betreffenden Kriterien durch die Kreditinstitute teilweise noch Unsicherheiten bestehen, aufgrund derer sich die Institute mitunter zu Gestaltungsvorschlägen gezwungen sehen, die zu Lasten der Interessen ihrer Kreditnehmer gehen. Unter anderem verlangen einzelne Kreditgeber als Voraussetzung

²¹ Urteil vom 14.11.2000 (Fn. 11). Nicht mehr relevant ist demgegenüber das Interesse des Gläubigers, sich vor Vermögensverlagerungen zwischen den Partnern auf der Schuldnerseite zu schützen. Ein solches Interesse lässt die Sittenwidrigkeit einer ruinösen Bürgerschaft bzw. Mithaftungsübernahme nur entfallen, wenn der beschränkte Haftungszweck ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht wird. Die früher gegenteilige Ansicht des IX. Zivilsenats ist zwischenzeitlich revidiert worden; vgl. Urteil vom 27.1.2000 (Fn. 7) einerseits und Urteil vom 14.5.2002 (Fn. 6) andererseits.

²² OLG Dresden, Beschluss vom 10.9.2002, 17 W 1085/02, BKR 2003, 159, 160; Palandt/Heinrichs, § 765 Rdnr. 38 c.

²³ BGH, Urteil vom 14.11.2000 (Fn. 11).

²⁴ So in ausdrücklicher Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung der IX. Zivilsenat, Urteil vom 27.1.2000 (Fn. 7).

²⁵ BGH, Urteil vom 14.11.2000 (Fn. 11). Zusammenfassend Palandt/Heinrichs, § 138 Rdnr. 38 c; Bamberger/Roth/Rohe, § 765 Rdnr. 81; Staudinger in Hk-BGB, § 765 Rdnr. 11.

²⁶ BGH, Urteil vom 3.12.2002 (Fn. 6); Urteil vom 27.1.2000 (Fn. 7).

²⁷ Nobbe/Kirchhof, BKR 2001, 5, 10 ff.; Tiedtke, NJW 2003, 1359, 1360.

für die Ausreichung von Darlehen zur Eigenheimfinanzierung regelmäßig die Mithaftung des Ehegatten oder Lebensgefährten und bestehen dabei, ohne den jeweils speziellen Umständen ausschlaggebende Bedeutung beizumessen, darauf, dass dem mithaftenden Partner an der zu finanzierenden Immobilie ein entsprechender Miteigentumsanteil eingeräumt wird.²⁸ Begründet wird dieses schematisierte Vorgehen mit dem Hinweis, dass ein unmittelbares Eigeninteresse des Mitverpflichteten an der Kreditvergabe zweckmäßigerweise nur nachgewiesen werden könne, wenn dieser Mitverpflichtete Miteigentümer des finanzierten Objekts wird.²⁹

Dabei können sich die betreffenden Kreditgeber zwar dem Wortlaut nach auf eine bereits zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2000 berufen. Darin hatte der IX. Zivilsenat einige Umstände aufgeführt, die geeignet sind, ein unmittelbares Eigeninteresse des Bürgen oder Mithaftenden zu begründen, und dabei auch darauf abgestellt, ob dem Mithaftenden ein Miteigentumsanteil an der kreditfinanzierten Immobilie eingeräumt werden soll.³⁰ Eine Analyse unter anderem der hier besprochenen Entscheidung zeigt jedoch, dass sich ein Kreditgeber in falscher Gewissheit wähnt, wenn er seine Vergaberichtlinien schematisch danach ausrichtet, ob dem Bürgen oder Mithaftenden Miteigentum an dem zu finanzierenden Objekt eingeräumt wird, und er dabei die tatsächliche Interessenlage der Beteiligten außer Acht lässt. Denn eine solche Vorgehensweise wird den im Wesentlichen an materiellen Gesichtspunkten ausgerichteten Grundsätzen, die der Bundesgerichtshof zur Widerlegung der Sittenwidrigkeitsvermutung entwickelt hat, nicht gerecht. Insbesondere betont die betreffende Argumentation stark die formale Eigentumsposition und verliert darüber aus dem Blick, was dem Bundesgerichtshof für die Widerlegung der Sittenwidrigkeitsvermutung eigentlich wesentlich ist: eine an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierte Bewertung der subjektiven Interessenlage des Bürgen oder Mithaftenden. Zwar hat der Bundesgerichtshof auch in seiner hier besprochenen Entscheidung das unmittelbare Eigeninteresse des Bürgen letztlich bejaht und dabei als ein mit ausschlaggebendes Kriterium darauf abgestellt, dass zwischen den Lebenspartnern bereits ein beurkundungsreifer notarieller Vertrag ausgehandelt worden war, demzufolge der Bürge hälftiges Miteigentum an der geplanten Anschaffung, einem sanierungsbedürftigen Hotel, erhalten sollte. Jedoch ist Grundlage der diesbezüglichen Entscheidung eine umfangreiche Abwägung der Interessenlage der beteiligten Lebenspartner auf der Basis der tatsächlichen Feststellungen aus den Vorinstanzen nach Maßgabe einer stark wirtschaftlich geprägten Betrachtungsweise. So führt der Bundesgerichtshof neben dem notariellen Vertragsentwurf eine ganze Reihe von weiteren Indizien an, um zu zeigen, dass sich in diesem Fall die geplante Kreditaufnahme tatsächlich als gemeinsames Interesse der betroffenen Lebenspartner darstellt. Die Situation ist dabei so eindeutig, dass sie die Richter im Ergebnis dazu führt, sogar den Begriff des „joint ventures“ zu verwenden. Unter anderem hatte der mithaftende Lebenspartner seine bisherige Stellung aufgegeben, um in dem Hotelbetrieb seiner Lebenspartnerin mitarbeiten zu können, und darüber hinaus sogar selbst in Höhe von 120.000 DM ein Darlehen aufgenommen, das dem gemeinsamen Vorhaben zufließen sollte. Unter diesen Umständen

präsentiert sich die geplante Einräumung von Miteigentum tatsächlich als folgerichtige eigentumsrechtliche Ausgestaltung der gemeinsamen Interessenlage. Es ist in einem solchen Fall ohne weiteres richtig, aus der geplanten Miteigentümerstellung auf ein unmittelbares Interesse des Mithaftenden an der angestrebten Kreditvergabe zu schließen.

Anders verhält es sich aber, wenn die Einräumung von Miteigentum nicht auf die gemeinsame Interessenlage der beteiligten Partner oder Angehörigen zurückzuführen ist, sondern auf das Drängen des an einer zusätzlichen Absicherung interessierten Kreditinstituts. In der notariellen Praxis sind solche Konstellationen nicht selten. Als klassisches Beispiel können Kaufleute oder Handwerker dienen, die für Verbindlichkeiten ihres Unternehmens persönlich haften. Sie und ihre Familien sind regelmäßig an einer exakten Trennung der unterschiedlichen Vermögenssphären interessiert, damit im Falle einer Insolvenz ihres Unternehmens die Vermögenswerte der jeweils anderen Familienangehörigen unangetastet bleiben. Aber auch außerhalb von Unternehmerfamilien sind solche Interessenlagen denkbar. So können insbesondere erb- und pflichtteilsrechtliche Aspekte dagegen sprechen, die Vermögenssphären der Partner zu vermengen. Hier kann unter anderem an Paare gedacht werden, bei denen (gegebenenfalls auch unter Einsatz von aus einer Erbschaft oder Überlassung herkommenden Mitteln) nur ein Teil zur Finanzierung der Immobilie beigetragen hat. Wird dem nichtfinanzierenden Partner auf Drängen des Kreditgebers ein Miteigentumsanteil an der Immobilie übertragen, würden unter Umständen auch dessen Eltern (oder Kinder aus früheren Beziehungen) in Bezug auf den Wert des übertragenen Anteils einen Pflichtteilsanspruch erwerben, was dem finanzierenden Partner regelmäßig nicht erwünscht sein kann.

In diesen³¹ und ähnlichen Konstellationen stellt sich bei einer wertenden Gesamtbeurteilung die Einräumung von Miteigentum für den Mithaftenden nicht als schlüssige Konsequenz einer gemeinsamen Interessenlage auf „Schuldnerseite“ dar, wie das in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall vor dem Hintergrund der weiteren Umstände gesagt werden kann, sondern vielmehr als von außen aufgedrängte und an sich unerwünschte Gestaltungsform, die sich maßgeblich an den Interessen des finanzierenden Kreditinstituts orientiert.³² Den exakten Abwägungsvorgang aus der hier besprochenen Entscheidung zugrunde gelegt, spricht wenig für die Annahme, der Bundesgerichtshof würde sich bei derartigen Sachverhalten für die Widerlegung der Sittenwidrigkeitsvermutung mit der Einräumung einer formalen Eigentümerposition zugunsten des Bürgen zufrieden geben. Denn dass der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zur Nabereichsbürgschaft wenig Bereitschaft zeigt, formalen Gesichtspunkten den Vorrang vor substantiellen Interessenbewertungen einzuräumen, die am materiellen Schutzzweck seiner Rechtsprechung ausgerichtet sind, lässt sich nicht zuletzt mit großer Deutlichkeit aus seiner Entscheidung zur Abgrenzung zwischen bloßen Mithaftenden und „echten“ Mitdarlehensnehmern ablesen. In dieser Entscheidung hatte der Gerichtshof unter anderem betont, dass es nicht auf die formale Bezeichnung der Parteien in den entsprechenden Verträgen ankommen könne, sondern deren nach wirtschaft-

²⁸ Siehe oben Fn. 1.

²⁹ So die zusammengefassten Erfahrungsberichte aus der einschlägigen Beratungspraxis, wiedergegeben im Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern 5/2003, Ziffer 8.

³⁰ Urteil vom 27.1.2000 (Fn. 7); zustimmend *Palandt/Heinrichs*, § 138 Rdnr. 38 c.

³¹ Die aufgeführten Beispiele sind der dem oben zitierten Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern beigelegten Anlage entnommen.

³² Zu bedenken sind auch die negativen grunderwerb- und schenkungsteuerlichen Folgen einer solchen von außen angestoßenen Übertragung sowie die regelmäßig zusätzlich anfallenden Notar- und Grundbuchgebühren.

lichen Kriterien zu bestimmende tatsächliche Position maßgeblich bleiben müsse.³³

Für die Indizwirkung des Eigentums im Zusammenhang der Nahbereichsrechtsprechung ergibt sich damit Folgendes: Die Übertragung eines Miteigentumsanteils kann einen unmittelbaren Vorteil begründen, der geeignet ist, die Sittenwidrigkeitsvermutung bei finanziell krass überfordernden Bürgerschaften zu widerlegen. Soll der Schutzzweck der Nahbereichsbürgerschaft des Bundesgerichtshofs aber nicht durch bloß formale eigentumsrechtliche Gestaltungsformen ausgehöhlt werden, gilt das jedoch nur, wenn sich der entsprechende Übertragungsvorgang als Konsequenz der tatsächlichen Interessenlage auf der Seite des Bürgen bzw. Mithaftenden

darstellt. Diese kann jedoch nur unter Einbeziehung der weiteren Umstände des betreffenden Einzelfalls angemessen beurteilt werden.

4. Zusammenfassung

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.3.2003 macht auf Grundlage der mittlerweile konsolidierten Rechtsprechung zur Nahbereichsbürgerschaft nochmals anschaulich, dass bei dem Grunde nach ruinösen Bürgerschafts- oder Mithaftungserklärungen emotional eng verbundener Personen die Sittenwidrigkeitsvermutung nur widerlegt werden kann, wenn sich für den Betroffenen die Haftungsübernahme als übereinstimmend mit seiner tatsächlichen Interessenlage präsentiert. Die Praxis mancher Kreditinstitute, bezüglich des Mithaftenden oder Bürgen schematisch und ohne Rücksicht auf die jeweils besonderen Umstände zu verlangen, dass diesem ein Miteigentumsanteil an dem kreditfinanzierten Objekt eingeräumt wird, wird dieser Anforderung nicht gerecht.

³³ Urteil vom 14.11.2000 (Fn. 11). In einer Folgeentscheidung hat der Bundesgerichtshof diese Grundsätze zwischenzeitlich ausdrücklich nochmals wiederholt; Urteil vom 4.12.2001, XI ZR 56/01, NJW 2002, 744, 744 f.

Auswirkungen des UMAG auf die notarielle Praxis und die Satzungsgestaltung bei der Aktiengesellschaft

Von Rechtsanwalt und Attorney at Law (New York)

Dipl.-Kfm. Dr. *Olaf Gerber* LL.M. (New York University), Frankfurt am Main/Würzburg

I. Einleitung

Am 17.11.2004 hat die Bundesregierung den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)¹ verabschiedet. Der Regierungsentwurf geht zurück auf einen Referentenentwurf vom 19.1.2004, enthält gegenüber dem Referentenentwurf jedoch einige wichtige Änderungen; das Schrifttum zum Referentenentwurf² ist daher in einigen Punkten bereits überholt. Inzwischen liegt zum Regierungsentwurf eine Stellungnahme des Bundesrates sowie hierzu eine Gegenäußerung der Bundesregierung vor.^{2a} Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung zwar einige vom Regierungsentwurf inhaltlich abweichende Vorschläge gemacht, diese lassen jedoch die wesentlichen Kernbereiche der Neuregelungen unberührt.

II. Überblick

Der Regierungsentwurf des UMAG enthält im Wesentlichen drei Regelungsschwerpunkte:

– Neuregelung der Innenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat. Diese Änderungen betreffen zum einen die Erleichterung der Klagedurchsetzung durch Minderheitsaktionäre nach Durchlaufen eines Klagezulassungsverfahrens sowie – gleichsam als Ausgleich für die Haftungsverschärfung – die Einführung eines Haftungsfreiraums für nach bestem Wissen und Gewissen getroffene unternehmerische Entscheidungen (sog. *business judgement rule*);³

– Änderungen im Bereich der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen. Zu nennen sind hier die vollständige Neufassung des Anfechtungsrechts bei der Verletzung von Informationsmängeln, die Einführung des aus dem Umwandlungsgesetz bekannten Freigabeverfahrens für Anfechtungsklagen gegen Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträge sowie die Beschränkung der Anfechtungsbefugnis auf Aktionäre, die bereits im Zeitpunkt vor Bekanntmachung der Tagesordnung Aktionäre waren;⁴

– Änderungen im Hinblick auf die Vorbereitung und Durchführung von Hauptversammlungen (siehe hierzu sogleich III.).⁵

Der folgende Beitrag geht ausschließlich auf die unmittelbar notarrelevanten Regelungen des UMAG ein. Diese betreffen im Wesentlichen Neuregelungen im Zusammenhang mit der Zulassung zur Hauptversammlung und deren Durchführung. Das UMAG soll zum 1.11.2005 in Kraft treten, zu einem Zeitpunkt also, in dem die Hauptversammlungssaison 2005 bereits weitestgehend gelaufen ist. Dadurch wird den Aktiengesellschaften gleichzeitig die Möglichkeit eröffnet, ihre Satzungen bereits in der Hauptversammlungssaison 2005 an die durch das UMAG erforderlichen bzw. möglichen Änderungen anzupassen. Insbesondere bei börsennotierten Aktiengesellschaften sowie bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften mit einem großen Aktionärskreis empfiehlt sich dies bereits in der jetzt laufenden Hauptversammlungssaison.

¹ Abrufbar unter www.bmj.bund.de/media/archive/797.pdf.

² Siehe etwa die Übersichtsaufsätze von *Diekmann/Leuring*, NZG 2004, 249; *Seibert/Schütz*, ZIP 2004, 252; *Kuthe*, BB 2004, 449; *Wilsing*, ZIP 2004, 1082.

^{2a} Veröffentlicht als Anlage 2 und 3 in BT-Drucksache 15/5092.

³ Hierzu ausführlich *Schütz*, NZG 2005, 5; *Thümmel*, DB 2004, 471, 472 ff.

⁴ Hierzu ausführlich *Schütz*, NZG 2005, 5, 8 ff.; *ders.*, DB 2004, 419; *Wilsing*, DB 2005, 35; *Paefgen*, AG 2004, 245, 246 ff.

⁵ Zur Einführung eines Aktionärsforums *Gantenberg*, DB 2005, 207, 210.

III. Die notarrelevanten Änderungen des Aktiengesetzes durch das UMAG

1. Anmeldung zur Hauptversammlung und Berechtigungsnachweis

a) Bisheriges Regelungsmodell

Zur Teilnahme an der Hauptversammlung ist grundsätzlich nur berechtigt, wer seine Aktionärsstellung nachweisen kann. Bislang kann in der Satzung einer Aktiengesellschaft das Recht zur Teilnahme an der Hauptversammlung und zur Ausübung des Stimmrechts davon abhängig gemacht werden, dass die Aktien bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vor der Hauptversammlung hinterlegt werden (§ 123 Abs. 2 Satz 1 AktG). Ferner davon, dass sich die Aktionäre vor der Hauptversammlung anmelden (§ 123 Abs. 2 Satz 1 u. 2 AktG). Grundform des satzungsmäßigen Berechtigungsnachweises bei Inhaberaktien ist nach der bisher gesetzlichen Regelung mithin die Hinterlegung der Aktien. Bei Namensaktien ergibt sich die Berechtigung aus dem Aktienregister (siehe § 67 Abs. 2 AktG), einer Hinterlegung oder eines sonstigen Berechtigungsnachweises bedarf es hier nicht. Durch das UMAG soll zwar, anders als noch im Referentenentwurf vorgesehen,⁶ die Möglichkeit eines satzungsmäßigen Hinterlegungserfordernisses als Berechtigungsnachweis nicht vollständig abgeschafft werden.⁷ Das UMAG ändert die § 123 Abs. 2 bis 3 AktG jedoch dahingehend, dass das Hinterlegungserfordernis als Grundform der Hauptversammlungslegitimation beseitigt wird. Grund für die Neuregelungen ist, dass in der Praxis wegen des heute ganz überwiegenden Ausschlusses des Rechts der Aktionäre auf Verbriefung (§ 10 Abs. 5 AktG) Aktien, trotz Hinterlegungserfordernisses in der Satzung, nicht mehr hinterlegt werden, sondern der Legitimationsnachweis durch eine Bescheinigung der Depotbank erfolgt. Mit den Neuregelungen soll die bisherige Praxis daher nachvollzogen werden.⁸

b) Anmeldung

In § 123 Abs. 2 AktG i. d. F. durch den Regierungsentwurf zum UMAG (nachfolgend RegE AktG) ist nunmehr allein und in sich geschlossen die Möglichkeit eines satzungsmäßigen Anmeldeerfordernisses für die Teilnahme an der Hauptversammlung geregelt. Diese Bestimmung gilt sowohl für Inhaber- als auch für Namensaktien.⁹ Gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 RegE AktG kann die Satzung die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts davon abhängig machen, dass sich die Aktionäre vor der Versammlung anmelden. Die Anmeldung muss der Gesellschaft bis spätestens am siebten Tage vor der Versammlung zugehen, wobei die Satzung auch eine kürzere, aber keine längere Frist vorsehen kann (§ 123 Abs. 2 Satz 3 RegE AktG).

c) Berechtigungsnachweis bei Inhaberaktien

In § 123 Abs. 3 Satz 1 RegE AktG ist nunmehr geregelt, dass die Satzung bei Inhaberaktien zusätzlich bestimmen kann wie die Berechtigung zur Teilnahme an der Hauptversammlung oder zur Ausübung des Stimmrechts nachzuweisen ist. Als

Berechtigungsnachweis genügt dabei immer – und zwar unabhängig von einer satzungsmäßigen Regelung – die in Textform erstellte Bestätigung des depotführenden Kreditinstituts (§ 123 Abs. 3 Satz 1 RegE AktG). Die Bestätigung des depotführenden Kreditinstituts muss sich auf den vierzehnten Tag vor der Hauptversammlung beziehen und muss der Gesellschaft bis spätestens am siebten Tag vor der Hauptversammlung zugehen, soweit die Satzung keine kürzere Frist vorsieht (§ 123 Abs. 3 Satz 3 RegE AktG). Dies bedeutet, dass Aktionäre, die Aktien nach dem Stichtag (sog. „record date“) erwerben, nicht zur Teilnahme an der Hauptversammlung berechtigt sind.¹⁰ Die Bundesregierung erwägt in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates eine Änderung des § 123 Abs. 3 Satz 3 RegE AktG dahingehend, dass sich der Nachweis auf den Beginn des einundzwanzigsten Tages vor der Hauptversammlung beziehen muss und für den Zugang bei der Gesellschaft die in der Einberufung hierfür mitgeteilte Adresse maßgeblich ist.

Sofern die Satzung von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, gilt im Verhältnis zur Gesellschaft für die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts nur berechtigt, wer den Nachweis erbracht hat (§ 123 Abs. 3 Satz 4 RegE AktG). Ausweislich der Regierungsbegründung gilt diese Fiktion aber nur für einen solchen satzungsmäßigen Berechtigungsnachweis, der den gesetzlichen Mindestanforderungen des § 123 Abs. 3 Satz 2 u. 3 RegE AktG entspricht.¹¹

d) Zeitliche Übergangsregelung

In § 16 RegE EG AktG ist eine Übergangsregelung vorgesehen, wonach die § 123 Abs. 2 u. 3 RegE AktG erstmals für Hauptversammlungen gelten, zu denen nach dem Inkrafttreten des UMAG einberufen wird; maßgeblich ist also allein der Zeitpunkt der Einberufung der Hauptversammlung. Durch die Übergangsregelung soll die Situation vermieden werden, dass zum Zeitpunkt der Einberufung ein anderes Recht gilt, als zum Zeitpunkt der Abhaltung der Hauptversammlung.¹²

Nach der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates soll der § 16 RegE EG AktG noch um zwei weitere Sätze ergänzt werden. Satz 2 soll eine Übergangsregelung enthalten, wonach bis zur Anpassung der Satzung an § 123 AktG i. d. F. des UMAG die bisherige Satzungsregelung für die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts mit der Maßgabe fortgilt, dass für den Zeitpunkt der Hinterlegung oder die Ausstellung eines sonstigen Legitimationsnachweises auf den Beginn des 21. Tages vor der Hauptversammlung abzustellen ist. Der neue Satz 3 sieht eine Sonderregelung für den Fall vor, dass es zur beabsichtigten Änderung des § 123 Abs. 3 Satz 3 RegE AktG kommt, eine Aktiengesellschaft ihre Satzung aber bereits durch einen Vorratsbeschluss an den § 123 Abs. 3 Satz 3 RegE AktG angepasst hat. In diesem Fall gilt der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats als ermächtigt, den Beschluss hinsichtlich des Stichtagsdatums für den Nachweis der Anteilshaberschaft und hinsichtlich der Stelle, bei der der Nachweis einzureichen ist, zu ändern.

2. Einberufungsfrist für die Hauptversammlung

Die Einberufungsfrist für die Hauptversammlung beträgt bisher einen Monat (§ 123 Abs. 1 AktG). Zukünftig beträgt diese Frist 30 Tage. Damit wird eine Vereinheitlichung der Fristen des § 123 AktG RegE AktG auf Tagesfristen erreicht.

⁶ Begründung Referentenentwurf (Begr. RefE) UMAG, S. 10 (abgedruckt u. a. als Sonderbeilage zu NZG Heft 4/2004).

⁷ So aber anscheinend *Schütz*, NZG 2005, 5, 8.

⁸ Begründung Regierungsentwurf (Begr. RegE) UMAG, S. 27. Hinzu kommt, dass bei ausländischen Investoren mit dem Begriff „Hinterlegung“ häufig die Fehlvorstellung verbunden ist, Aktien können während der Hinterlegungsfrist nicht veräußert werden, Begr. RegE UMAG, S. 26.

⁹ Begr. RegE UMAG, S. 27.

¹⁰ Begr. RegE UMAG, S. 28.

¹¹ Begr. RegE UMAG, S. 29.

¹² Begr. RegE UMAG, S. 66.

Die Änderung steht im Zusammenhang mit der zukünftigen Regelung der Fristberechnung in § 123 Abs. 4 RegE AktG (siehe hierzu sogleich unten 3.).

Die Einberufungsfrist beträgt zukünftig grundsätzlich mindestens 30 Tage vor dem Tag der Hauptversammlung (§ 123 Abs. 1 RegE AktG). Sieht die Satzung ein Anmelderfordernis vor, ist für die Berechnung der Frist nicht der Tag der Hauptversammlung, sondern der Tag, bis zu dessen Ablauf sich die Aktionäre vor der Hauptversammlung anzumelden haben, maßgeblich (§ 123 Abs. 2 Satz 2 RegE AktG). Hierdurch verlängert sich die Frist um mindestens sieben Tage.

3. Fristberechnungen

Im Aktiengesetz finden sich eine Vielzahl von Fristen, die eine Rückwärtsberechnung vom Tag der Hauptversammlung an (siehe z. B. §§ 123 Abs. 1, 125 Abs. 2, 126, 142 Abs. 2, 147 Abs. 1 Satz 2, 258 Abs. 2 Satz 4 AktG) oder von anderen Ereignissen an (siehe z. B. § 128 Abs. 1 AktG) erforderlich machen. Auf die Fristberechnung finden zwar grundsätzlich die §§ 187 ff. BGB Anwendung.¹³ In der Praxis bestehen gleichwohl bei der Fristberechnung eine Reihe von Unsicherheiten. Unklar ist bei der Berechnung der Rückwärtsfristen zum einen die Mit- oder Nichtmitrechnung des Endtages sowie zum anderen die konkrete Anwendung des § 193 BGB.¹⁴

Die insoweit bestehenden Unsicherheiten sollen durch die Neuregelung in § 123 Abs. 4 RegE AktG, der nunmehr Einzelheiten der Rückberechnung der Fristen in § 123 Abs. 1–3 RegE AktG regelt, ausgeräumt werden. Ausweislich der Regierungsbegründung gilt diese Neuregelung aber auch für die anderen Fristen im Aktiengesetz, die von der Hauptversammlung an zurückrechnen.¹⁵

Gemäß § 123 Abs. 4 Hs. 1 RegE AktG sind die Fristen vom Tag der nicht mitzählenden Hauptversammlung an zurückzurechnen. Endet die Frist nicht an einem Werktag, so endet die Frist am „mitzählenden vorhergehenden Werktag“ (§ 124 Abs. 4 Hs. 2 RegE AktG). Durch diese Formulierung soll ausdrücklich klargestellt werden, dass der letzte Tag der Frist mitzählt, an diesem Tag also die entsprechende Handlung (Bekanntmachung der Einberufung, Zugang der Anmeldung zur Hauptversammlung) vorzunehmen ist.¹⁶ Für die Frage, ob ein landesrechtlicher Feiertag vorliegt, kommt es ausweislich der Regierungsbegründung auf das Recht des Sitzes der Gesellschaft an.¹⁷

4. Beschränkung des Frage- und Rederechts in der Hauptversammlung

Nach bisheriger Rechtslage kann der Versammlungsleiter nur die Redezeit der Aktionäre in der Hauptversammlung beschränken, das Fragerecht dagegen nicht. Gemäß § 131 Abs. 2 Satz 2 RegE AktG kann die Satzung oder die Geschäftsordnung für die Hauptversammlung den Versammlungsleiter zukünftig ermächtigen, das Rede- und Fragerecht des Ak-

tionärs angemessen zu beschränken. Der Versammlungsleiter kann damit nunmehr einen zeitlichen Rahmen des Rede- und Fragerechts für den ganzen Hauptversammlungsverlauf, für den einzelnen Tagesordnungspunkt und für den einzelnen Aktionär setzen. Art und Umfang der Beschränkung sollten dabei vom Versammlungsleiter bereits zu Beginn der Hauptversammlung bekannt gegeben werden.

5. Beschränkung des Auskunftsrechts in der Hauptversammlung

In § 131 Abs. 3 AktG soll eine neue Nr. 7 eingefügt werden. Danach darf der Vorstand die Auskunft in der Hauptversammlung zukünftig auch dann verweigern, soweit die Auskunft auf der Internetseite der Gesellschaft über mindestens sieben Tage vor Beginn und in der Hauptversammlung durchgängig zugänglich ist (§ 131 Abs. 3 Nr. 7 RegE AktG). Zweck dieser Neuregelung ist es, die Hauptversammlung von Standardfragen zu entlasten.¹⁸ Ein Hinweis auf die Internetseite in der Einberufung der Hauptversammlung oder der Tagesordnung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben.¹⁹ Über die Internetseite zugänglich gemacht ist die Information, wenn der interessierte Aktionär nach Aufrufen der Startseite der Gesellschaft ohne Suchen entweder direkt oder durch eindeutige Verknüpfungen auf die jeweilige Folgeseite problemlos finden kann.²⁰ Geringfügige und vorübergehende Störungen des allgemeinen Internetzugangs führen nicht zu einer Fristverlängerung.²¹ Die Information muss auf der Internetseite der Gesellschaft bis zum Ende der Hauptversammlung durchgängig zugänglich bleiben. Zusätzlich muss die Information in der Hauptversammlung für alle Hauptversammlungsteilnehmer zugänglich sein, sei es in Schriftform, elektronisch durch Informationsterminals oder auf sonstige Weise.²²

Für die Praxis wird die Neuregelung insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn der Vorstand in der Einladung zur Hauptversammlung zugelassen hat, dass Fragen schon vor der Hauptversammlung schriftlich oder in Textform eingereicht werden können. Der Referentenentwurf sah hier noch eine Ergänzung des § 131 AktG um einen neuen Absatz sechs vor. Danach konnte die Satzung oder Geschäftsordnung für die Hauptversammlung den Vorstand ermächtigen, in der Einberufung der Hauptversammlung für bestimmte Tagesordnungspunkte Fragen in Textform zuzulassen (§ 131 Abs. 6 Satz 1 RefE AktG). Ausweislich der Regierungsbegründung ist der Vorstand hierzu bereits nach geltendem Recht berechtigt.²³ Eine ausdrückliche Regelung ist deshalb nicht erforderlich. § 131 Abs. 6 Satz RefE AktG wurde daher nicht in den Regierungsentwurf übernommen.

6. Gründerzahl bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien

§ 280 Abs. 1 AktG sieht bisher vor, dass an der Gründung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien mindestens fünf Personen mitwirken müssen. Durch das UMAG sollen in § 280 Abs. 1 AktG die Worte „von mindestens fünf Personen“ gestrichen werden, so dass zukünftig – wie schon bei der Aktiengesellschaft – auch bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien eine Einmanngründung zulässig ist.

¹³ Hüffer, AktG, 6. Aufl., § 123 Rdnr. 3.

¹⁴ Siehe nur Kinzl, NZG 2004, 701, 702; Gantenberg, DB 2005, 207, 208, jeweils m. w. N.

¹⁵ Begr. RegE UMAG, S. 30.

¹⁶ Begr. RegE UMAG, S. 30. Meines Erachtens ist daher das Beispiel von Schütz, NZG 2005, 5, 8, unzutreffend gelöst: Findet die Hauptversammlung am 29.3.2005 statt, fällt das rechnerische Fristende auf Sonntag den 27.2.2005, die Frist endet daher am Freitag, den 25.2.2005. An diesem Tag endet die Einberufungsfrist und ist die Einberufung bekannt zu machen und nicht, wie Schütz meint, bereits am Donnerstag den 24.2.2005.

¹⁷ Begr. RegE UMAG, S. 30.

¹⁸ Begr. RegE UMAG, S. 36.

¹⁹ Begr. RegE UMAG, S. 36.

²⁰ Begr. RegE UMAG, S. 36.

²¹ Begr. RegE UMAG, S. 36.

²² Begr. RegE UMAG, S. 36 f.

²³ Begr. RegE UMAG, S. 38.

7. Anforderungen an den Hauptversammlungsbeschluss bei der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen oder Optionsanleihen zur Mitarbeiterbeteiligung

In § 221 Abs. 4 Satz 2 AktG soll ein Verweis auf § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG aufgenommen werden. Damit sind die in § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG normierten Festsetzungen zukünftig auch dann zu beachten, wenn Aktienoptionsprogramme durch eine Wandelschuldverschreibung oder Optionsanleihe unterlegt sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung können daher zukünftig – wie bei der Verweisung in § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG – Aufsichtsräte nicht Bezugsberechtigte eines Aktienoptionsprogramms in Verbindung mit Wandelschuldverschreibungen oder Optionsanleihen sein. Die Wirksamkeit von in der Vergangenheit bereits beschlossener Programme dürfe m. E. von der Neuregelung unberührt bleiben, eine entsprechende Klarstellung wäre noch wünschenswert.

8. Einziehung von Stückaktien

In § 237 Abs. 5 AktG wird die Bezugnahme auf Abs. 3 in Zukunft auf die Fälle des § 237 Abs. 3 Nr. 1 und 2 AktG beschränkt. Es handelt sich hierbei um eine Klarstellung, dass bei einer Einziehung von Stückaktien durch gleichzeitige Anhebung aller verbleibenden Stückaktien eine Kapitalrücklage nach § 237 Abs. 5 AktG nicht gebildet zu werden braucht.

IV. Auswirkungen der Neuregelungen auf die Satzungsgestaltung

1. Auswirkungen auf bestehende Satzungsbestimmungen

Bestimmungen zur Einberufungsfrist sowie zu den Teilnahmevoraussetzungen an der Hauptversammlung (Anmeldung, Berechtigungsnachweis) können, müssen aber von der Satzung nicht geregelt werden. Sofern die Satzung, wie etwa bei Aktiengesellschaften mit einem kleinen Aktionärskreis, hierzu bisher keine entsprechenden Regelungen enthält, ergibt sich auch durch das UMAG grundsätzlich kein Regelungsbedarf. Es bleibt auch nach dem Inkrafttreten des UMAG wie bisher bei dem gesetzlichen Grundmodell, dass keine Regelungen über die Voraussetzungen zur Teilnahme an der Hauptversammlung bestehen. In diesen Fällen wäre lediglich zu überlegen, ob in der Satzung von der Möglichkeit in § 131 Abs. 2 Satz 2 RegE AktG (Beschränkung des Frage- und Rederechts in der Hauptversammlung) Gebrauch gemacht werden soll. Insbesondere bei Aktiengesellschaften mit einem großen Aktionärskreis, vor allem aber bei börsennotierten Aktiengesellschaften, finden sich in der Satzung Regelungen zur Einberufungsfrist und den Teilnahmevoraussetzungen an der Hauptversammlung. Oftmals sehen die Satzungen noch als Voraussetzung für die Teilnahme an der Hauptversammlung und die Ausübung des Stimmrechts die Hinterlegung von Aktien vor. Eine Beibehaltung des Hinterlegungserfordernisses ist meines Erachtens nur noch bei verbrieften, nicht depotmäßig verwahrten Inhaberaktien sinnvoll. In den übrigen Fällen wäre die Satzung an die Neuregelungen anzupassen.

2. Anpassung der Satzung an die zukünftigen Neuregelungen bereits vor deren Inkrafttreten

In den Fällen, in denen eine Anpassung der Satzung an das UMAG erforderlich ist, empfiehlt es sich, die Satzung bereits vor der Geltung der neuen Bestimmungen anzupassen. Insbesondere bei börsennotierten Aktiengesellschaften sollte be-

reits frühzeitig eine Ermächtigung an den Versammlungsleiter gemäß § 131 Abs. 2 Satz 2 RegE AktG (Beschränkung des Frage- und Rederechts in der Hauptversammlung) in die Satzung aufgenommen werden, damit hiervon bereits in der ersten Hauptversammlung nach dem Inkrafttreten des UMAG Gebrauch gemacht werden kann. Satzungsänderungen werden erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister wirksam (§ 181 Abs. 3 AktG). Im Zusammenhang mit der Anpassung der Satzung an zukünftige Gesetzesänderungen, die im Zeitpunkt des Hauptversammlungsbeschlusses noch nicht in Kraft getreten sind, ist daher sicherzustellen, dass die Satzungsänderungen erst wirksam werden, wenn die entsprechende Gesetzesgrundlage in Kraft getreten ist. Hierzu stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Nach ganz herrschender Meinung können Satzungsänderungen zum einen befristet oder bedingt beschlossen werden, so dass sie erst ab einem bestimmten Zeitpunkt oder Bedingungseintritt gelten. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Beschluss selbst schwebend unwirksam und kann nicht zur Eintragung angemeldet werden.²⁴

Formulierungsbeispiel:

Zur Anpassung der Satzung an zu erwartende Änderungen des Aktiengesetzes durch ein Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) schlagen Vorstand und Aufsichtsrat vor, vorbehaltlich des Inkrafttretens des UMAG oder eines anderen Gesetzes, dass die vorgeschlagene Satzungsregelung erlaubt, zu beschließen: (...)

In dem Formulierungsbeispiel wird dabei bewusst nicht speziell auf das UMAG in der Form des Regierungsentwurfes vom 17.11.2004 Bezug genommen, um das in der Literatur zum StückAktG diskutierte Problem zu vermeiden, dass ein vom Regierungsentwurf geringfügig oder wesentlich abweichender Gesetzestext beschlossen wird und sodann unklar ist, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht.²⁵ Formulierungen in den Beschlussvorschlägen wie „(...)“, vorbehaltlich des Inkrafttretens des UMAG in Form des Regierungsentwurfes vom 17.11.2004²⁶ sollten daher vermieden werden. Nach allgemeiner Ansicht ist es ferner zulässig, den Satzungsänderungsbeschluss unbedingt zu fassen, aber in der Art unecht zu bedingen, dass der Vorstand die Satzungsänderung erst im Fall des Inkrafttretens des neuen Gesetzes anmelden soll.²⁷

Formulierungsbeispiel:

Der Vorstand wird angewiesen, diese Satzungsänderung dann und nur dann zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wenn ein Gesetz in Kraft getreten ist, das Regelungen des in § (...) Abs. (...) vorgesehenen Inhalts erlaubt.

Unzulässig wäre es dagegen, die Ausführung bzw. Durchführung eines Satzungsänderungsbeschlusses in das Ermessen der Verwaltung zu stellen.²⁸ Unzulässig sind ferner bedingte Satzungsbestimmungen, wonach der Beschluss über die Satzungsänderung zwar unbedingt ist, die neue Satzungs-

²⁴ Hüffer, AktG, § 179 Rdnr. 25 f. m. w. N.; Großkommentar AktG/Wiedemann, 4. Aufl., § 179 Rdnr. 162; Geßler/Hefermehl/Hefermehl/Bungeroth, AktG, 1994, § 179 Rdnr. 63 ff.; Kölner Komm. AktG/Zöllner, 1995, § 179 Rdnr. 47 ff.

²⁵ Siehe hierzu Heider, AG 1998, 1, 6; Bungert, NZG 1998, 172, 173.

²⁶ Siehe etwa die Hauptversammlungseinladung der Douglas Holding AG, Elektronischer Bundesanzeiger v. 28.1.2005.

²⁷ Siehe die in Fn. 24 Genannten.

²⁸ Großkommentar AktG/Wiedemann, § 179 Rdnr. 105 u. 162.

bestimmung selbst aber nur gelten soll, wenn ungewisse Ereignisse eintreten.²⁹

3. Formulierungsbeispiele

a) Einberufungsfrist und Anmeldung zur Hauptversammlung

Das Teilnahmerecht an der Hauptversammlung kann in der Satzung wie folgt geregelt werden:

„(...) Die Hauptversammlung ist mindestens 30 Tage vor dem Tag, bis zu dessen Ablauf die Aktionäre sich zur Hauptversammlung anzumelden haben, durch Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger einzuberufen.

(...) Zur Teilnahme an der Hauptversammlung und zur Ausübung des Stimmrechts sind nur diejenigen Aktionäre berechtigt, die sich vor der Hauptversammlung bei der Gesellschaft in Textform in deutscher oder englischer Sprache anmelden und ihren Anteilsbesitz durch eine von dem depotführenden Kreditinstitut in Textform in deutscher oder englischer Sprache erstellte Bestätigung nachweisen. Der Nachweis des Anteilsbesitzes hat sich auf den gesetzlich vorgesehenen Zeitpunkt („record date“) zu beziehen. Die Anmeldung und der Nachweis müssen der Gesellschaft unter der in der Einberufung hierfür mitgeteilten Adresse bis spätestens am siebten Tag vor der Hauptversammlung zugehen. In der Einladung können weitere Formen und Sprachen, in denen die Anmeldung und der Nachweis verfasst sein können, sowie weitere Institute, von denen der Nachweis erstellt werden kann, zugelassen werden.

(...) Fällt der Tag, an dem die Einberufung der Hauptversammlung bekannt zu machen ist, oder der Tag, an dem der Gesellschaft die Anmeldung und der Nachweis zugehen

müssen, oder der Tag, auf den sich der Nachweis des Anteilsbesitzes beziehen muss, auf einen Samstag, Sonntag oder einen gesetzlichen Feiertag am Sitz der Gesellschaft, so tritt der letzte diesem Tag vorhergehende Werktag an die Stelle des nach vorstehenden Bestimmungen maßgebenden Tages.“

b) Beschränkung des Frage- und Rederechts in der Hauptversammlung

Die Beschränkung des Frage- und Rederechts in der Hauptversammlung kann in der Satzung wie folgt geregelt werden:

„(...) Der Versammlungsleiter ist ermächtigt, das Frage- und Rederecht der Aktionäre zeitlich angemessen zu beschränken. Er ist insbesondere berechtigt, zu Beginn der Hauptversammlung oder während ihres Verlaufs den zeitlichen Rahmen des Frage- und Rederechts für den ganzen Hauptversammlungsverlauf, für einzelne Tagesordnungspunkte und/oder für einzelne Frage- und Redebeiträge angemessen festzusetzen.“

V. Zusammenfassung

Für die notarielle Praxis ergibt sich durch das UMAG vor allem im Hinblick auf die Neuregelungen zur Vorbereitung (Anmeldung zur Hauptversammlung und Berechtigungsnachweis) und Durchführung (Beschränkung des Frage- und Rederechts sowie des Auskunftsrechts) der Hauptversammlung Beratungsbedarf. Insbesondere ist zu prüfen, ob eine Anpassung der Satzung an die Neuregelungen erforderlich ist. Insbesondere bei börsennotierten Aktiengesellschaften sowie bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften mit einem großen Aktionärskreis empfiehlt es sich, die Satzung bereits in der jetzt laufenden Hauptversammlungssaison an das UMAG anzupassen. Ferner sind zukünftig die Neuregelungen zur Einberufungsfrist und für die Hauptversammlung und die Neuregelungen zur Fristberechnung zu beachten.

²⁹ Großkommentar AktG/Wiedemann, § 179 Rdnr. 161; Kölner Komm. AktG/Zöllner, 1995, § 179 Rdnr. 50.

Muss der Notar die Eintragungsbewilligung bei den Grundakten einsehen?

Von Notar a. D. Dr. Christoph Reithmann, Wolfratshausen

Die Entscheidung des BGH vom 12.11.2004¹ enthält ein Diktum, das die Praxis erschrecken kann. Es handelte sich um die Löschung eines Vorkaufsrechts, dessen Vererblichkeit zwar nicht aus dem Grundbuch, aber aus den Grundakten ersichtlich war. Zwar ging es nicht um die Haftung des Notars. Der Notar, der den Löschantrag gestellt hatte, war jedoch als Streithelfer an dem Verfahren beteiligt. Der „schadensverursachende Löschantrag“ hätte, wie der BGH ausführt, vermieden werden können, wenn der Notar zuvor Einblick in die Grundakten genommen hätte. Dieses Unterlassen rechtfertigt „jedenfalls in der Person des Streithelfers“ den Vorwurf der Fahrlässigkeit, die der BGH sogar „als grob“ bewertet. Wenn auch die Fälle der vererblichen Vorkaufsrechte selten sein mögen, so spielt die Frage der Einsicht der Grundakten in anderen Fällen wohl eine alltägliche Rolle, insbeson-

dere bei der Beurkundung von Kaufverträgen über Grundstücke, die mit Dienstbarkeiten belastet sind. Darauf ist nachstehend gesondert einzugehen.

I.

Jedenfalls ist aber ein Blick auf § 21 BeurkG zu werfen und auf dessen Einordnung in den 2. Abschnitt des BeurkG: „Bei Geschäften, die im Grundbuch eingetragene oder einzutragende Rechte zum Gegenstand haben, soll sich der Notar über den Grundbuchinhalt unterrichten.“ Da das Grundbuch häufig auf die Eintragung der Bewilligung verweist, wird diese Pflicht häufig auf die Einsicht der Grundakten ausgedehnt.

§ 21 BeurkG ist eine Ausprägung der Pflicht des Notars, „den Sachverhalt zu klären“, eine Pflicht, die bei jeder Beurkundung von Willenserklärungen gilt. § 17 BeurkG spricht von „Klärung des Sachverhalts“; dies begründet keine Aufklärungspflicht von Amts wegen. Das BeurkG spricht nicht mehr

¹ MittBayNot 2005, 245 (in diesem Heft).

wie früher § 26 BNotO a. F. davon, „den Sachverhalt möglichst sorgfältig aufzuklären“, sondern verlangt vom Notar, „den Sachverhalt zu klären“, also zu klären, ob die Beteiligten von richtigen Vorstellungen ausgegangen sind. Denn nur dann kann eine sachgerechte Rechtsbelehrung erfolgen.

Während aber die Rechtsbelehrung unverzichtbar ist, kann auf die Klärung des Sachverhalts verzichtet werden, wenn feststeht, dass den Beteiligten die Sach- und Rechtslage unzweifelhaft bekannt ist. Nach § 21 Abs. 1 Satz 2 BeurkG gilt dies dann, „wenn die Beteiligten trotz Belehrung über die damit verbundenen Gefahren auf einer sofortigen Beurkundung bestehen“. Jedenfalls besteht eine Pflicht zur Belehrung nach § 17 BeurkG und damit zur Klärung des Grundbuchstandes stets nur bei der Beurkundung (von Willenserklärungen), nicht aber ohne weiteres bei Unterschriftsbeglaubigung.²

II.

Bei der Beurkundung von Kaufverträgen über Grundstücke, die mit Dienstbarkeiten belastet sind, kommt es darauf an, ob nicht nur das Bestehen, sondern auch der genaue Inhalt der Dienstbarkeit zur rechtlichen Tragweite nach § 17 BeurkG gehört, über die der Notar stets zu belehren hat. Aus dem Grundbuch selbst ist nur zu ersehen, dass eine Dienstbarkeit auf dem Grundstück lastet; hinsichtlich deren Inhalts enthält das Grundbuch nur ein allgemeines Schlagwort, z. B. „Geh- und Fahrrecht“, „Stromleitungsrecht“; im Übrigen weist das Grundbuch gemäß § 874 BGB auf die bei den Grundakten liegende Eintragungsbewilligung hin. Inhalt und Ausübungsbereich der Dienstbarkeit sind nur aus der Eintragungsbewilligung zu ermitteln. Aber auch die Einsicht in die Eintragungsbewilligung gibt nicht stets vollständige Auskunft. Darin ist zwar das herrschende Grundstück bezeichnet; dieses kann jedoch geteilt sein, so dass das Recht nunmehr den Eigentümern mehrerer Teilgrundstücke zustehen kann, was weder aus dem Grundbuch noch aus den Grundakten ersichtlich ist.

*Preuß*³ verlangt stets Einsicht der Grundakten, wenn das Grundbuch nach § 874 BGB auf die Grundakten verweist. *Ganter*⁴ schränkt dies auf den Fall ein, dass sich der Inhalt von Eintragungen, die für das beurkundende Geschäft von Bedeutung sind, nur aus der Urkunde ergibt, auf die die Eintragung nach § 874 BGB Bezug nimmt. Es wird auf die „Bedeutung der Dienstbarkeit“ abgestellt. Der in der Eintragungsbewilligung bezeichnete Ausübungsbereich ist wohl in jedem Fall von Bedeutung für die Dienstbarkeit und für das belastete Grundstück; fraglich ist aber, ob diese tatsächliche (oder auch rechtliche) Bedeutung zur „rechtlichen Tragweite“ (§ 17 BeurkG) eines zu beurkundenden Grundstückskaufvertrags gehört.

Eine wirtschaftliche Beeinträchtigung des Kaufgrundstücks stellt auch die Baulast dar. Das Bestehen einer Baulast wird aber nicht zur rechtlichen Tragweite des Grundstückskaufvertrags gezählt. Eine allgemeine Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG wird hier nicht angenommen. Das Baulastenverzeichnis muss nicht generell eingesehen werden.⁵

² Freilich kann auch hier eine Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts bestehen, wenn der Notar diese im Rahmen eines Treuhandauftrags nach § 24 BNotO übernimmt, etwa dann, wenn er es übernimmt, eine Rangbescheinigung abzugeben. Wäre etwa ein Vorkaufrecht eingetragen, so könnte die Rangbescheinigung nur abgegeben werden, wenn feststeht, dass dieses Vorkaufrecht durch Todesfall erloschen (also nicht vererblich) ist.

³ In Huhn/v. Schuckmann, *BeurkG*, 2003, § 21 Rdnr. 7.

⁴ In Zugehör/Ganter/Hertel, *Handbuch der Notarhaftung*, 2004, Rdnr. 884; ebenso *Winkler*, *BeurkG*, 2003, § 21 Rdnr. 22; *Frenz* in *Eylmann/Vaasen*, *BeurkG*, 2004, § 21 Rdnr. 3.

⁵ *Ganter* (Fn. 4), Rdnr. 883; *Winkler* (Fn. 4), § 21 Rdnr. 13; *Frenz* (Fn. 4), § 21 Rdnr. 1; *Preuß* (Fn. 3), Rdnr. 8; *Reithmann/Albrecht*, *Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung*, 8. Aufl., Rdnr. 439.

III.

§ 17 BeurkG ist eine Vorschrift über das Beurkundungsverfahren, die der Notar in jedem Verfahren der Beurkundung von Willenserklärungen zu beachten hat. In diesem Verfahren ist der Notar zur Belehrung über die „rechtliche Tragweite des Geschäfts“ verpflichtet, und zwar gegenüber den an diesem Verfahren formell Beteiligten (also gegenüber den in der Verhandlung vor dem Notar Anwesenden).⁶ Dies ist als Verfahrensvorschrift grundsätzlich unverzichtbar; die Verfahrensbeteiligten können den Notar davon nicht entbinden.

Die Pflicht des Notars, sich über den Grundbuchinhalt zu unterrichten, ist aber nach der ausdrücklichen Regelung des BeurkG verzichtbar. Der Notar darf auch ohne Grundbucheinsicht die Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags vornehmen, wenn die Beteiligten „trotz Belehrung über die damit verbundenen Gefahren“ mit einer sofortigen Beurkundung einverstanden sind (§ 21 BeurkG).

IV.

Die Ermittlung des Grundbuchstands dient der Rechtsbelehrung (§ 17 BeurkG); sie ist eine Hilfspflicht zur Belehrungspflicht.⁷ Bei der Beurkundung von Willenserklärungen (solcher Erklärungen, die auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sind, der deshalb eintritt, weil er gewollt ist) will § 17 BeurkG eine Diskrepanz zwischen dem erklärten Willen und der eintretenden Rechtsfolge vermeiden. „Rechtliche Tragweite“ sind die unmittelbaren rechtlichen Folgen, die der Erklärende beabsichtigt; darüber, ob diese eintreten oder noch andere Erfordernisse, z. B. Genehmigungen, vorausgesetzt sind, muss der Notar nach § 17 BeurkG stets belehren. Die Beschaffenheit einer verkauften Sache gehört dagegen nicht zur rechtlichen Tragweite des Kaufvertrags, auch nicht die Beschaffenheit eines Grundstücks.

Neben der Rechtsbelehrungspflicht des § 17 BeurkG, die in allen Verfahren der Beurkundung von Willenserklärungen gilt, steht jedoch die erweiterte, konsultative Pflicht, die die Rechtsprechung⁸ aus § 14 BNotO abgeleitet hat, die anders als die Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG nicht nur in bestimmten Verfahren, sondern bei jeder Amtstätigkeit den Notar verpflichtet, vor Gefahr zu warnen, aber nur, wenn Gefahren drohen, die den Beteiligten nicht bekannt, aber dem Notar ersichtlich sind.

V.

Bei der Beurkundung von Grundstückskaufverträgen ist auch die grundlegende Entscheidung des BGH vom 27.10.1994⁹ zu beachten. Hier hat der BGH die Belehrungspflicht des Notars bei Beurkundung des Verkaufs eines mit Grundschulden belasteten Grundstücks ausdrücklich auf § 17 BeurkG gestützt. Es handelte sich um einen Verkauf von sechs Eigentumswohnungen, die mit Gesamtgrundschulden von insgesamt ca. 500.000 DM belastet waren. Die Zahlung des Kaufpreises war als „Vorleistung“ vereinbart. In Erweiterung früherer Entscheidungen sprach der BGH aus: „Ob eine Seite eine ungesicherte Vorleistung erbringen muss, betrifft die rechtliche Tragweite des

⁶ Im Einzelnen *Ganter* (Fn. 4), Rdnr. 1111. Die Rechtsprechung lässt nicht klar erkennen, ob und inwieweit eine Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG auch gegenüber „mittelbar Beteiligten“ besteht. Jedenfalls kommt stets auch gegenüber mittelbar Beteiligten die Warnpflicht nach § 14 BNotO in Frage (s. Fn. 8).

⁷ *Reithmann/Albrecht* (Fn. 5), Rdnr. 214.

⁸ Zuletzt BGH, *DNotZ* 2003, 426; 2003, 845; *Reithmann*, *DNotZ* 2003, 804.

⁹ BGH, *DNotZ* 1995, 407 mit Leitsatz: „Es betrifft die rechtliche Tragweite eines Grundstücksgeschäfts, wenn eine Partei eine ungesicherte Vorleistung zu erbringen hat.“

Geschäfts, nämlich die Voraussetzungen, von denen der beabsichtigte rechtliche Erfolg abhängig ist.“ Die Entscheidung wurde kritisiert.¹⁰ Eingetragene und nicht eingetragene Belastungen (auch Baulasten und Altlasten) stellen zwar Mängel des Kaufgegenstandes dar, haben aber auf den rechtlichen Erfolg des Kaufvertrages, nämlich die Eigentumsübertragung, keinen Einfluss. Sie beeinträchtigen zwar die Qualität des Kaufgegenstandes, nicht aber den Eigentumsübergang (oder die Verpflichtung dazu).

VI.

Dies hat die genannte Entscheidung des BGH aber auch nicht behauptet. Der BGH hat die Belastung des Kaufgrundstücks nicht allgemein zur „rechtlichen Tragweite“ gezählt, sondern stellt auf „ungesicherte Vorleistung“ ab. Die Bedeutung der Entscheidung erschließt sich im Zusammenhang mit der vom BGH begründeten „Zweiten Amtspflicht“ des Notars.¹¹ Der Notar hat nicht nur auf Gefahren hinzuweisen, sondern auch Wege zu weisen, diese Gefahren zu vermeiden. Auch diese Pflicht stellt der BGH ausdrücklich unter § 17 BeurkG und bringt damit zum Ausdruck, dass auch diese Pflicht dem Notar in jedem Fall der Beurkundung von Willenserklärungen obliegt.

Die notarielle Praxis hat seit je Verfahren entwickelt, um ungesicherte Vorleistungen beim Grundstückskaufvertrag zu vermeiden: Der Notar übernimmt im Anderkontenverfahren ebenso wie im Direktzahlungsmodell¹² Treuhandtätigkeiten, die sichern, dass bestehende Grundpfandrechte aus dem Kaufpreis (oder jedenfalls vor Kaufpreiszahlung) abgelöst werden. Dies muss nicht nur unter besonderen Umständen, sondern in jedem Fall durch die Einschaltung des Notars gesichert sein.

¹⁰ Zum Beispiel von *Haug*, DNotZ 1995, 411.

¹¹ BGH, DNotZ 1995, 494; 1996, 568; 1998, 637; 2001, 473; einschränkend BGH, MittBayNot 2004, 294.

¹² *Reithmann/Albrecht* (Fn. 5), Rdnr. 325 ff.

Dadurch, dass der BGH seine Entscheidung nicht auf § 14 BNotO (erweiterte Warnpflicht), sondern auf § 17 BeurkG ausdrücklich gestützt hat, hat er diese von der Praxis entwickelte Mitwirkung des Notars bei der Vertragsabwicklung in den Bereich der Notaren generell obliegenden Pflichten einbezogen und damit der Beurkundung von Grundstückskaufverträgen eine neue Qualität verliehen.

VII.

Es geht um die Sicherung von Vorleistungen. Daraus ergeben sich auch die Grenzen der Belehrungspflicht. Eine Kaufpreiszahlung vor Ablösung der eingetragenen Grundpfandrechte stellt eine Vorleistung dar. Aus dem Grundbuch, auch aus den Grundakten, ist aber keinesfalls ersichtlich, wie hoch eine Grundschuld valutiert ist oder noch valutiert werden kann. Es genügt (und ist erforderlich), auf die Tatsache der Belastung hinzuweisen und ein Verfahren vorzusehen, das die Lastenfreistellung sichert. Ein solches Verfahren ist nur bei der Belastung mit *Grundpfandrechten* möglich. Anders ist es bei der Belastung mit *Dienstbarkeiten*. Hier geht es nicht um die Sicherung von Vorleistungen. *Dienstbarkeiten* werden meist nicht abgelöst, sondern bleiben bestehen. § 17 BeurkG verlangt, darüber zu belehren, dass das Grundstück nach dem Grundbuch mit einer Dienstbarkeit belastet ist und diese Dienstbarkeit den Wert des Grundstücks einschränken kann. Wie weit dieser Wert eingeschränkt ist, gehört aber nicht zu den unmittelbaren Folgen des zu beurkundenden Kaufvertrags (also nicht zur rechtlichen Tragweite), sondern zur Beschaffenheit des Kaufgegenstandes. Deshalb kann eine allgemeine Belehrungspflicht über Inhalt und Ausübungsbereich von Dienstbarkeiten, die ein Kaufgrundstück belasten, nicht angenommen werden.¹³

¹³ Unter besonderen Umständen kann eine Warnpflicht nach § 14 BNotO (s. oben Fn. 8) bestehen.

Die Kostenrechtsprechung des BayObLG im Jahr 2004

– Überblick über die für den Notar bedeutsamen Entscheidungen –

Von Dr. *Erich Denk*, Präsident des Landgerichts Kempten (Allgäu)

Der Überblick umfasst in zeitlicher Abfolge die Leitsatz- und Stichwortentscheidungen des 3. Zivilsenats des Bayerischen Obersten Landesgerichts zum Notarkostenrecht, aber auch zu Gerichtskosten nach der Kostenordnung, soweit diese für den Notar bedeutsam sind. Sein Verfasser, der diesem Senat bis zum Ende des Jahres 2004 angehörte, will in knappen Sätzen über den wesentlichen Inhalt und die möglichen Auswirkungen dieser Entscheidungen informieren. Daneben werden zuweilen kleine Hinweise gegeben, die aus dem bloßen Entscheidungswortlaut nicht ohne weiteres hervorgehen. Die angegebenen Fundstellen sollen ein rasches Auffinden im Bedarfsfalle ermöglichen.

1. Beschluss vom 28.1.2004, 3Z BR 262/03

Fundstellen: BayObLGZ 2004, 12; MittBayNot 2004, 378; FGPrax 2004, 94; ZNotP 2004, 414 mit Anm. *Tiedtke*

Im Verfahren der Notarkostenbeschwerde ist gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Ablehnung eines Richters der Beschwerdekammer die sofortige weitere Beschwerde statthaft, sofern sie vom Landgericht zugelassen wurde. Der Senat knüpfte damit an die nach Inkrafttreten des Zivilprozessreformgesetzes (1.1.2002) ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung an, wonach die ZPO-Vorschriften über die zuläs-

sungsbedürftige Rechtsbeschwerde auf die Statthaftigkeit der weiteren Beschwerde gegen solche FGG-Entscheidungen anzuwenden sind, deren Anfechtung den Regeln der ZPO unterliegt. Das sind neben der Zurückweisung von Richter- oder Sachverständigenablehnungen noch die Entscheidungen im Kostenfestsetzungs- und PKH-Verfahren. Der Senat benützte die Gelegenheit, die dogmatische Eigenart des Verfahrens der Notarkostenbeschwerde zu beleuchten. Es ist ein Beschwerdeverfahren, in dem eine erste gerichtliche Instanz fehlt. An die Stelle der erstinstanzlichen Entscheidung tritt die Kostenrechnung des Notars. Gleichwohl entscheidet das Landgericht

als Beschwerdegericht und das BayObLG (künftig für ganz Bayern: OLG München) als Gericht der weiteren, also reinen Rechtsbeschwerde.

2. Beschluss vom 10.3.2004, 3Z BR 237/03

Fundstellen: BayObLGZ 2004, 55; OLG-Report 2004, 294; FGPrax 2004, 138; Rpfleger 2004, 525

Die Auslagen für einen Sachverständigen können in einem Nachlassverfahren dem Beteiligten auferlegt werden, der das Verfahren in Gang gebracht hat, auch wenn er einen Erbscheinsantrag nur angekündigt, aber nicht gestellt hat. Die vermeintliche Erbin eines Niederländers hatte durch eine solche Ankündigung Ermittlungen des Nachlassgerichts ausgelöst, die zur Einholung eines Gutachtens zur anwendbaren Rechtsordnung und der etwaigen Erbfolge nach niederländischem Recht führten. Die aus der Staatskasse gezahlten Kosten hierfür beliefen sich auf über 45.000 DM. Da zwischenzeitlich hohe Nachlassverbindlichkeiten zu Tage getreten waren, sah die Erbin von der Stellung eines Erbscheinsantrags ab. Die 45.000 DM wollte sie der Staatskasse nicht erstatten. Der Senat entschied, dass der Antrag, auf den hin das Verfahren in Gang gekommen war, zur Begründung der Veranlasserhaftung ausreiche. Im Übrigen setzte er den zu erstattenden Betrag nicht unerheblich herab.

3. Beschluss vom 17.3.2004, 3Z BR 32/04

MittBayNot 2004, 379

Bestätigung der Grundsatzentscheidung vom Vorjahr (vgl. mein Überblick für 2003, MittBayNot 2004, 169, 170 Nr. 7), wonach im Verfahren der Notarkostenbeschwerde der Notarkasse Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muss. Dies gilt auch, wenn der Schwerpunkt des Verfahrens auf einer Aufrechnung mit einem behaupteten Schadensersatzanspruch aus Verletzung der Hinweispflicht liegt.

4. Beschluss vom 28.7.2004, 3Z BR 122/04

unveröffentlicht

Bewertung eines zum Nachlass gehörenden Hotels: Die Immobilie kann mit der sog. vereinfachten Sachwertmethode nach Bodenrichtwert und Brandversicherungswert veranschlagt werden. Weitere Betriebsbestandteile (etwa Einrichtungsgegenstände oder Warenbestände) können mit ihren Bilanzwerten hinzugerechnet werden.

5. Beschluss vom 4.8.2004, 3Z BR 20/04

Fundstellen: MittBayNot 2005, 74; ZNotP 2004, 453; DB 2004, 2366

Bewertung eines zum Nachlass gehörenden Kommanditanteils: Maßgebend ist das bilanzierte Aktivvermögen. Gesellschaftsschulden sind auch bei sog. Verlustzuweisungsgesellschaften nicht abzugsfähig.

6. Beschluss vom 29.9.2004, 3Z BR 147/04

unveröffentlicht

Bewertung eines Nachlasses mit einem Grundstück, das der Erblasser dem Erben geschenkt hatte: Da der Eigentumswechsel vor dem Erbfall nicht mehr im Grundbuch eingetragen wurde, gehört das Grundstück zum Nachlass. Es kann aber der im Zweifel gleichwertige schuldrechtliche Anspruch des Beschenkten als Erblasserschuld gegengerechnet werden.

7. Beschluss vom 1.10.2004, 3Z BR 129/04

unveröffentlicht

Die Erwerberin einer Altbauwohnung verweigerte nach Insolvenz des Veräußerers die Zahlung der Notarkosten mit der Begründung, der Notar hätte die Maßgaben der Makler- und Bauträgerverordnung in das Vertragswerk aufnehmen müssen. Der Senat äußerte sich zum einen zur Frage der Geringfügigkeit der Bauleistungen und damit zur Grenze, bis zu der die Nichtanwendung der MaBV gerade noch zulässig ist. Zum anderen erörterte er eine denkbare betreuende Belehrungspflicht, wonach der Notar möglicherweise darauf hinweisen muss, dass ein Grenzfall vorliegt, bei dem der Umfang der Bauleistungen so gewählt wurde, dass die MaBV unanwendbar bleibt. Eine Festlegung war nicht nötig, weil die Erwerberin, die einen Schadensersatzanspruch wegen angeblicher Amtspflichtverletzung des Notars gegen dessen Kostenanspruch ins Feld geführt hatte, zu Art und Kausalität ihres Schadens zu wenig vorgetragen hatte. Der Senat legte bei der Darlegungs- und Substantiierungspflicht hinsichtlich des behaupteten Schadensersatzanspruchs ähnlich hohe Maßstäbe wie im Streitverfahren an.

8. Beschluss vom 27.10.2004, 3Z BR 185/04

Fundstellen: MittBayNot 2005, 76; ZNotP 2005, 38; NotBZ 2004, 482

Gebühren für den Abruf einzelner Daten aus dem maschinellen Grundbuch kann der Notar auf den zahlungspflichtigen Beteiligten umlegen. Die nach der Verordnung über Grundbuchabrufverfahrensgebühren für jeden Abruf von Daten aus einem Grundbuchblatt erhobene Gerichtsgebühr von 5 € kann, was bisher strittig war, gemäß § 154 Abs. 2 KostO auf den Kostenschuldner des Notars abgewälzt werden. Der Notar musste vorliegend die Löschung einer Grundstücksbelastung herbeiführen. Da das Grundstück inzwischen geteilt und 121 Wohneinheiten gebildet worden waren, mussten dazu entsprechend viele Grundbuchblätter eingesehen werden. Bei einer eigenen Gebühr von nur 21 € wurde der Notar vom Gericht mit 605 € für den automatisierten Abruf der Grundbuchinhalte belastet. Nach Ansicht unter anderem der Notarkasse durfte er diesen Betrag nicht auf seinen Kostenschuldner abwälzen. Der Senat hingegen entschied sich für die Gegenmeinung.

Eigenheimzulage und Fremdvergleich

Von Notar Dr. Robert Lotter, Nördlingen

1. Die Dezember der Jahre 2002, 2003 und – in etwas geringerem Maße – 2004 waren für die Notare durch eine Vielzahl von Fällen geprägt, in denen der Mandant noch unbedingt einen „Anschaffungsvorgang im alten Jahr“ verwirklichen wollte, um Eigenheimzulage nach „altem“ Recht

zu erlangen. Hierbei gab es einige typische Konstellationen, von denen allein die folgende untersucht werden soll: Veräußerer und Erwerber sind nahe Angehörige; der Erwerber hätte aus eigenen Mitteln die Gegenleistung nicht aufbringen können, so gewährte der Veräußerer ihm ein Darlehen in

Höhe der Gegenleistung oder eines Teils derselben; der Anspruch auf das Darlehen wurde mit dem Anspruch auf die Gegenleistung verrechnet; zivilrechtlich war damit der Kaufpreisanspruch erfüllt, allein der Rückzahlungsanspruch des Veräußerers und Darlehensgebers aus dem Darlehen blieb verkürzt und beispielhaft soll das an einem Kaufvertrag dargestellt werden, wo Verkäufer ein Vater und Käufer dessen Sohn ist.

Gelegentlich haben die Finanzämter dieser Konstruktion die steuerliche Anerkennung versagt, weil der Darlehensvertrag dem „Fremdvergleich“ nicht standhalte und daher keine Eigenheimzulage gewährt werden könne. So wurde insbesondere argumentiert, wenn zur Darlehenssicherung keine Grundschuld oder Hypothek bestellt wurde oder wenn sonstige (angeblich) zwischen Fremden übliche Regelungen im Darlehensvertrag fehlten oder unübliche enthalten waren. Dieser Beitrag will untersuchen, ob diese Argumentation stichhaltig ist.

2. Der durch die Rechtsprechung des BFH und die Finanzverwaltung auf viele Sachverhalte angewendete „Fremdvergleich“ besagt (siehe etwa EStR 19, Stichwort „Fremdvergleich“) vereinfachend, dass ein zivilrechtliches (wirksames) Rechtsgeschäft die gewünschte steuerliche Anerkennung nur findet, wenn es so gefasst ist, wie es verständige Personen normalerweise tun würden.¹ Auf unsere Fallgruppe bezogen bedeutet das: Das Rechtsgeschäft ist nur dann steuerlich anzuerkennen, wenn es (zivilrechtlich wirksam ist und nur) solche Regelungen enthält, wie sie bei einem derartigen Geschäft üblich sind.

3. Der steuerlich zu beurteilende Sachverhalt ist aber die Frage, ob der die Eigenheimzulage beantragende Erwerber „Anschaffungskosten“ bei seinem Immobilienerwerb im Sinne des Eigenheimzulagengesetzes hat (die übrigen Anspruchsvoraussetzungen als gegeben unterstellt) oder nicht. Anschaffungsvorgang ist ein Immobilienkaufvertrag. Wir unterstellen, dass sowohl der Kaufvertrag als auch der mit diesem (in einer Notarurkunde) verbundene Darlehensvertrag zivilrechtlich wirksam sind. Zu den Essentialia des Darlehensvertrags gehört aber zivilrechtlich keine Sicherung durch Grundschuld, keine bestimmte Zinshöhe, Laufzeit und Kündigungsfrist – um nur einiges zu nennen, was bei Anlegung des Fremdvergleichsmaßstabs bei einem Darlehen zu berücksichtigen wäre.

4. Zivilrechtlich ist der Kaufpreisanspruch erfüllt, sobald er mit dem Anspruch auf Darlehensauszahlung verrechnet wurde; so ist es sicher überflüssig, das Darlehen auszuzahlen und postwendend als Kaufpreistilgung wieder zurückzuzahlen. Damit ist aber schon der Kern des Problems umrissen: Mit der verrechnungsweisen Erfüllung des Kaufpreisanspruchs sind dem Erwerber auch Anschaffungskosten in gleicher Höhe entstanden. Das Geschäft „Kauf“ hält der Prüfung auch unter Anlegung des Fremdvergleichsmaßstabs stand.

5. Die Würdigung, ob das *Darlehen* die für die steuerliche Anerkennung verlangten Kriterien erfüllt, führt in die Irre: Es wird nicht die steuerliche Anerkennung des Rechtsgeschäfts „Darlehen“, sondern die des Kaufvertrages begehrt: Der Er-

werber macht nicht etwa geltend, dass seine Darlehenszinsen Betriebsausgaben seien, oder Ähnliches. Stünde das Darlehen auf dem Prüfstand, hielte es zugegebenermaßen einem Fremdvergleich nicht stand, wenn etwa keine Grundschuld als Sicherheit bestellt wurde usw. – nur: Niemand macht im Zusammenhang mit dem Darlehen etwas steuerlich geltend. Auf den Punkt gebracht: Auch unter Fremden ist es nicht unüblich, eine Immobilie zu verkaufen, sondern lediglich, den Kaufpreis durch ungesichertes Darlehen des Verkäufers zu finanzieren.

6. Die Versuchung, anhand des Fremdvergleichsmaßstabs die Anerkennung von Anschaffungskosten in unserem Fall zu versagen, rührt wohl daher, dass beide Geschäfte in einer Urkunde zusammengefasst sind, was dem zivilrechtlichen Erfordernis des § 311 b BGB entspricht. Durch eine geringfügige Abwandlung des Sachverhalts ist der Irrtum erkennbar: Nehmen wir an, es sei nicht von Anfang an beabsichtigt gewesen, den Kaufpreis durch Verkäuferdarlehen aufzubringen: Der Kaufvertrag enthält nur kaufspezifische Bestandteile. Tage – oder Wochen – später stellt sich heraus, dass keine Bank bereit ist, den Kaufpreis zu finanzieren. Der Käufer wendet sich in seiner Not an seine Verwandten. Wenn nun ein Bruder ihm den Kredit gibt, so käme sicher niemand auf die Idee, eine Eigenheimförderung zu versagen. Das Gleiche gilt, wenn die Mutter des Käufers ihm den Kredit gibt, auch wenn sie zugleich Ehefrau des Verkäufers ist. Ja selbst, wenn es letztlich der Verkäufer selbst ist, der sodann den Kredit gibt, könnte hieran wohl nichts auszusetzen sein.

Das Beispiel zeigt: Allein die Tatsache, dass die Aufbringung des Kaufpreises durch ein Darlehen des mit dem Käufer verwandten Verkäufers *von Anfang an* geplant war, führt zur Missbilligung seitens des Finanzamts. Dabei sind die Vertragsparteien (und der Notar) nur ihrer in § 311 b BGB enthaltenen gesetzlichen Verpflichtung nachgekommen, alle Vereinbarungen mitzubeurkunden, die für den Kauf (zumindest für den Käufer) von Bedeutung sind. Es kann aber objektiv keinen Unterschied machen, ob die Gewährung des Kaufpreisdarlehens durch den Verkäufer anfänglich geplant war oder sich erst später ergeben hat.

7. Man muss natürlich sehen, dass hinter der Haltung manchen Finanzamts die nicht ganz grundlose Befürchtung steht, findige Steuersubjekte könnten zu einfach in den Genuss staatlicher Subvention kommen: Dem Darlehensgeber steht es sicherlich frei, aufgrund später gefassten Entschlusses dem Darlehensnehmer das Darlehen ganz oder teilweise zu erlassen – dann hätte der Käufer tatsächlich im Ergebnis keine echten Aufwendungen für die Immobilie getätigt, aber trotzdem die Eigenheimzulage erhalten. Die Finanzverwaltung hingegen kann kaum nachweisen, dass ein Erlass nicht erst aufgrund späteren Entschlusses erfolgt ist, sondern von Anfang an geplant und verabredet war. Dieses Misstrauen darf aber nicht zu einer pauschalen Vorverurteilung und, im Verhältnis zu den oben erörterten Varianten, zur objektiven Ungleichbehandlung führen. Man mag unter allgemeinen Gesichtspunkten die Abschaffung der Eigenheimförderung oder anderer staatlicher Subventionen auch unter dem Blickwinkel des möglichen Missbrauchs begrüßen; das gibt dem Finanzamt aber noch lange nicht das Recht, sich über den Gesetzgeber der Eigenheimzulagenförderung zu erheben.

¹ Mit Recht kritisch zu den darin enthaltenen normativen Wertungen Pezzer, DStZ 2002, 850 ff.

TAGUNGSBERICHT

Vertragsgestaltung im Eherecht aus notarieller und richterlicher Sicht**Gemeinsame Tagung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz
und der Landesnotarkammer Bayern in Fischbachau am 3./4.3.2005**Von Notarassessor Dr. *Martin T. Schwab*, München

Eheleute können nach §§ 1408, 1585 c BGB Verträge über ihre güterrechtlichen Verhältnisse und über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach einer Scheidung schließen. Der Versorgungsausgleich kann gemäß § 1408 Abs. 2 Satz 1 BGB modifiziert werden. Diesen gesetzlichen Möglichkeiten der kautelarjuristischen Gestaltungen wurden bekanntlich durch die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (MittBayNot 2001, 207) und des Bundesgerichtshofs (MittBayNot 2004, 279 mit Anm. *Brandt*) Grenzen gesetzt, deren Auswirkungen auf die Praxis nicht endgültig geklärt sind. Die infolge der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehenden Unsicherheiten betreffen Notare und Richter gleichermaßen, denn bei der Vertragsgestaltung – und nicht nur bei derjenigen im Eherecht – könnten die Beziehungen zwischen beiden Berufen kaum enger sein: Wenn der Gesetzgeber in vielen Fällen die Beurkundung durch Notare vorschreibt, so doch hauptsächlich deswegen, weil nach Beratung und Belehrung der Beteiligten am Ende ein wirksamer Vertrag stehen soll, auf den sich der Rechtsverkehr verlassen kann. Über die Wirksamkeit eines Vertrages entscheidet im Streitfall ein Richter. Der Notar muss also wissen, wie der Richter später seinen Vertrag beurteilen wird. Umgekehrt stellt sich für den Richter oftmals die Frage nach dem Warum bestimmter vertraglicher Vereinbarungen. Beide Berufsgruppen prägen sprichwörtlich also zwei Seiten ein- und derselben Medaille, so dass nichts näher liegt als ein Austausch zwischen Richtern und Notaren darüber, wie Verträge so zu gestalten sind, dass sie Sachgerechtigkeit im Einzelfall, grundsätzliche Vertragsfreiheit und Rechtswirksamkeit zu einem erfolgreichen Dreiklang bringen.

Zur Ermöglichung dieses Dialoges fand erstmals eine gemeinsame Tagung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und der Landesnotarkammer Bayern in Fischbachau zur Vertragsgestaltung im Eherecht aus notarieller und richterlicher Sicht statt. Unter der fachkundigen Tagungsleitung von RiOLG *Triebes*, OLG München (Senat Augsburg), referierten ausgewiesene Experten aus der Richterschaft und den Reihen der Bayerischen Notare vor einem paritätisch besetzten Auditorium aus Familienrichtern und Notaren.

**I. Prüfungsmaßstäbe nach der neueren
BGH-Rechtsprechung (*Triebes*)**

Zur Einführung in die Problematik referierte *Triebes* die Prüfungsmaßstäbe an vertragliche Gestaltungen im Eherecht nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Prinzipiell gelte der Grundsatz der Vertragsfreiheit auch bei Eheverträgen, so dass ein Verzicht auf Zugewinn, Unterhalt und Versorgungsausgleich möglich bleibe. Derartige Verzichte seien aber nach der Rechtsprechung des BGH einer Inhaltskontrolle

in Form einer Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB und einer Ausübungskontrolle nach § 242 BGB zu unterwerfen. Bei der an den Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages anknüpfenden Wirksamkeitskontrolle sei neben objektiven Kriterien, wie beispielsweise dem geplanten oder bereits wirklichen Zuschnitt der Ehe und potentiellen Auswirkungen auf Ehegatten und Kinder, insbesondere auch die subjektive Seite zu prüfen. Hierzu seien die mit der Abrede verfolgten Zwecke ebenso wie sonstige Beweggründe zu berücksichtigen. Grundsätzlich sei für die Wirksamkeitskontrolle von einer besonders hohen Schwelle auszugehen. Kontrovers wurde diese im Hinblick auf Diskrepanz-Ehen mit ausländischen Staatsbürgern diskutiert. Ob bei derart besonderen Verhältnissen der Ehegatten ein Komplettverzicht auf Zugewinn, Versorgungsausgleich und Unterhalt ausnahmsweise noch möglich sei, wurde unterschiedlich im Teilnehmerkreis beurteilt. Teilweise wurde hierzu auch vertreten, dass derartige Fallgestaltungen eher im Rahmen der Ausübungskontrolle sachgerecht zu lösen wären.

**II. Überlegungen für die Gestaltung
und Abwicklung von Eheverträgen
(*Bergschneider, Brandt*)**

Die Reihe hochkarätiger Referenten aus Justiz und Notariat wurde durch Rechtsanwalt Dr. *Bergschneider*, München, ergänzt, der nach einer Einführung in den philosophischen und ideologischen Hintergrund über die jüngere Entwicklung der Rechtsprechung referierte. Nach einem jüngeren Beschluss des OLG München (v. 23.3.2004, 16 UF 1790/03, FamRZ 2005, 215) sollen die Grundsätze der richterlichen Inhaltskontrolle auch für Vereinbarungen gelten, die erst nach einer Scheidung geschlossen werden. Daran schlossen sich Überlegungen über die künftigen Möglichkeiten der Gestaltung und Abwicklung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen an. *Bergschneider* unterschied hinsichtlich der Gestaltbarkeit von Eheverträgen zwischen einer objektiven Seite, d.h., wie sieht der Vergleich zwischen den gesetzlichen Ansprüchen und der vertraglichen Regelung konkret aus, und einer separat zu beurteilenden subjektiven Seite. Für Letztere sei insbesondere maßgeblich, wie der Vertrag zustande gekommen sei, ob eine Vorbesprechung erfolgt sei und welche weiteren formellen Vorkehrungen im Rahmen der Beurkundung getroffen worden seien.

Aus notarieller Sicht wurde dies durch Notarin *Brandt*, Friedberg, ergänzt, die Folgerungen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die notarielle Praxis darstellte. Hierzu gehöre neben der Übersendung von Vertragsentwürfen auch ausreichend Zeit für Vorbesprechungen und ausführliche Belehrungen im Rahmen der Beurkundung. Ausdrücklich

wandte sie sich gegen eine entsprechende Anwendung des § 17 Abs. 2 a Nr. 2 BeurkG für Eheverträge. Eine schriftliche Übersetzung für den nicht-deutschsprachigen Vertragspartner sollte ebenso wie die Anwesenheit eines vereidigten Dolmetschers bei Vorbesprechung und während der Beurkundung selbstverständlich sein. Auch nach der Beurkundung sei eine weitere Pflege des Ehevertrags durch die Beteiligten notwendig; der einmal beurkundete Vertrag sei in regelmäßigen Abständen einer Vertrags-Inspektion zu unterwerfen.

III. Unterhaltsfragen (Gerhardt, Grziwotz)

Zu Fragen zulässiger Unterhaltsvereinbarungen referierten Notar Dr. Dr. Grziwotz, Regen, und VRiOLG Dr. Gerhardt, OLG München. Letzterer wies darauf hin, dass sich im Rahmen von Scheidungsvereinbarungen beim Trennungsunterhalt im Fall der Verrechnung mit Gegenleistungen (Unterhalt gegen Haushälfte) Probleme wegen der Unwirksamkeit eines Verzichts auf zukünftigen Trennungsunterhalt ergeben können. Für den nahehelichen Unterhalt gelte zwar grundsätzlich die freie Vereinbarkeit nach § 1585 c BGB, im Rahmen der Vertragsgestaltung sei aber die Inhaltskontrolle und insbesondere die vom BGH hinsichtlich des Unterhalts entwickelte Kernbereichslehre zu beachten. Beim Kindesbetreuungsunterhalt nach § 1570 BGB empfehle sich die Orientierung an den Unterhaltsleitlinien der Oberlandesgerichte. Bei Begrenzungen in der Höhe sei der – für alle Unterhaltstatbestände geltende – gesetzliche Rahmen des § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB zu beachten. Soweit Abweichungen von den gesetzlichen Unterhaltstatbeständen vereinbart würden, die zu Lasten der öffentlichen Hand gehen könnten, sei die Regelung einer Zahlung jedenfalls in Höhe des sozialhilferechtlichen Bedarfs überlegenswert. Bei Regelungen zum Kindesunterhalt sei aus richterlicher Sicht die Aufnahme konkreter Berechnungsgrundlagen vorzuzugswürdig, um spätere Anpassungen zu erleichtern.

Grziwotz ergänzte die Thematik mit einer Exegese der vorhandenen Vorschläge zu Gestaltungen beim Unterhalt. Dabei stellte er die wesentlichen Empfehlungen der kautelarjuristischen Literatur dar, und zwar jeweils vor und nach den zwischenzeitlich ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen. Der Vergleich zeige, dass sich die notarielle Beratungspraxis durch verstärkte Ausdifferenzierungen auf die jeweiligen konkreten Fallkonstellationen angepasst habe. Auf großes Interesse stießen die Ergebnisse einer vom Referenten durchgeführten Umfrage unter Notaren hinsichtlich ihrer Erfahrungen mit notariellen Vereinbarungen zum nahehelichen Unterhalt. Aus Sorge vor einer Gesamtnunwirksamkeit des Ehevertrags seien demnach wirtschaftlich stärkere Ehegatten nun eher zu Konzessionen bereit. Probleme bereiteten Verträge bei gemischt-nationalen Ehen, bei denen der deutsche Partner häufig befürchte, „ausgenommen“ und nach Erhalt der Aufenthaltsgenehmigung vom anderen Partner verlassen zu werden. Die Kernbereichslehre („Unterhaltsranking“) zum Unterhaltsrecht werde von den Beteiligten nur teilweise akzeptiert; so werde die „Haftung“ für Lebensschicksale, Krankheit und Alter von manchen Beteiligten, insbesondere von Frauen, abgelehnt. Schwangere Frauen hätten oft kein Verständnis dafür, dass sie nach Ansicht der Rechtsprechung als nicht „voll geschäftsfähig“ eingestuft würden. Ein mögliches späteres Eingreifen eines Richters ins Vertragsgefüge würde von vielen Beteiligten als Belastung angesehen. Für die Notare stelle sich dies als ein „Erkaufen“ vermeintlicher Einzelfallgerechtigkeit mit einem Mehr an Rechtsunsicherheit dar. Der Referent schloss seine Ausführungen mit einer differenzierten Kritik am bestehenden Unterhaltsrecht und dem ver-

meintlichen Eheleitbild des Gesetzgebers, das als einheitlicher Maßstab für eine Vielzahl von unterschiedlichen Ehekonzeptionen erhalten müsse. Ein Vergleich mit anderen europäischen Ländern zeige ein teilweise unterschiedliches Scheidungsfolgenrecht, wobei Unterhaltszahlungen nicht immer vorrangig wären. Fraglich sei daher, ob nicht – wie neuerdings auch im Gesellschaftsrecht – deutsche Ehegatten ausländische Regelungssysteme für eigene Gestaltungen vorziehen könnten.

IV. Güterrechtsverträge (Münch, Schulz)

Güterrechtsverträge wurden aus richterlicher Sicht von RiAG Dr. Schulz, AG München, und aus notarieller Sicht von Notar Dr. Münch, Kitzingen, diskutiert. Beim ehelichen Güterrecht sei der Vertragsfreiheit der weiteste Spielraum eröffnet, der nach Ansicht von Schulz aber nicht schrankenlos ausgenutzt werden dürfe. Dies habe auch die höchstrichterliche Rechtsprechung festgestellt, die den Zugewinnausgleich weniger als Ausfluss nahehelicher Solidarität als vielmehr als Ausdruck einer Teilhabegerechtigkeit zwischen den Ehegatten bezeichnet habe. Zweifelhaft sei, ob die Ansicht des Bundesgerichtshofs, die eheliche Lebensgemeinschaft sei nicht notwendig auch eine Vermögensgemeinschaft, so auch vom Bundesverfassungsgericht im Lichte des Art. 6 GG beurteilt würde. Eine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung bzw. eine „gestörte Vertragsparität“ im Sinn des Verfassungsgerichts sei am ehesten dann zu bejahen, wenn der Ausschluss des Zugewinnausgleichs mit einem Verzicht auf Unterhalt und Versorgungsausgleich verbunden sei. Solche Total-Verzichtsverträge kumulierten die einseitigen Benachteiligungen eines Ehegatten. Aufgrund erster oberinstanzgerichtlicher Entscheidungen zur Wirksamkeitskontrolle eines isolierten Verzichts auf den Zugewinnausgleich nach § 138 Abs. 1 BGB (OLG Oldenburg, FamRZ 2004, 545; OLG Celle, FamRZ 2004, 1489) zeigte Schulz die Gefahren einer isoliert vereinbarten Gütertrennung, wenn einer der Eheleute seine dominierende Stellung in nicht zu billiger Weise ausnutze. Kontrovers diskutierten die Teilnehmer die Frage, ob der Zeitpunkt eines Verzichts auf den Zugewinnausgleich für die Wirksamkeit relevant sei. Jedenfalls der Wortlaut des § 1408 Abs. 1 BGB differenziere nicht danach, ob der gesetzliche Güterstand bereits zu Beginn der Ehe ausgeschlossen werde, oder ob Gütertrennung erst während der Ehe vereinbart und – unter Verzicht auf entstandenen Zugewinnausgleich – rückwirkend wirken solle. Aus der Perspektive der Richter wies Schulz schließlich auf die erheblichen Probleme bei der Abwicklung modifizierter Zugewinngemeinschaften hin, bei denen einzelne Vermögensgegenstände mit Surrogatsregelung vom Zugewinn ausgenommen werden. Eheleute würden in diesen Fällen regelmäßig über völlig unzureichende Dokumentationen verfügen, so dass eine Anwendung des notariellen Ehevertrages durch den Richter beinahe unmöglich sei.

Münch stellte die Gestaltung güterrechtlicher Regelungen aus notarieller Sicht dar, insbesondere warum Notare die eine oder andere Regelungsalternative – auch im Hinblick auf steuerliche Überlegungen – wählten. So sei bei der Gestaltung beispielsweise auf das Konkurrenzverhältnis von Zugewinn und Versorgungsausgleich, wie bei Rentenlebensversicherungen mit Kapitalwahlrecht, zu achten. Auch das Thema der Doppelberücksichtigung von Abfindungen und Schulden bei Unterhalt und Zugewinn sei derzeit sehr aktuell. Detailliert erörterte Münch den Ausschluss betrieblichen Vermögens aus dem Zugewinn; dabei verdeutlichte er insbesondere die Interessenlage des Unternehmers an solchen Regelungen. Die für den Ehetyp der Einverdienerhe als gesetzliches Leitbild

geschaffenen Regelungen des Zugewinnausgleichs passten regelmäßig nicht auf unternehmerisches Vermögen. Die bei solchen Gestaltungen bestehenden Manipulationsgefahren aufgrund der Abgrenzungsprobleme zwischen Privatvermögen und Betriebsvermögen (vgl. BGH, MittBayNot 1997, 231 mit Anm. *N. Mayer*) führten zu immer komplexeren vertraglichen Gestaltungen. Für den Notar bedeute dies, besondere Hinweise an die Ehegatten auf die Bedeutung von Transfers zwischen ausgleichspflichtigen und nicht ausgleichspflichtigen Vermögensmassen zu geben.

V. Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich (*Deisenhofer/Schmucker*)

Die dritte Säule eherechtlicher Gestaltungen bildet regelmäßig der Versorgungsausgleich. Über mögliche Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich und deren Grenzen infolge der höchstrichterlichen Rechtsprechung referierten DirAG Dr. *Deisenhofer*, AG Kaufbeuren, und Notarassessorin Dr. *Schmucker*, BNotK Berlin. Neben der Einschränkung der Privatautonomie durch das Erfordernis gerichtlicher Genehmigungen gemäß § 1587 o BGB und damit vor allem des Verbots des Supersplittings sei die notarielle Form gemäß §§ 1410, 1587 o Abs. 2 Satz 1 BGB von besonderer Bedeutung. Die Zukunftsgerichtetheit der Altersvorsorge führe oft zu einem völlig mangelnden Problembewusstsein der Beteiligten bei Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich. Besonders bei vorsorgenden Eheverträgen sei der Notar die einzige „Kontrollinstanz“ um einen sozial schwächeren Ehegatten vor Übervorteilungen zu schützen. Beide Referenten sensibilisierten die Teilnehmer für die Bedeutung des Versorgungsausgleichs, da künftiges Vorsorgevermögen häufig größter Teil oder sogar einziges Vermögen der Ehegatten überhaupt sein könne. Die Zugehörigkeit des Versorgungsausgleichs zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts erfordere ebenso wie bei Unterhaltsvereinbarungen eine Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle. Für die notarielle Praxis bedeute dies vor allem, dass die Beeinträchtigung von Interessen Dritter wie Versorgungsträgern oder Sozialhilfe zu vermeiden ist. Ausschlüsse bzw. Modifizierungen des Versorgungsausgleichs

bedürften regelmäßig eines sachlichen Grundes und seien gegebenenfalls durch Kompensationen auszugleichen. Hierfür würden sich insbesondere Gegenleistungen mit wiederkehrenden Einkünften auch im Alter und bei Erwerbsminderung anbieten. Für den Fall der Ausübungskontrolle seien Auffanglösungen empfehlenswert, wie auflösende Bedingungen oder Rücktrittsrechte etwa bei Geburt gemeinsamer Kinder; alternativ seien auch höhenmäßige Beschränkungen zu überlegen. So habe auch jüngst der BGH (DNotZ 2005, 226) im Rahmen der richterlichen Vertragsanpassung nicht etwa den Versorgungsausgleich ganz oder halb durchgeführt, sondern nur insoweit, als die verzichtende Ehefrau bei durchgehender Berufstätigkeit voraussichtlich Rentenanwartschaften erworben hätte. Begründet wurde dies damit, dass nach einem freiwilligen Verzicht auf die volle Teilhabe am Erwerb des Ehepartners nur die ehebedingt entstandenen Versorgungsnachteile auszugleichen seien. *Schmucker* wies aufgrund der vorangegangenen Diskussionen zu Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht schließlich auf die Problematik der Überschneidung von Versorgungsausgleich und Güterrecht hin. Bei Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht und Kapitalversicherungen mit Rentenwahlrecht sei in der notariellen Vertragsgestaltung eine besondere Vorsorge erforderlich.

Naturgemäß können im Rahmen einer solchen Tagung nicht sämtliche – teilweise kontrovers diskutierten – Fragestellungen einvernehmlich einer Lösung zugeführt werden. Das große Verdienst der Initiatoren liegt jedoch in dem Zusammenbringen zweier Berufsgruppen, die gleichermaßen mit Gestaltungen bei eherechtlichen Vereinbarungen konfrontiert sind. Ohne Verständnis für die Hintergründe der notariellen Tätigkeit sind sachgerechte Entscheidungen schwierig. Auch umgekehrt benötigt der Vertragsgestalter ein Gespür für die Auswirkungen seiner Regelungen vor den Familiengerichten, die über die Wirksamkeit und rechtmäßige Ausübung der vertraglichen Dispositionsfreiheit zu wachen haben. Dieses gegenseitige Verständnis zu befördern war Anliegen der Tagung; es ist den Veranstaltern vollauf gelungen. Die positive Resonanz bei allen Teilnehmern zeigt, dass solche Veranstaltungen, nicht nur im Bereich der vertraglichen Gestaltung im Familienrecht, baldmöglichst wiederholt werden sollten.

BUCHBESPRECHUNGEN

Gaberdiehl: Kreditsicherung durch Grundschulden. 7., neu bearb. Aufl., Dt. Sparkassenverlag, 2004. 616 S., 63,13 €

Gaberdiehl's „Kreditsicherung durch Grundschulden“ ist ein Praktiker-Lehrbuch par excellence. Es ist übersichtlich gegliedert und reiht schnörkellos Aussage an Aussage, ohne sich dabei von rein akademischen Streitigkeiten aufhalten zu lassen. Ideal also, wenn man rasch – gar während einer Beurkundung – eine belastbare Aussage zu einer noch nie da gewesenen Problematik sucht. Selten nämlich, dass das Problem auch für *Gaberdiehl* neu ist.

Der Adressatenkreis des Werks ist dabei denkbar weit gespannt. Das Buch ist für den Notar oder den Bankensyndikus ebenso gut geeignet wie für den Rechtspfleger oder den Inspektoranwalt. Denn es werden weder im Sachen- oder im Schuldrecht noch im Grundbuch- oder Zwangsvollstreckungsrecht vertiefte Vorkenntnisse vorausgesetzt. Stattdessen trägt das Buch die Grundschuld gleichsam als Referenzmaterie durch sämtliche berührten Rechtsgebiete und behandelt dabei zumindest knapp auch die jeweiligen Grundlagen. Diese Vorgehensweise belehrt rasch auch denjenigen eines Besseren, der 1 297 Randnummern zu einem einzigen dinglichen Recht für übertrieben hält. So sucht die umfangreiche Darstellung zum Rückgewähranspruch (v. a. ab S. 304) seinesgleichen. Und wer etwa das Gefühl hat, die Lektüre einer gut gelungenen Einführung in das Zwangsvollstreckungsrecht könnte Wissenslücken füllen (das soll unter Notarassessoren vorkommen): Im „*Gaberdiehl*“ wird er fündig (S. 439 ff.).

Die praxisbetonte Darstellung hat natürlich auch ihren Preis. Wer die mit so großer Selbstverständlichkeit präsentierten Aussagen zu hinterfragen wagt, wird nicht immer mit einer ausführlichen Begründung verwöhnt. Dann aber hilft der umfassende Fußnotenapparat weiter. Auch eignen sich praxisbezogene Werke selten als Lesebücher, da macht der „*Gaber-*

diehl“ keine Ausnahme. Dennoch lässt sich das Buch mit Hilfe der Kurztexthe an den Seiten der Randnummern rasch durchsehen, unterstützt dadurch, dass der Autor alle weniger zentralen Aussagen in Absätze kleinerer Schriftgröße verbannte. An manchen Stellen hätte ich mir allerdings zusätzliche Beispiele gewünscht (z. B. in Rdnr. 378 ff.).

Auch die Besorgnis, ein „Sparkassenmann“ wie *Gaberdiehl* könnte sich zu einer allzu bankenfreundlichen Darstellung des Themas hinreißen lassen, wird im Ergebnis nicht bestätigt. Zwar lässt er das von *Schöner/Stöber* kritisierte Wahlrecht des § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV bedenkenlos passieren (Rdnr. 421). Andererseits ruft er die Kreditinstitute zur Zurückhaltung bei der Wahl des Zinssatzes auf (Rdnr. 284) und warnt vor überzogenen Nebenleistungen (Rdnr. 289), durchaus vor dem Hintergrund der Gefahr einer Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags wegen anfänglicher Übersicherung (Rdnr. 658). Die Rechtsprechung des BGH, wonach Banken für die Erteilung einer Löschungsbewilligung nur entstandene Aufwendungen, nicht aber ein darüber hinausgehendes Entgelt verlangen können, wird ohne Murren referiert (Rdnr. 549). Die Ansicht, für die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel bedürfe es bei der Briefgrundschuld auch eines Nachweises der Briefübergabe (Rdnr. 306), wird bei Banken (und auch Notaren) wenig Freude aufkommen lassen. Sie ist aber immerhin konsequenter als die ungleich bequemere Ansicht der üblichen Praxis.

Fazit: Auch wenn die neue Auflage keine grundlegende Neuorientierung des Werkes mit sich bringt, sondern vor allem Schuldrechtsreform und neue Rechtsprechung verarbeitet, ist sie uneingeschränkt zu empfehlen. Es sei denn natürlich, man hat den Umgang mit Grundschulden bislang für völlig unproblematisch gehalten und möchte sich diesen Glauben bewahren. Dann lebt es sich ohne den „*Gaberdiehl*“ ungleich befreiter – starke Nerven vorausgesetzt.

Notarassessor Dr. *Christian Berringer*, Berlin

Rehm: Aufklärungspflichten im Vertragsrecht. Beck, 2003. 312 S., 28 €

Aufklärungspflichten, hier verstanden im Sinne von Informationspflichten gegenüber den Vertragsbeteiligten, beschäftigen den Notar zunächst als eigene Verpflichtung. Diese besteht schon wegen § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zweifelsohne; sie bildet in weiten Teilen seiner Tätigkeit die Grundlage der notariellen Berufspflichten schlechthin. Fraglich ist für die Pflicht allenfalls ihre konkrete Reichweite in Gestalt der Fragestellung, über welche Vertragsrisiken ein Notar noch belehren muss oder ab wann wirtschaftliche Risiken betroffen sind, über die der Notar nicht belehren muss und über die er in der Regel auch nicht sinnvoll belehren kann. Dieser Inhalt von Aufklärungspflichten wird von *Gebhard M. Rehm* in seiner Dissertation nur am Rande gestreift, obschon sich einige seiner Befunde auch bei der jüngsten Haftungsrechtsprechung zu § 17 BeurkG i. V. m. § 19 BNotO zeigen.

Rehm geht es primär um die Informationspflichten der Vertragsbeteiligten eines Umsatzgeschäfts. Diese Pflichten beschäf-

tigen den Notar nur am Rande, vorrangig bei der Beurkundung von Immobilien- oder Unternehmenskäufen. Bei diesen Aufklärungspflichten geht es um wirtschaftliche Risiken, die – rechtsdogmatisch – außerhalb des Pflichtenkreises des Notars stehen und über die – faktisch – der Notar von allen Personen am wenigsten sagen kann: Der Verkäufer war Voreigentümer; der Käufer hat das Objekt in aller Regel besichtigt oder bei Unternehmenskäufen sogar eine Due Diligence durchführen lassen. Diese Aufklärungspflichten werden bei *Rehm* umfassend aufgearbeitet. Er setzt bei dem Befund an, dass die bisherige falljuristische Aufarbeitung den Erwartungen an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit nicht genügt. Die Ergebnisse erscheinen zufällig. In 50 % aller Revisionen über Aufklärungspflichten weiche der BGH von der Vorinstanz ab (S. 8). Die Rechtsprechung sei über Leerformeln nicht hinausgekommen (S. 8), die sich für jeden Fall nahezu beliebig mit Inhalt füllen lassen (S. 9, 10).

Im ersten großen Kapitel (S. 23–98) arbeitet *Rehm* den ökonomischen Hintergrund von Informationspflichten oder, als Gegensatz dazu, Schweigerechten auf. Es besteht ein Infor-

mationsdilemma: Einerseits kostet die Schaffung der Information den Auskunftsschuldner Geld, teilweise immenses Geld. Ein für sich gesehen schon wichtiger Gesichtspunkt, denn die Rechtsprechung suggeriert mit ihrer Redlichkeitsformel, dass die Informationsweitergabe ohne Nachteile für den Auskunftspflichtigen möglich sei. Eine Pflicht zur Weitergabe vernichtet die Amortisationschance des Auskunftsschuldners und setzt damit für künftige Fälle den Anreiz zur Informationsschaffung herab. Hochinteressant etwa die Überlegung (S. 80), dass womöglich ein Malaria-Impfstoff wegen der ungesicherten Schutzrechte in den betroffenen Staaten noch nicht entwickelt worden sei. Andererseits kann eine Verpflichtung zur Weitergabe den Gesamtnutzen erhöhen. Man denke nur an die Vermeidung von Doppelforschung. Allerdings führt eine ökonomische Analyse zu keinem eindeutigen Ergebnis für oder wider Aufklärungspflicht. Wer die ökonomische Analyse des Rechts für in der Rechtspolitik grob unterrepräsentiert hält, in der Rechtsdogmatik aber für regelmäßig überschätzt, nimmt dies positiv zur Kenntnis.

Rehm sucht dann in drei weitgehend theoretischen Kapiteln rechtliche Gesichtspunkte für oder wider Aufklärungspflicht und beginnt hier zunächst im Verfassungsrecht (S. 99–177). Die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 14 GG, das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG und andere verfassungsimmanente Wertungskriterien werden auf ihre Tauglichkeit zur Begründung von Informationspflichten hin untersucht, jeweils aber als geeigneter Maßstab verworfen. Teils sei die Auferlegung von Informationspflichten ungeeignet zur Erreichung des verfassungsrechtlichen Gebotenen; teils ließen sich sofort Gegengründe ebenfalls aus dem Grundgesetz ableiten. Diese Überlegungen sind nachvollziehbar. Vielmehr fällt an dieser Stelle auf, was nach der Ansicht anderer Autoren, die von *Rehm* zitiert und inhaltlich abgelehnt werden, alles an einfachgesetzlichem Befund aus der Verfassung ableitbar sein soll. Nahezu hat es den Anschein, als sei das gesamte Vertragsrecht verfassungsunmittelbares Recht.

Rehm befasst sich dann mit Gesichtspunkten des einfachen Rechts (S. 175–202) sowie außerrechtlicher Haftungskriterien (S. 203–233), denen er jedoch gleichfalls keine eindeutige Wertung für oder wider Grund und Grenze von Aufklärungspflichten entnehmen kann. Dies mag auf den ersten Blick erstaunen, weil gerade die über c.i.c. schadenersatzbewehrte Aufklärungspflicht eine Verpflichtung des einfachen Rechts, ggf. des einfachen Richterrechts sein sollte. Andererseits sah sich schon der historische Gesetzgeber nicht in der Lage, eine ausdrückliche Regelung zu Aufklärungspflichten zu treffen (S. 6 unter Hinweis auf Mugdan I, 467). Daran hat sich bis heute nichts geändert. Die Haftungsanordnung der c.i.c., nun §§ 280, 311 Abs. 2 BGB, setzt ja im Übrigen voraus, dass eine Aufklärungspflicht als Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB bejaht wurde. Aus der Rechtsfolge kann aber nicht einfach auf den Tatbestand zurückgeschlossen werden.

Beeindruckt hat mich das letzte Kapitel (S. 235–285), in dem *Rehm* seinen eigenen vertragsimmanenten Ansatz zu Grund und Grenze von Aufklärungspflichten erarbeitet. Aufklärungspflichten bestünden dann, wenn nach der Vertragsstruktur, bei Austauschverträgen im Rahmen des betroffenen Segments des Vertrages, ein Entgelt für die Aufklärung vereinbart wurde oder nach der Vertragsstruktur hätte vereinbart werden können. Dies sei bei Interessenwahrungsverträgen der Fall, bei Austauschverträgen dann, wenn bezüglich einzelner Punkte eine isolierte Verpflichtung zur Interessenwahrung bestehe, schließlich dann, wenn ein Marktakteur aufgrund seiner besonderen Informiertheit (hier in der Regel aufgrund Ausbildung) allgemein ein höheres Entgelt verlange. Die Verpflichtung zur Aufklärung – als zu begründende Nebenpflicht – sei entgeltorientiert zu bestimmen. Man habe dann aber die Haftung wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht abzugleichen, das ja gleichfalls Äquivalenzstörungen im Vertrag behandle. Die Statuierung von Aufklärungspflichten und die Regeln des Leistungsstörungenrechts seien in der Rechtsfolge äquivalent, Aufklärungspflichten und Leistungsstörungenrecht stellten austauschbare Rechtsinstitute dar. Dies schließt *Rehm* insbesondere aus einem Vergleich mit Rechtsordnungen des anglo-amerikanischen Rechtskreises, die kein ausdifferenziertes Leistungsstörungenrecht wie das BGB enthalten. Es folgt dann eine fulminante Kaskade von Urteilen, denen *Rehm* vorhält, Probleme des Leistungsstörungenrechts über Aufklärungspflichten gelöst zu haben, ja sogar von den Wertungen des Leistungsstörungenrechts abgewichen zu sein (S. 276–279). *Rehm* lehnt z. B. die Ansicht des BGH (Z 47, 312) ab, wonach eine Freizeichnung von Schadensersatzansprüchen wegen Gewährleistung nicht ohne weiteres auch Schadensersatzansprüche wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht erfasse. Damit aber betrifft die Arbeit von *Rehm* auch die notarielle Tätigkeit: Die mit dem Ausschluss der Gewährleistungsansprüche unter anderem auch bezweckte Bestandssicherheit des Vertrages (vgl. hierzu *Amann*, DNotZ 2003, 643) ist gefährdet, sofern und soweit die Rechtsprechung dasselbe Ergebnis über die Statuierung von Aufklärungspflichten erreicht. Gerade aber aufgrund des letztgenannten Verwendungszwecks von Aufklärungspflichten wird die Arbeit, deren theoretischer Gehalt über jeden Zweifel erhaben ist, aus meiner Sicht nur geringe praktische Durchschlagskraft haben. Die Folgerung aus den Überlegungen von *Rehm* (was dieser im Übrigen selbst sieht und für geboten hält) wäre eine drastische Beschneidung der Aufklärungspflichten, die dogmatisch richtige Durchsetzung der Grenzen des Leistungsstörungenrechts, aber eben die Durchsetzung dieser Grenzen auch gegen das Gerechtigkeitsempfinden der Rechtsprechung. Dass dies gelingen wird, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

Jula: Der GmbH-Gesellschafter. 2., neu bearb. und aktualisierte Aufl., Springer, 2004. 351 S., 59,95 €

Die Erfahrungen mit Limited-Gründern zeigen auf, wie wichtig eine fundierte Beratung bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft ist. Es war daher eine gut überlegte Grundsatzentscheidung des deutschen Gesetzgebers, die GmbH-Gründung dem Beurkundungserfordernis zu unterstellen und damit zu gewährleisten, dass GmbH-Gründer eine fundierte und

zudem – angesichts des notwendigen Beratungsaufwands – preisgünstige Beratung erhalten. Dennoch wäre es Selbstüberschätzung, davon auszugehen, dass mit der Gründungsberatung alle Fragen geklärt wären. Trotz der kontinuierlichen weiteren Betreuung der GmbH-Gesellschafter durch den Notar ist es eine Obliegenheit eines jeden GmbH-Gesellschafters, sich in die Materie des GmbH-Rechts einzuarbeiten, insbesondere um zu wissen, wann rechtlicher Rat eingeholt werden muss. Hierfür benötigen sie jedoch ein Nachschlagewerk, das

nicht tiefgründig die gesamte Dogmatik des GmbH-Rechts darstellt, sondern eine einfache praxisrelevante Einführung in die Rechte und Pflichten des GmbH-Gesellschafters. Hierfür bietet sich das Buch von *Jula* an, das von seiner Zielrichtung für den Nichtjuristen bzw. für Einsteiger in das GmbH-Recht konzipiert ist.

Jula gibt im ersten von insgesamt fünf Teilen zunächst einen kurzen einleitenden Überblick über die Rechtsform der GmbH und alternative Gesellschaftsformen und spricht, wenn auch nur kurz, die grundlegenden Vor- und Nachteile der GmbH an. Im zweiten Teil behandelt *Jula* die Gründung der GmbH. Er führt zutreffend aus, dass die Neugründung einer GmbH nicht immer den „Königsweg“ darstellt. Dennoch erschwert es dem nicht vorgebildeten Leser den Einstieg in das GmbH-Recht, wenn gleich zu Beginn die Spezialfälle des Mantel- und Vorratskaufes sowie der Umwandlung angesprochen werden. Hier hätte es sich angeboten, zunächst den Normalfall aufzuzeigen, der nach wie vor die Neugründung darstellt und im Regelfall doch der angemessene Weg ist, und erst im Anschluss hieran die Spezialfälle zu erläutern. Die anschließende Darstellung des chronologischen Ablaufs der normalen GmbH-Gründung liest sich angenehm leicht. Die Haftungsrisiken in der Gründungsphase werden anschaulich aufgezeigt. Insbesondere erläutert *Jula*, im Gegensatz zu manchem Kommentar, verständlich die Verlustdeckungshaftung und Vorbelastungshaftung. Durchaus umfangreich gestalten sich die Hinweise zur Satzungsgestaltung. *Jula* zeigt wichtige Gestaltungsmöglichkeiten auf und bietet zumeist einen Formulierungsvorschlag. Etwas ausführlicher hätte man sich die Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten von Abfindungsklauseln gewünscht. Deren Bedeutung wird bei der Gründung meist verkannt. Der dritte Teil beschäftigt sich mit den Rechten und Pflichten des GmbH-Gesellschafters. *Jula* erörtert umfassend die Vermögens- und Verwaltungsrechte eines Gesellschafters, die Rechte der Gesellschafterversammlung, die Pflichten des Gesellschafters und dessen Rechtsschutzmöglichkeiten. Hier gefällt u. a. die verständliche Darstellung des Gewinnanspruchs samt des dahinterstehenden Verfahrens vom Jahresüberschuss bis zur Ausschüttung einschließlich der steuerrechtlichen Bezüge.

Die Haftung des Gesellschafters ist Gegenstand des vierten Teils. Die Darstellung berücksichtigt insbesondere die jüngst vom BGH entwickelte Einstandspflicht der Gesellschafter für existenzvernichtende Maßnahmen. Zutreffend führt *Jula* aus, dass dieses Rechtsinstitut die Haftung nach den Grundsätzen des qualifiziert faktischen Konzerns abgelöst hat (zuletzt

BGH vom 13.12.2004, II ZR 256/02, www.bundesgerichtshof.de). Gerade dieses Kapitel über die Haftungsrisiken ist für GmbH-Gesellschafter besonders lesenswert. Vielen GmbH-Gründern ist nicht bewusst, dass eine persönliche Haftung auch bei der GmbH durchaus gegeben ist und es bedarf intensiver Beratung, ihnen diese Haftungsrisiken aufzuzeigen. Da die Arbeit auf dem Stand von Juni 2003 ist, konnte leider nicht die wegweisende Entscheidung des BGH vom 24.11.2003 (II ZR 171/01, MittBayNot 2004, 287) berücksichtigt werden, nach der Kreditgewährungen an Gesellschafter, die zu Lasten des gebundenen Vermögens gehen, auch dann als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen zu bewerten sind, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig ist. Entsprechend sind auch noch nicht die aktuellen Änderungen bei der Verjährung berücksichtigt (Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004, BGBl. I, 3214, Art. 13). Der letzte Teil beschäftigt sich schließlich mit dem Gesellschafterwechsel und der Beendigung der Gesellschaft. Auch hier werden die wesentlichen Aspekte behandelt. Hervorzuheben ist, dass hier, wie auch an anderer Stelle, die steuerrechtlichen Auswirkungen, wenn auch kurz, aufgezeigt werden.

Zusammenfassend ist die Leichtigkeit hervorzuheben, mit der *Jula* den Leser durch das GmbH-Recht führt. Von der Leser- ausrichtung ist es konsequent, dass Rechtsprechungs- und Literaturnachweise nur punktuell eingesetzt werden. Die Darstellung beschränkt sich auf das Wesentliche und die herrschende Meinung. Gerade dies ist der große Vorteil der Darstellung. Man verliert sich nicht in den Wirren des GmbH-Rechts, sondern erhält eine kompakte leicht lesbare Darstellung. Dies macht das Buch auch für den juristisch Vorgebildeten durchaus lesenswert. Geschmackssache sind die eingebauten Fallbeispiele, die wohl anschaulich sind, aber ein wenig kindisch wirken. Alles in allem ist das Buch eine lohnenswerte (wenn auch angesichts des Preises nicht gerade preisgünstige) Anschaffung für GmbH-Gesellschafter und eine Empfehlung wert. Soweit der Leser an manchen Stellen Ausführungen zur Stellung des GmbH-Geschäftsführers vermisst, ist darauf hinzuweisen, dass *Jula* diesen nicht vergessen hat, sondern er dessen Stellung in seinen Parallelwerken „Der Status des GmbH-Geschäftsführers“ und „Der GmbH-Geschäftsführer im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht“ behandelt, die im gleichen Verlag erschienen sind.

Notarassessor Dipl.-Kaufmann
Dr. Jürgen Kadel, M.B.L.T., Frankenthal (Pfalz)

Peters: Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, Beck, 2003. 281 S., 21,80 €

Das zu besprechende Werk von *Anne Peters*, Professorin für Völker- und Staatsrecht in Basel (Schweiz), erschien als Band 161 der Lehr- und Praxisbücher der Schriftenreihe der Juristischen Schulung. Es führt in einer verständlichen, rechtsdogmatisch sauberen Weise in die europäische „Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ (EMRK) vom 4.11.1950 ein.

Das Werk von *Anne Peters* bringt ein erstaunliches Phänomen in Erinnerung: Obwohl die Verfassung, unser Grundgesetz (GG), in der Normenhierarchie Deutschlands die ranghöchste Norm ist, hat die überwiegende Mehrheit der Praktiker, insbesondere Richter, Rechtsanwälte und Notare, das GG nach der

zweiten juristischen Staatsprüfung (oft schon nach der ersten juristischen Staatsprüfung) nicht mehr oder kaum noch in die Hand genommen. Eine den Grundrechten des GG entsprechende „verfassungskonforme Auslegung“ wird von der überwiegenden Mehrheit der Rechtsanwender nicht mehr oder kaum noch in Erwägung gezogen. Bei den „Rechten und Freiheiten“ der EMRK, deren Anwendungsgebiet sich immerhin heute vom Atlantik bis zum Pazifik erstreckt, dürfte dieses erstaunliche Phänomen noch ausgeprägter sein. Viele Praktiker besitzen nicht einmal den Text der EMRK (empfehlenswert ist zunächst der Text „Europa-Recht“ in der Reihe „Beck-Texte im dtv“, 19. Aufl. 2004). Für deutsche Juristen wird zudem der notwendige Überblick über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) dadurch erschwert, dass die Entscheidungen dieses Gerichtshofs

in den Amtssprachen des Europarats abgefasst sind, nämlich in Englisch oder Französisch.

Der Rechtsstatus der EMRK ist in den einzelnen Konventionsstaaten sehr unterschiedlich: Sie steht über der nationalen Verfassung in den Niederlanden, Belgien, Luxemburg und der Schweiz, hat Verfassungsrang in Österreich, einen Zwischenrang zwischen Verfassung und einfachen Gesetzen in Frankreich und Gesetzesrang in Italien, Griechenland und Deutschland (S. 2 f. des zu besprechenden Werkes). Der Status der EMRK im deutschen Recht kann wie folgt zusammengefasst werden: Nach Art. 59 Abs. 2 GG werden völkerrechtliche Verträge durch das nationale Zustimmungsgesetz transformiert. Dann wendet der deutsche Richter formal den Vertrag in Gestalt des Zustimmungsgesetzes an. Soweit ein zeitlich nach dem Zustimmungsgesetz erlassenes deutsches Gesetz den Anordnungen der EMRK widerspricht, müsste die *lex posterior* vorgehen. Dieser Vorrang bleibt aber weitgehend theoretisch, weil alle nach Ratifikation der EMRK verabschiedeten deutschen Gesetze EMRK-konform ausgelegt werden. Es ist nämlich zu vermuten, dass sich der deutsche Gesetzgeber völkerrechtstreu verhalten wollte (BVerfGE 74, 358, 370). Weitergehend legt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) sogar das Grundgesetz EMRK-konform aus (BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 115).

Die Autorin liefert eine rechtsprechungsorientierte einführende Darstellung der EMRK. Sie legt dabei großen Wert auf eine systematische Darstellung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR. Sie referiert die klassischen „*leading cases*“ des EGMR neben aktuellen Fällen der letzten Jahre. Die Stofffülle bewältigt die Autorin durch eine Gliederung ihres Buches in acht Teile: Grundlagen, Basisschutz von Leib und Leben, Kommunikative und politische Grundrechte, Justizbezogene Rechte, Schutz der persönlichen Lebensgestaltung (Art. 8), Wirtschaft und Umwelt, Gleichheitsrechte und Verfahren der Individual- und Staatenbeschwerde im Einzelnen. Bemerkenswert ist, dass die Autorin unter der jeweiligen Überschrift „Vergleich mit Deutschland“ immer wieder rechtsvergleichende Bezüge zwischen der EMRK und dem deutschen Verfassungsrecht herstellt. Weiterhin stellt sie ausführlich das Verhältnis zwischen EMRK- und EU-Grundrechten dar (S. 27 ff.).

Es ist abzusehen, dass die Rolle der EMRK für die nationalen Rechtsordnungen laufend wachsen wird. Für diese Prognose bedarf es keiner prophetischen Gaben; ein Fallvergleich mit dem deutschen Recht und dem Europarecht reicht. Art. 30 GG legte noch in aller Unschuld fest: „Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt.“ Damit suggeriert Art. 30 GG dem unbefangenen Leser, dass das Schwergewicht der staatlichen Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland bei den Ländern liegt. Wir alle wissen, dass dank der Tätigkeit des Bundesgesetzgebers und vor allem dank der Rechtsprechung des BVerfG das Schwergewicht der Staatstätigkeit – abgesehen von der Verwaltung – längst beim Bund liegt. Eine ähnliche Entwicklung hat die Rechtsprechung des EuGH für die EU gebracht, gefördert durch das Fehlen eines für die gesamte Gesetzgebung zuständigen europäischen Parlaments. In diesem Zusammenhang kam sogar das kritische Wort von einem „*gouvernement des juges*“ auf.

Psychologisch neigt auch der EGMR dazu, seine Kompetenzen möglichst auszuweiten. Er betrachtet die EMRK als „*living instrument*“ (S. 12, 18). Nur als einige wenige Beispiele für das kompetenzerweiternde Vorgehen des EGMR seien angeführt: Bei den materiellen Rechten der EMRK feh-

len eine explizite Menschenwürdegarantie, die allgemeine Handlungsfreiheit, die Berufsfreiheit, das Erbrecht und das Asylrecht (S. 4). Im Leitfall *Niemitz v. Deutschland* schützte der EGMR die Berufsfreiheit über das in Art. 8 EMRK garantierte „Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens“. Das „Privatleben“ i. S. von Art. 8 EMRK erstreckte sich auch auf die Berufstätigkeit, weil hier wichtige menschliche Kontakte geknüpft würden (S. 175). Ähnlich unbefangenen subsumiert der EGMR unter die „Freiheit der Meinungsäußerung“ des Art. 10 EMRK die dort nicht ausdrücklich im Wortlaut erwähnte Kunstfreiheit (S. 69 f.), die Pressefreiheit (S. 74 ff.) sowie die Freiheit von Radio und Fernsehen (S. 77 ff.).

Aus der Fülle der von der Autorin referierten „*leading cases*“ seien nur einige wenige herausgegriffen, bei denen die Mehrheit der am nationalen Recht geschulten Juristen wohl zu anderen Ergebnissen käme bzw. zumindest über das vom EGMR erzielte Ergebnis erstaunt wäre:

Im Fall *Lingens v. Österreich* (S. 59) hatte sich der Journalist *Lingens* kritisch über den damaligen Bundeskanzler *Kreisky* in der Zeitschrift *Profil* geäußert. *Kreisky* hatte *Simon Wiesenthal* der Mafiamethoden bezichtigt. *Lingens* schrieb, *Kreiskys* Handeln sei unmoralisch, würdelos. *Lingens* wurde daraufhin zu einer Buße von 15.000 österreichischen Schillingen verurteilt, weil er den Wahrheitsbeweis nicht führen konnte. Der EGMR führte aus, dass zwischen Tatsachenbehauptungen („*facts*“) und Werturteilen („*value-judgements*“) zu unterscheiden sei. Wenn das österreichische Recht vom Beschwerdeführer auch für Werturteile den unmöglichen Wahrheitsbeweis verlange, so verletze dies die Freiheit der Meinungsäußerung nach Art. 10 EMRK.

Im Falle *Oberschlick v. Österreich* (S. 62 f.; abgedruckt etwa in NJW 1999, 1321) hatte der österreichische rechtspopulistische Politiker *Haider* behauptet, dass nur diejenigen Soldaten, die im Krieg ihr Leben aufs Spiel gesetzt hätten, zu einer freien Meinungsäußerung berechtigt seien. *Oberschlick* nannte *Haider* in einem Zeitschriftenkommentar einen Trottel, weil er sich durch diese Äußerung ja selbst das Recht auf freie Meinungsäußerung abgesprochen hatte. *Oberschlick* wurde daraufhin wegen Beleidigung zu einem Bußgeld verurteilt. Der EGMR stellte fest, dass die Grenzen der Kritik gegenüber Politikern weiter zu ziehen seien. *Oberschlicks* Reaktion war Teil des politischen Diskurses. Art. 10 EMRK schütze auch schockierende und störende Informationen und Ideen und nicht nur den Inhalt, sondern auch die Form ihrer Äußerung. Der Ausdruck „Trottel“ war angesichts der gezielt provokanten Aussage *Haiders* verhältnismäßig, so dass die Buße Art. 10 EMRK verletzte.

Im Falle *J. B. v. Schweiz* (S. 133; abgedruckt etwa in NJW 2002, 499) ging es um ein sogenanntes Steuerhinterziehungsverfahren nach schweizerischem Recht. Der Beschwerdeführer hatte sich trotz mehrfacher Aufforderung geweigert, Einkünfte über die Herkunft seiner Einkünfte zu geben. Deshalb wurden ihm mehrere hohe Ordnungsbußen auferlegt. Nach Auffassung des EGMR verletzte diese Sanktionierung der Auskunftsverweigerung mittels Ordnungsbußen das aus Art. 6 EMRK hergeleitete Recht, sich nicht selbst zu beschuldigen (*nemo-tenetur-Grundsatz*).

Das eingangs beschriebene Phänomen der „grundrechtlichen Unschuld“ eines Großteils unserer aktiven Praktiker könnte neben der menschlich verständlichen Bequemlichkeit, sich nicht mit einer Angelegenheit zu befassen, die man (scheinbar) nicht dringend braucht, auch systembedingte Ursachen haben, die nicht einmal direkt vorsätzlich entstehen könnten: Ihrer historischen Entwicklung nach sind Grundrechte in ers-

ter Linie Abwehrrechte gegen die Staatsgewalt (status negativus), ein Freiraum, den der Bürger gegen den Staat hat. Kann vom Staat, bis zur ersten juristischen Staatsprüfung vertreten durch seine Universitäten, von der ersten zur zweiten juristischen Staatsprüfung vertreten durch seine Justizverwaltung, ernsthaft erwartet werden, dass er seine künftigen juristisch gebildeten „Plagegeister“ in besonderem Umfang finanziell fördert? Für unsere europäischen Nachbarn galten die Deutschen in ihrer jüngeren Geschichte als unberechenbar. Die deutsche Politik hat daher seit dem Zweiten Weltkrieg besonderen Wert darauf gelegt, diese Furcht vor der Unberechenbarkeit der Deutschen durch eine besonders enge Einbindung Deutschlands in ein vereinigtes Europa zu neutralisieren. Wenn unsere europäischen Nachbarn mit ihrer Furcht Recht hatten, so ist es auch für einen Deutschen sehr beruhigend

zu wissen, dass über unserem deutschen Rechtssystem der EGMR als Hüter von europäischen Grundrechten und Freiheiten steht.

Welches auch immer die Gründe für die „grundrechtliche Unschuld“ bei der überwiegenden Mehrzahl unserer aktiven Praktiker sein mögen: Das Werk von *Anne Peters* wirkt dieser Unschuld entgegen, führt mit Sicherheit dazu, dass der Appetit auf eine Beschäftigung mit den Grundrechten unseres GG ebenfalls wächst und weitet den Blick für ein wahrhaft europäisches Rechtsdenken vom Atlantik bis zum Pazifik. Die Anschaffung dieses für heutige Verhältnisse preiswerten und nebenbei spannend geschriebenen Buches möchte ich unbedingt empfehlen. Unbedingt!

Notar Dr. *Wolfram Eckhardt*, München

Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht. Beck, 2004, 395 S., 72 €.

Für keine andere Rechtsform wird derzeit mehr Werbung betrieben als für die englische Kapitalgesellschaft *Private Limited Company by Shares*, verkürzend meist nur als *Limited* bezeichnet. Viele „Gründerexperten“ preisen die Vorzüge der Verwendung dieser und anderer ausländischer Gesellschaftstypen an. Die Werbeanstrengungen der neuartigen Anbieter von Vorratsgesellschaften zeigen Wirkung und so zählt der Entwurf oder zumindest die Beglaubigung der Handelsregisteranmeldung der Zweigniederlassung einer „Schein“-Auslandsgesellschaft inzwischen zur regelmäßigen Praxis der Notare in Deutschland. Mit zunehmender Verwendung dieser Gesellschaftsformen in Deutschland mehren sich aber auch die Fragen an die Berater dieser Unternehmen; ebenso benötigen Vertragspartner, sonstige Gläubiger und Gerichte zuverlässige Informationen zur rechtlichen Behandlung der Auslandsgesellschaft.

Nach einer erfolgreichen Tagung zu Auslandsgesellschaften im deutschen Recht im Frühjahr 2005 (Tagungsbericht in MittBayNot 2004, 340) haben die seinerzeitigen Referenten unter Leitung von *Eidenmüller* nun ein umfassendes Werk zur Behandlung von Auslandsgesellschaften veröffentlicht, das weit über den üblichen Inhalt eines Tagungsbandes hinausgeht. Gemäß dem Vorwort sollen vielmehr wissenschaftlich fundierte wie praktisch verwertbare Lösungen bezüglich des Auftretens von Auslandsgesellschaften in Deutschland gegeben werden. Dabei beschränkt sich die Untersuchung – entsprechend der rechtstatsächlichen Bedeutung – auf die ausländischen Kapitalgesellschaftsformen der englischen *Limited* und der US-amerikanischen *Corporation*. Die Autoren, neben dem Herausgeber drei Habilitanden vom Institut für Internationales Recht der Universität München, haben damit ein erstes umfangreiches Handbuch vorgelegt, das aus der bald unüberschaubaren Masse an Beiträgen in Fachzeitschriften herausragt.

Ausgehend von einem Grundlagenteil zum maßgeblichen Gesellschaftsstatut und dessen völker- und europarechtlichen Vorgaben erörtert *Eidenmüller* zunächst die Frage des maßgeblichen Rechts für Auslandsgesellschaften. Denn nach den jüngeren Entscheidungen des EuGH zum internationalen Gesellschaftsrecht stellt sich die Frage, ob ausländische Gesell-

schaften tatsächlich allein ihrem Gründungsrecht unterworfen sind oder ob im Einzelfall doch deutsches Recht anzuwenden ist. Hierzu werden mögliche Beschränkungen der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit und deren Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses untersucht. Der Autor kommt dabei zum Ergebnis, dass Beschränkungen durch entsprechende Regelungen in Deutschland nur dann gerechtfertigt wären, wenn das anwendbare Gründungsrecht in seiner Gesamtheit einen offensichtlich unzureichenden Schutz böte, der auch nicht durch freiwillige Schutzmaßnahmen sichergestellt werden könnte und mildere Maßnahmen des Sitzstaates nicht in Betracht kämen (§ 3 Rdnr. 70). Soweit man diesem folgen möchte, besteht eine äußerst hohe Hürde für spezielle Schutzmaßnahmen des deutschen Gesetzgebers im Bezug auf Auslandsgesellschaften.

Aufbauend auf diesen europarechtlichen Vorgaben untersuchen die Verfasser in den folgenden Kapiteln das jeweils anwendbare Gesellschafts-, Zivil-, Handels- und Verfahrensrecht, das Arbeits- und Sozialrecht sowie die steuerrechtlichen Vorgaben für Auslandsgesellschaften, bevor in einem dritten Teil *Rehm* das englische Recht der *Private Company Limited* und das US-amerikanische Recht der *Delaware Corporation* auf 44 Seiten zusammenfasst.

Der Lackmus-Test für ein solches Werk ist freilich, ob die in der Praxis auftauchenden Fragen zuverlässig beantwortet werden. Denn grundsätzlich ist hierzu, nach einer kollisionsrechtlichen Anknüpfungsprüfung, das jeweils anwendbare materielle Recht zu ermitteln und das so gefundene Ergebnis kritisch im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und allgemeine Grundsätze zu würdigen. Daneben können auch parallel anwendbare materielle Regelungen des deutschen Rechts zu beachten sein. Beispielhaft seien daher einige im Handbuch behandelte Fragestellungen herausgegriffen:

Die für deutsche Gesellschaftsformen geltenden Bestellungsverbote bei einschlägigen Vorstrafen sowie bei Berufs- und Gewerbeverboten (§ 6 Abs. 2 GmbHG, § 76 Abs. 3 AktG) können durch Wahl einer Auslandsgesellschaft umgangen werden, da die bestehenden deutschen Regelungen weder durch Sonderanknüpfung noch im Wege der Substitution auf Auslandsgesellschaften erstreckt werden können (*Rehberg*, § 7 Rdnr. 19). Die Eintragung des vertretungsberechtigten *directors* der Zweigniederlassung kann vom Registergericht

daher nicht abgelehnt werden. Daneben bleiben aber die üblichen gewerberechtlichen Sanktionsmöglichkeiten (§ 35 Abs. 1, 3 GewO, § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO) bestehen.

Die Auslandsgesellschaft unterliegt der Pflichtmitgliedschaft in Berufsverbänden, wie IHK, Handwerks- oder Rechtsanwaltskammer; dies sei mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar, da die mit den jeweiligen berufsrechtlichen Regelungen verfolgten Ziele als zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses eine Beschränkung rechtfertigen könnten. Die Vorlage einer staatlichen Genehmigung, wie beispielsweise die Eintragung in der Handwerksrolle, könne aber – entgegen dem Wortlaut des § 13 e Abs. 2 Satz 2 HGB – nicht als Voraussetzung einer Eintragung der Zweigniederlassung im Handelsregister gemacht werden. Etwas anderes gelte nur bei offensichtlichen Missbrauchsfällen (*Rehberg*, § 7 Rdnr 43 ff.).

Die Auslandsgesellschaft unterliegt der Körperschaftsteuerpflicht und ist regelmäßig unbeschränkt steuerpflichtig, d. h., sie unterliegt mit ihrem gesamten, weltweiten Einkommen der deutschen Steuerpflicht. Dies gilt jedenfalls soweit der Mittelpunkt der Geschäftsleitung in Deutschland liegt (*Engert*, § 8 Rdnr. 35, 37). Europarechtlich ist es zwar unzulässig, die Auslandsgesellschaft einer Rechnungslegung nach deutschen Grundsätzen zu unterwerfen (*Rehberg*, § 5 Rdnr. 111), dennoch ist aufgrund der Steuerpflicht in Deutschland ein separater Jahresabschluss nach steuerrechtlichen Grundsätzen neben der nach dem Gesellschaftsstatut maßgeblichen Rechnungslegung erforderlich. Diese für die Praxis wichtige Doppelbelastung aus handels- und steuerrechtlicher Rechnungslegung ist europarechtlich zulässig (*Engert*, § 8 Rdnr. 56).

Allerdings kann auch der ausländische Abschluss zusammen mit einer Überleitungsrechnung der deutschen Steuererklärung beigelegt werden (§ 60 Abs. 2 EStDV).

Zur Frage der maßgeblichen Vertretungsmacht der *directors* einer *Limited* führt *Rehm* aus, dass das englische Recht vorbehaltlich einer abweichenden Regelung in den *articles of association* (ein lediglich das Innenverhältnis betreffender Gesellschaftsvertrag) von Gesamtvertretungsmacht ausgeht (§ 10 Rdnr. 58). Nicht angesprochen wird leider die Frage der Zulässigkeit von In-sich-Geschäften, wie dies beispielsweise beim Abschluss des Dienstvertrags des *directors* einer Einmann-*Limited* problematisch werden kann.

Insgesamt erörtern die Autoren eine Vielzahl der auftauchenden Fragen zu Auslandsgesellschaften und führen diese einer fundierten und praktikablen Lösung zu. Die Ausführungen sind dabei durchgehend von hoher wissenschaftlicher Tiefe, so dass das Werk einen Standard für künftige Veröffentlichungen zum Thema zu setzen vermag. Für den mit Auslandsgesellschaften häufig konfrontierten Berater lassen sich in dem Handbuch zahlreiche Lösungshinweise finden. Zu bemängeln ist, dass die materiellen Ausführungen zum ausländischen Gesellschaftsrecht recht knapp sind und leider auch andere ausländische Gesellschaftsformen nicht im Hinblick auf die Praxistauglichkeit ihres Einsatzes in Deutschland hin untersucht werden. Alles kann freilich auch nicht auf knapp 400 Seiten erwartet werden; für weitergehende Fragen sollten ohnehin die Kommentare und Handbücher zum jeweiligen nach Gründungsrecht maßgeblichen Recht herangezogen werden.

Notarassessor Dr. *Martin T. Schwab*, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 138, 765 (*Eigeninteresse des Bürgen bei rechtlicher Beteiligung am finanzierten Objekt*)

(...)

Zur Annahme eines auf einen freien Willensentschluss hindeutenden und ein Handeln allein aus emotionaler Verbundenheit widerlegenden Eigeninteresses des finanziell krass überforderten Bürgen an dem verbürgten Darlehen seiner Lebensgefährtin genügt, dass eine rechtliche Beteiligung des Bürgen an dem finanzierten Objekt konkret vorgesehen ist. Das trifft insbesondere zu, wenn bei Übernahme der Bürgschaft der Entwurf eines notariellen Vertrags vorliegt, durch den der Bürge hälftiges Miteigentum an dem Objekt erhalten soll.

BGH, Urteil vom 27.5.2003, IX ZR 283/99

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus einer Bürgschaft in Anspruch. Sie gewährte der Lebensgefährtin des Beklagten, Frau L. (im Folgenden auch: Hauptschuldnerin) am 30.8.1994 ein Existenzgründungsdarlehen über 585.000 DM und am 6.10.1994 zwei Hausbankdarlehen über 120.000 DM und 15.000 DM. Weiterhin räumte sie Frau L. am 6.10.1994 einen Kontokorrentkredit über 100.000 DM ein. Die Kredite dienten gemeinsam mit einem Frau L. am 1.7./30.8.1994 durch die D. A. Bank gewährten EKH-Eigenkapitalhilfedarlehen in Höhe von 380.000 DM dem Kauf und der Modernisierung des Hotels „W.“ in St. (S.), das Frau L. betreiben wollte.

Der Beklagte übernahm unter dem 26.9.1994 zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Klägerin gegen die Hauptschuldnerin eine selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrag von 1.145.000 DM. Zu diesem Zeitpunkt war der Beklagte, der seine ursprüngliche Arbeitsstelle aufgegeben hatte, bereits für den Hotelbetrieb von Frau L. tätig. Der Beklagte und Frau L. beabsichtigten, das Hotel gemeinsam zu führen. Es war geplant, den Beklagten „eigentumsmäßig“ zur Hälfte zu beteiligen; ein entsprechender notarieller Vertrag lag im Entwurf vor. Wegen eines Gebührenstreits mit dem Amtsgericht kam es im Folgenden nicht zu einer Übertragung.

Als die Aufgabe des Hotelbetriebs abzusehen war, wurde der Vertrag annulliert. Mit Schreiben vom 7.8.1997 kündigte die Klägerin der Hauptschuldnerin wegen der Aufgabe des Hotelbetriebs die von ihr gewährten Darlehen sowie namens und in Vollmacht der D. A. Bank auch das EKH-Darlehen. Die Verbindlichkeiten der Hauptschuldnerin gegenüber der Klägerin beliefen sich zu diesem Zeitpunkt auf 689.579,78 DM. Ebenfalls mit Schreiben vom 7.8.1997 nahm die Klägerin den Beklagten aus dessen Bürgschaft in Anspruch und forderte ihn auf, den offenen Debet-Saldo mit Einschluss des EKH-Darlehens in Höhe von insgesamt 1.069.579,78 DM bis zum 31.8.1997 auszugleichen.

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. Ein weiterer Verfahrensverstoß ist dem Berufungsgericht bei der Verneinung der tatsächlichen Voraussetzungen für eine Sittenwidrigkeit der Bürgschaft unterlaufen.

a) Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings eine Sittenwidrigkeit der Bürgschaft allein wegen krasser Überforderung des Beklagten und seiner emotionalen Verbindung zur Hauptschuldnerin abgelehnt.

aa) Zwar wird der Beklagte – wie das Berufungsgericht richtig ausführt – durch die Bürgschaft wirtschaftlich krass über-

fordert. Es bestand auch eine emotionale Verbundenheit zur Hauptschuldnerin, weil der Beklagte mit ihr in einer eheähnlichen Gemeinschaft zusammenlebte; insofern sind Lebensgefährten und Ehepartner gleich zu behandeln (BGH, Urte. v. 4.12.2001, XI ZR 56/01, NJW 2002, 744, 745 m. w. N.). Unter diesen Umständen wird widerleglich vermutet, dass die ruinöse Bürgschaft oder Mithaftung allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen wurde und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat (BGH, Urte. v. 4.12.2001, a. a. O.; v. 26.4.2001, IX ZR 337/98, NJW 2001, 2466, 2467 m. w. N.; v. 13.11.2001, XI ZR 82/01, NJW 2002, 746).

bb) Diese tatsächliche Vermutung ist jedoch widerlegt. Der Beklagte hat sich bei der Übernahme der Bürgschaft von einer realistischen Einschätzung des wirtschaftlichen Risikos leiten lassen.

Ein auf einen freien Willensentschluss hindeutendes und ein Handeln allein aus emotionaler Verbundenheit widerlegendes Eigeninteresse des finanziell krass überforderten Partners an der Darlehensgewährung ist grundsätzlich zu bejahen, wenn er zusammen mit dem Lebensgefährten ein gemeinsames Interesse an der Kreditgewährung hat oder ihm aus der Verwendung der Darlehensvaluta unmittelbare und ins Gewicht fallende geldwerte Vorteile erwachsen sind (BGHZ 146, 37, 42, 45; BGH, Urte. v. 27.1.2000, IX ZR 198/98, NJW 2000, 1182, 1184; *Nobbe/Kirchhof*, BKR 2001, 5, 12). Bei wirtschaftlicher Betrachtung besteht dann kein wesentlicher Unterschied zu den Fällen, in denen die Lebensgefährten den Kredit als gleichberechtigte Vertragspartner aufgenommen und verwandt haben. Als eigener geldwerter Vorteil kommt auch der Erwerb von Miteigentum an den mit den Krediten finanzierten Gegenständen in Betracht (vgl. BGH, NJW 2000, 1182, 1184).

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Beklagte zusammen mit der Hauptschuldnerin ein gemeinsames Interesse an der Kreditgewährung hatte. Der von der Klägerin finanzierte Hotel- und Restaurantbetrieb sei als Investitionsmodell für die Zukunft beider Lebenspartner gedacht gewesen. Der Beklagte habe mit seiner Lebensgefährtin eine neue Existenz in den neuen Bundesländern aufbauen wollen. Deshalb hat das Berufungsgericht die Bürgschaft als Investition zum Aufbau einer Existenz und den beabsichtigten Betrieb des Hotels als „joint venture“ beider Lebenspartner gewertet. Der Beklagte habe selbst erklärt, von ihm und der Hauptschuldnerin sei beabsichtigt gewesen, das Hotel gemeinsam zu führen. Es sei geplant gewesen, ihn später eigentumsmäßig zur Hälfte zu beteiligen. Ein entsprechender notarieller Vertrag sei bereits entworfen worden. Zu einer Übertragung sei es aber wegen eines langwierigen Gebührenstreits mit dem Amtsgericht nicht gekommen. Es sei dann auch die Aufgabe des Hotelbetriebs abzusehen gewesen, so dass der Vertrag annulliert worden sei. Unbestritten hat der Beklagte zudem etwa 120.000 DM in das Objekt investiert.

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Interesse des Beklagten an dem Vorhaben der Hauptschuldnerin habe sich auf Hoffnungen und Erwartungen beschränkt. Der Beklagte sei zum Zeitpunkt der Bürgschaftserklärung weder rechtlich noch wirtschaftlich an dem Projekt der Hauptschuldnerin beteiligt gewesen. Anders als die Revision meint, kommt es nicht darauf an, ob die Erwartungen des Bürgen, am Erfolg

des Unternehmens beteiligt zu werden, rechtlich abgesichert sind. Ob ein wirtschaftliches Eigeninteresse vorliegt, ist in erster Linie eine tatsächliche Frage. Daher genügt es für ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Bürgen, wenn für ihn bei Abgabe seiner Bürgschaftserklärung eine realistische Aussicht besteht, unmittelbar von der Kreditgewährung zu profitieren. Hier lag bereits der Entwurf eines notariellen Vertrages vor, mit dem der Beklagte hälftiges Eigentum am Hotel erhalten sollte. Dass sich diese Aussichten nach der Bürgschaftserklärung aus Gründen zerschlugen, die die Klägerin nicht zu vertreten hat, beseitigt das bei der Bürgschaftserklärung bestehende wirtschaftliche Eigeninteresse des Beklagten nicht. Daher genügt es, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen der – nach der Planung der Lebensgefährten – auch dem Beklagten unmittelbar zugute kommenden Verwendung des Darlehens und der Bürgschaft nicht zu leugnen ist (vgl. BGH, Urt. v. 6.10.1998, XI ZR 244/97, NJW 1999, 135 zur Umschuldung bei Krediten, die ein Ehegatte aufgenommen hat). So liegt der Fall hier.

cc) Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Klägerin die Bürgschaft auch oder allein deshalb verlangt hat, weil sie die Nachteile möglicher Vermögensverschiebungen ausgleichen wollte. Da die Bürgschaft angesichts des von wirtschaftlich vernünftigen Erwägungen geleiteten Eigeninteresses des Beklagten von der Klägerin nicht in sittenwidriger Weise erlangt ist, führt es nicht zur Sittenwidrigkeit, wenn die von der Gläubigerin verfolgten (anderen) Motive für die Bürgschaftsbestellung nicht vorliegen oder ein Schutz vor Vermögensverschiebungen rechtlich nicht erheblich sein sollte (so nunmehr BGH, Urt. v. 14.5.2002, XI ZR 50/01, NJW 2002, 2228 ff.; v. 14.5.2002, XI ZR 81/01, NJW 2002, 2230 ff.). Daher kann dahinstehen, ob die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Schlüssigkeit der entsprechenden Einwendungen des Beklagten zutreffen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Aufsatz von *Leiß*, MittBayNot 2005, 199 (in diesem Heft).

2. BGB § 311 b Abs. 1 Satz 2 (*Keine Heilung eines formunwirksamen Vorvertrags bei fehlendem Erfüllungszusammenhang mit formwirksamen Grundstückskaufvertrag*)

Die Heilungswirkung des § 313 Satz 2 BGB a. F. (jetzt § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB) setzt voraus, dass Auflassung und Eintragung die Erfüllung des formunwirksam abgeschlossenen Verpflichtungsvertrages darstellen. Entsprechendes gilt für die Heilung eines formunwirksamen Vorvertrages durch formwirksamen Abschluss des Hauptvertrages. An einem solchen Erfüllungszusammenhang fehlt es, wenn der Verkäufer, ohne dass dazu eine Verpflichtung hatte begründet werden sollen, auf Vermittlung des Vertragspartners an einen Dritten verkauft und diesem das verkaufte Grundstück übereignet.

BGH, Urteil vom 8.10.2004, V ZR 178/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger ist Eigentümer eines bebauten Grundstücks, das der Beklagte teilweise erwerben wollte. Der Kläger unterbreitete dem Beklagten daher zwei notariell beurkundete Angebote über zwei Teilflächen, die bis zum 30.9.2000 befristet waren. Die Annahmefristen wurden zweimal durch notariell beurkundete Erklärungen verlängert. Dem ging voraus, dass der Beklagte in zwei privatschriftlichen Ver-

trägen zusätzliche Zahlungspflichten übernommen hatte, über die zum Teil Anrechnungsvereinbarungen im Falle der Vertragsannahme getroffen wurden. Dem Beklagten wurde auch die Möglichkeit eingeräumt, einen Dritten als Vertragspartner zu vermitteln.

Aufgrund dieser Vereinbarungen zahlte der Beklagte nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts 60.000 DM und 110.000 DM an den Kläger. Zu einer Annahme der Vertragsangebote durch den Beklagten kam es nicht. Er vermittelte dem Kläger als Käuferin stattdessen die A-GmbH, die die Grundstücke mit notariellem Vertrag vom 28./29.12.2001 kaufte und aufgelassen erhielt und am 5.6.2002 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen wurde.

Der Kläger macht aus den privatschriftlichen Vereinbarungen weitere Ansprüche geltend, auf die er sich andererseits Zahlungen anrechnen lässt. Seine auf Zahlung von 56.466,11 € nebst Zinsen gerichtete Klage hat das Landgericht abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, dass die in den privatschriftlichen Vereinbarungen von dem Beklagten übernommenen Zahlungsverpflichtungen der notariellen Beurkundung nach § 313 Satz 1 BGB a. F. bedurft hätten, weil sie die Gegenleistung für die Verlängerung der Annahmefristen dargestellt hätten und weil von ihnen ein wirtschaftlicher Zwang zur Annahme der Kaufangebote ausgegangen sei. Der Formmangel sei jedoch in entsprechender Anwendung des § 313 Satz 2 BGB a. F. dadurch geheilt worden, dass der zwischen dem Kläger und der A-GmbH abgeschlossene Grundstückskaufvertrag die Auflassung enthalten habe und dass die A-GmbH in Vollzug des Grundstückskaufvertrages als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen worden sei.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Vereinbarungen, auf die die Klage gestützt ist, nach § 313 Satz 1 BGB a. F. der notariellen Beurkundung bedurft hätten, da sie – als Gegenleistung – Bestandteil der Änderung der Kaufangebote waren und da von ihnen ein wirtschaftlicher Zwang zur Annahme der Kaufangebote ausging (vgl. dazu BGH, NJW 1980, 1622; NJW 1981, 2293). Dies wird auch weder von der Revision, weil für sie günstig, noch von der Revisionserwiderung angegriffen.

2. Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht hingegen insoweit, als es ein Wirksamwerden der formunwirksamen Vereinbarungen in analoger Anwendung des § 313 Satz 2 BGB a. F. für gerechtfertigt erachtet. Die Voraussetzungen einer Analogie liegen nicht vor.

a) Ihre innere Rechtfertigung findet die Heilungsvorschrift des § 313 Satz 2 BGB a. F. nach allgemeiner Auffassung vor allem in dem Gedanken der Rechtssicherheit. Es soll vermieden werden, dass sachenrechtlich abgeschlossene Verhältnisse bis zum Ablauf der Verjährung, also bis zu zehn Jahre (§§ 195, 199 BGB), der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unterliegen können (Senat, NJW 1978, 1577; BGHZ 73, 391; 82, 398 = DNotZ 1982, 433 m. Anm. *Wolfsteiner*, 436; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., § 311 b Rdnr. 46).

Gemessen daran kommt vorliegend eine entsprechende Anwendung des § 313 Satz 2 BGB von vornherein nicht in Betracht. Die A-GmbH hat nicht rechtsgrundlos erworben, sondern aufgrund wirksamen, notariell beurkundeten Vertrages mit dem Kläger. Ihr Erwerb ist bestandsfest unabhängig davon, ob die privatschriftlichen Vereinbarungen zwischen dem

Kläger und dem Beklagten wirksam werden oder nicht. Es geht also nicht um die Aufrechterhaltung dieser sachenrechtlichen Position durch Heilung des Grundgeschäfts. Ob die Ratio der Norm auf diesen allgemeinen Gedanken reduziert werden kann, ist jedoch fraglich. Das dem deutschen Recht eigentümliche Trennungsprinzip hat nun einmal zur Folge, dass sachenrechtlich wirksam vollzogene Rechtsgeschäfte nach den Regeln des Bereicherungsrechts – bis zum Eintritt der Verjährung – rückabzuwickeln sind, wenn das als Rechtsgrund gedachte Verpflichtungsgeschäft, aus welchen Gründen auch immer, nichtig ist. Das ist bei Grundstücksgeschäften nicht anders und auch nicht weniger erträglich als bei anderen Geschäften. Zudem bedürfte es einer Begründung dafür, dass eine sachenrechtliche Rückabwicklung nur dann vermieden werden soll, wenn das Fehlen des Rechtsgrundes in dem Formmangel seinen Grund hat, nicht aber, wenn andere Mängel dafür die Ursache bilden. Allein der Gedanke der Rechtssicherheit ist daher wenig aussagekräftig.

b) Nahe liegt es, die Heilungsvorschrift in Bezug zu setzen zu dem Zweck des Formgebots. Im Vordergrund der Schutzzwecke des § 313 Satz 1 BGB a. F. stand ursprünglich der Gedanke des Schutzes vor Übereilung (vgl. nur MünchKommBGB/*Kanzleiter*, 4. Aufl., § 311 b Rdnr. 1, 2). Nur die Verpflichtung zur Veräußerung von Grundbesitz war dem Beurkundungsgebot unterworfen. Dabei sah der Gesetzgeber den angestrebten Schutz vor Übereilung auch dann noch als erreicht an, wenn sich an den formlosen Vertragsschluss die vor dem Notar zu erklärende Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch anschlossen (*Hagen* in *Hagen/Brambring*, *Der Grundstückskauf*, 7. Aufl., Rdnr. 79). Zwar ist die Auflassung selbst nicht beurkundungsbedürftig (§ 925 Abs. 1 BGB). Der Gesetzgeber sah der Schutzbedürftigkeit aber hinreichend dadurch Rechnung getragen, dass der Notar jedenfalls einzuschalten war und allein schon hierdurch die besondere Bedeutung des Geschäfts hervortrat. Im Übrigen kommt in der Praxis eine nicht notariell beurkundete Auflassung nahezu nicht vor, so dass in der Regel eine Belehrung über die Bedeutung der Auflassung erfolgt.

Dieser Sachzusammenhang hat im Laufe der Rechtsentwicklung allerdings an Bedeutung verloren. Zum einen ist mit der Ausweitung des Formgebots auf die Verpflichtung zum Erwerb von Grundstückseigentum der Schutzzweck differenzierter geworden. Der Erwerber soll vor allem vor dem Erwerb zu unüberlegten Bedingungen geschützt werden (vgl. MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 311 b Rdnr. 2). Zum anderen geht es oft nicht um die Heilung überhaupt nicht beurkundeter Grundstückskaufverträge, sondern um nur unvollständig beurkundete Verträge (vgl. *Hagen*, a. a. O.). In beiden Fällen kann mit Auflassung und Eintragung der Schutzzweck des § 313 Satz 1 BGB a. F. nur sehr unvollkommen erreicht werden.

Sieht man gleichwohl auf diesen Zweck des Formgebots, so kommt im vorliegenden Fall eine Heilung des Formmangels ebenso wenig wie unter Rechtssicherheitsgründen (siehe oben) in Betracht. Das Schutzbedürfnis des Beklagten ergab sich daraus, dass die in den privatschriftlichen Vereinbarungen übernommenen Verpflichtungen ihn wirtschaftlich zur Annahme der Kaufangebote, bzw. zur Vermittlung eines Dritten als Käufer, zwang, wollte er nicht erhebliche Verluste durch Zahlungen erleiden, für die er keinen Gegenwert erhielt. Das Formgebot des § 313 Satz 1 BGB a. F. gewährleistet die in solchen Fällen erforderliche notarielle Belehrung und Beratung. Dasselbe gilt für den zweiten Gesichtspunkt, der die Vereinbarungen dem Formerfordernis unterwarf, dass nämlich die Verlängerung der Annahmefristen nur gegen Übernahme der zusätzlichen Zahlungsverpflichtungen zu be-

kommen war. Dieser Schutzzweck wird nicht erreicht, wenn der Kläger – wie hier – mit einem Dritten abschließt. Eine Beratung des Beklagten findet nicht statt.

c) Können nach allem weder Überlegungen zur Rechtssicherheit noch zum Schutzzweck des Formgebots allein die Rechtfertigung für die in § 313 Satz 2 BGB a. F. angeordnete Heilung liefern, so bleibt als Ratio der Gedanke der Erfüllung. Auflassung und Eintragung bilden den Erfüllungstatbestand zu dem bislang unwirksamen Verpflichtungsgeschäft. Hieran knüpft der Gesetzgeber die Heilung (vgl. Senat, BGHZ 73, 391; *Hagen*, a. a. O., Rdnr. 79, 82). Haben die Parteien wirksam verfügt, so sollen Mängel des Kausalgeschäfts keine Rolle mehr spielen, dieses vielmehr „seinem ganzen Inhalt nach“ gültig werden. Legt man dies zugrunde, ist im vorliegenden Fall eine Heilung gleichfalls nicht anzunehmen. Die Verfügung zugunsten der A-GmbH stellt weder die Erfüllung eines formunwirksamen Kaufvertrages zwischen dem Kläger und dem Beklagten dar noch eine solche zwischen dem Kläger und der A-GmbH. Zwischen dem Kläger und dem Beklagten ist überhaupt kein Vertrag zustande gekommen, auch kein formunwirksamer. Es gab lediglich zwei Angebote des Klägers, die wegen der späteren nicht beurkundeten Modifizierungen unwirksam blieben und von dem Beklagten auch nicht angenommen wurden. Zwischen dem Kläger und der A-GmbH bestand zwar ein Grundstückskaufvertrag. Dieser wurde aber notariell beurkundet und war daher von Anfang an wirksam. Eine Heilung durch Erfüllung scheidet demnach für beide Rechtsverhältnisse aus.

d) Die von dem Berufungsgericht vertretene Auffassung lässt sich auch nicht auf eine Weiterentwicklung der die Senatsentscheidung BGHZ 82, 398 tragenden Erwägungen stützen. In jenem Fall ging es um eine formnichtige Verpflichtung des Eigentümers, sein Grundstück an einen von dem Vertragspartner nachgewiesenen Dritten zu verkaufen, und um die Frage, ob dieser zunächst unwirksame Vertrag wirksam wurde durch den formgültig abgeschlossenen Vertrag mit dem Dritten. Bedeutsam war die Frage deswegen, weil der formunwirksame Vertrag ein Vertragsstrafenversprechen enthielt, aus dem der Eigentümer nur vorgehen konnte, wenn es in entsprechender Anwendung des § 313 Satz 2 BGB a. F. durch den nachfolgenden Abschluss des Kaufvertrages mit dem Dritten wirksam geworden war.

Dabei stellen sich zwei an sich voneinander unabhängige Probleme. Zunächst geht es um die Frage, ob ein formungültiges Verpflichtungsgeschäft, zumeist ein Vorvertrag, durch ein formgültiges Verpflichtungsgeschäft geheilt werden kann. Das hat der Senat, in der Nachfolge der Reichsgerichtsrechtsprechung (RGZ 169, 185), bejaht (BGHZ 82, 398, 403). Hinzu tritt die Problematik, dass das die Heilungswirkung auslösende Geschäft nicht mit dem Partner des formunwirksamen Vertrages geschlossen wurde, sondern mit einem Dritten. Diesen Umstand hat der Senat für unerheblich erachtet und dem Kaufvertrag mit dem Dritten Heilungswirkung beigemessen, und zwar gerade auch im Hinblick auf die nur mit dem Partner des Vorvertrages getroffene Vertragsstrafenabrede.

aa) Diese Entscheidung ist in der Begründung nicht frei von Bedenken. Sie kann sich nicht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts stützen. Das Reichsgericht hatte einen formnichtigen Vorvertrag, der zur Abgabe eines Verkaufsangebots über ein Grundstück verpflichtete, durch die nachfolgende Abgabe eines notariell beurkundeten schuldrechtlichen Vertragsangebots, das alle vereinbarten Bedingungen enthielt, in entsprechender Anwendung des § 313 Satz 2 BGB a. F. als geheilt angesehen (RGZ 169, 185). Der Zweck des Beurkundungsgebots, so das Reichsgericht, werde auch dann erreicht,

wenn das Vertragsangebot selbst beurkundet werde. Der Veräußerer werde jetzt auf die besondere Wichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts hingewiesen und erhalte rechtskundige Belehrung und Beratung durch den Notar (RGZ 169, 185, 189). Voraussetzung dafür ist freilich nach der Entscheidung des Reichsgerichts, dass das Angebot mit allen wesentlichen in dem Vorvertrag festgelegten Bedingungen beurkundet wurde. Denn nur dann kann eine entsprechende Beratung und Belehrung erfolgen.

Darüber geht der Senat (BGHZ 82, 398) hinaus. Der Kaufvertrag mit dem Dritten erlaubt von vornherein keine Beratung des daran nicht beteiligten Schuldners des Vertragsstrafenversprechens. Die Vertragsstrafenklausel war nicht Gegenstand des formgerecht abgeschlossenen Vertrags und konnte dies auch nicht sein. Der Schuldner, der durch § 313 Satz 1 BGB a. F. geschützt werden soll, erfährt diesen Schutz nicht. Gleichwohl erkennt der Senat dem Vertrag mit dem Dritten Heilungswirkung zu.

Dass der Schutzzweck des § 313 Satz 1 BGB a. F. nicht erreicht ist, verkennt der Senat nicht (BGHZ 82, 398, 404). Die Rechtfertigung der Lösung erblickt er in dem Umstand, dass sich der Verkäufer „den sachenrechtlichen Konsequenzen“ aus der Vereinbarung mit dem Partner des formunwirksamen Vorvertrages mit Abschluss des Hauptvertrages nicht mehr habe „entziehen“ können. Der Senat knüpft mit diesem Argument an den allgemein als Ratio der Norm aufgefassten Gedanken (siehe oben) an, es gehe darum, sachenrechtlich abgeschlossene Verhältnisse der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung zu entziehen. An die Stelle des sachenrechtlich abgeschlossenen Vorgangs ist die nicht mehr vermeidbare Verpflichtung getreten, die sachenrechtliche Änderung herbeizuführen.

An diesen Überlegungen hält der Senat nicht fest. Wird der Hauptvertrag formwirksam abgeschlossen, hat er Bestand. Er ist keiner bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ausgesetzt. Zwar kann ein Vorvertrag Rechtsgrund des Hauptvertrages sein, so dass ein nichtiger Vorvertrag an sich zur Kondiktion des Hauptvertrages und der zu dessen Erfüllung erbrachten Leistungen führen kann. Das ist jedoch regelmäßig nur dann anzunehmen, wenn der Hauptvertrag allein in der irrigen Annahme geschlossen wurde, dazu aufgrund des Vorvertrages verpflichtet zu sein, nicht indes, wenn die Parteien den Formmangel des Vorvertrages kannten oder zumindest mit ihm rechneten und gleichwohl den Hauptvertrag schlossen oder wenn sie auf jeden Fall eine Bindung wollten (*Brüggemann*, JR 1968, 201, 206; *Staudinger/Bork*, BGB, 2003, Vorbem. zu §§ 145 bis 156 Rdnr. 68; *MünchKommBGB/Kramer*, 4. Aufl., vor § 145 Rdnr. 43 Fn. 180). Unabhängig davon, ob dann in dem Hauptvertrag eine Bestätigung des Vorvertrags nach §§ 141, 144 BGB liegt (so *Staudinger/Bork*, a. a. O.), so trägt er jedenfalls den Rechtsgrund in sich. Scheidet danach – der Senat hat in dem damaligen Fall keine Feststellungen getroffen, die dem entgegenstünden – eine Kondiktion aus, so trägt das Argument, der Verkäufer habe sich mit Abschluss des Hauptvertrages den sachenrechtlichen Konsequenzen nicht mehr entziehen können, nicht. Denn diesen Konsequenzen kann er sich unabhängig davon nicht mehr entziehen, ob der Vorvertrag geheilt wird oder nicht. Es bedarf nicht des Wirksamwerdens dieses Vorvertrages, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich der Verkäufer im Hauptvertrag wirksam zur Eigentumsübertragung verpflichtet hat.

Ein weiteres Bedenken gegen die Begründung der Entscheidung (BGHZ 82, 398) tritt hinzu. Dass der Verkäufer nach dem formwirksamen Kaufvertrag mit dem Dritten gebunden ist, sich den sachenrechtlichen Konsequenzen also nicht mehr

entziehen kann, ist kein Umstand, aus dem Folgerungen für eine etwaige Bindung des Vertragspartners des formunwirksamen Vorvertrages gezogen werden könnten. Es ist nicht erkennbar, warum dessen – bislang unwirksamen – Verpflichtungen, die allein Bestandteil des formunwirksamen Vorvertrages waren, wirksam werden sollten, weil der Verkäufer nunmehr einen der Form genügenden Hauptvertrag schließt, der solche Verpflichtungen nicht enthält. Der Senat begründet dies auch nicht.

Ihre Berechtigung findet die Entscheidung daher allein in dem Gedanken der Erfüllung. Die formnichtige Verpflichtung des Eigentümers, das Grundstück an den von seinem Vertragspartner nachgewiesenen Dritten zu verkaufen, wurde mit dem formwirksam abgeschlossenen Kaufvertrag mit dem Dritten erfüllt. Darin liegt die Vergleichbarkeit mit dem unmittelbar durch § 313 Satz 2 BGB a. F. geregelten Fall. Dass der Käufer mit dem Vertragspartner des (formunwirksamen) Vorvertrages nicht identisch war, ist unerheblich. Auch im unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm ist dies für die Heilungswirkung ohne Belang. Das Gesetz stellt nur darauf ab, dass die Verfügung (Auflassung und Eintragung) die Erfüllung der Verpflichtung darstellt. Verpflichtet sich der Verkäufer, an einen Dritten zu übereignen, kann allein die Auflassung an den Dritten und dessen Eintragung die Wirkungen des § 313 Satz 2 BGB a. F. auslösen. Nichts anderes gilt dann, wenn in entsprechender Anwendung der Norm der formwirksam abgeschlossene Kaufvertrag den formunwirksamen Vorvertrag erfüllt.

bb) Daraus wird deutlich, dass die damalige Entscheidung (BGHZ 82, 398) keine Grundlage für die vorliegend von dem Berufungsgericht zugrunde gelegte entsprechende Anwendung des § 313 Satz 2 BGB a. F. bietet. Denn der Kaufvertrag des Klägers mit der A-GmbH stellt – wie bereits ausgeführt – nicht die Erfüllung eines unwirksamen Kaufvertrages des Klägers mit dem Beklagten dar. Zu den ursprünglichen Angeboten des Klägers, an die allein die in den privatschriftlichen Vereinbarungen von dem Beklagten übernommenen und hier eingeklagten Zahlungsverpflichtungen anknüpfen, besteht kein rechtlicher Zusammenhang. Er wird auch nicht dadurch hergestellt, dass der Beklagte das Recht hatte, die A-GmbH als Käufer zu vermitteln. Dies ändert nichts daran, dass der Vertrag zwischen dem Kläger und der A-GmbH selbständig neben den Vereinbarungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten steht. Der Kläger hatte sich nicht verpflichtet, an die A-GmbH zu verkaufen. Dem Beklagten war lediglich das Recht eingeräumt worden, einen Dritten als Käufer zu vermitteln. Kam es zu einem Kaufvertrag mit dem Dritten, sollten die eingegangenen Zahlungsverpflichtungen des Beklagten enden. Darin erschöpfte sich der Zusammenhang. Von einer Erfüllung einer formunwirksamen Verpflichtung des Klägers – sieht man einmal davon ab, dass ohnehin nur zwei Angebote des Klägers vorlagen – durch den Abschluss des Kaufvertrages mit der A-GmbH kann somit hier – anders als bei BGHZ 82, 398 – nicht die Rede sein.

Anmerkung:

In seinem Urteil vom 8.10.2004 befasst sich der BGH eingehend mit der Reichweite von § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB. Dabei macht der BGH neben der Rechtssicherheit auch die Erfüllung als Rechtfertigung dieser Heilungsvorschrift aus.¹ Wollen die Vertragsparteien das formnichtige Geschäft bei seiner Erfüllung noch, sollen sie nicht gezwungen sein, es ent-

¹ Was nicht neu ist, vgl. *Staudinger/Wufka*, BGB, 2003, § 313 Rdnr. 294 m. w. N.

weder in der gebotenen Form zu bestätigen oder bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln.

Im entschiedenen Fall wurden zu notariell beurkundeten Kaufvertragsangeboten über zwei Grundstücke verschiedene schriftliche Nebenabreden getroffen, insbesondere Zahlungspflichten vereinbart, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts einen Zwang zur Annahme begründeten und daher beurkundungspflichtig gewesen wären. Weiter wurde dem Angebotsempfänger das Recht eingeräumt, einen Dritten als Vertragspartner des angebotenen Kaufvertrages zu benennen. Der Angebotsempfänger vermittelte tatsächlich einen Käufer, der allerdings nicht das Angebot annahm, sondern einen eigenen Kaufvertrag mit dem Anbieter schloss. Der Anbieter hat mit der Klage aus den schriftlichen Nebenabreden weitere Zahlungen gegen den Angebotsempfänger geltend gemacht.

Der BGH kommt zum Ergebnis, dass weder der Gedanke der Rechtssicherheit die Heilung der Nebenabreden rechtfertigt, noch die Erfüllung des formnichtigen Geschäfts. Die Rechtsbeständigkeit der Veräußerung ist nicht gefährdet, da Rechtsgrund für die Übereignung der Grundstücke die Erfüllung des Kaufvertrages zwischen dem Anbieter und dem Dritten ist, mithin eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nicht in Betracht kommt. Eine Erfüllung der unwirksamen Abreden zwischen Anbieter und Angebotsempfänger konnte ebenfalls nicht eintreten, da mangels Annahme der Angebote kein wirksamer schuldrechtlicher Vertrag zustande gekommen ist, es somit auch nichts zu erfüllen gibt. Der erkennende 5. Zivilsenat setzt sich dabei auch kritisch mit seiner Entscheidung vom 18.12.1981² auseinander, stimmt dieser Entscheidung mit neuer Begründung letztlich aber doch zu. Dabei differenziert er zwischen zwei Fragen: einerseits ob ein „Vorvertrag“ durch ein formgültiges Verpflichtungsgeschäft geheilt werden kann und andererseits, ob diese Heilungswirkung auch eintritt, wenn das Verpflichtungsgeschäft nicht mit dem Partner des formunwirksamen Vertrages, sondern mit einem Dritten geschlossen wird.

1. Die erste Frage bejaht der BGH in beiden Entscheidungen ohne eigene Begründung unter Verweis auf die Rechtsprechung des RG³. Allerdings wäre auch hierzu eine kritischere Betrachtung wünschenswert gewesen.

Das RG hat im genannten Urteil entschieden, dass eine – im Rahmen eines schriftlichen Pachtvertrages getroffene – formnichtige Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots auf Verkauf eines Grundstücks durch die formgerechte Abgabe geheilt wird, wenn das beurkundete Angebot alle Bedingungen enthält, die nach der Verpflichtung hierzu enthalten sein sollten. Begründet hat das Reichsgericht dies damit, dass der Schutzzweck von § 313 Satz 1 BGB a. F. „voll erreicht“ sei, da der Verkäufer bei Beurkundung des Angebots notarielle Beratung erhalten habe. Daher sei die Lage vergleichbar mit der formnichtigen Verpflichtung zum Verkauf und der anschließenden vor dem Notar erklärten Auflassung. Die Heilung der unwirksamen Verpflichtung zur Abgabe des Angebots trete daher in entsprechender Anwendung von § 313 Satz 2 BGB a. F. ein.

Zwingend ist der Schluss, der Schutzzweck sei voll erreicht, jedoch nicht. Bei der Beurkundung der Auflassung muss nach § 925 a BGB dem Notar eine Urkunde über das Verpflichtungsgeschäft vorliegen oder gleichzeitig errichtet werden.⁴

² BGHZ 82, 398 = DNotZ 1982, 433 m. Anm. Wolfsteiner.

³ RGZ 169, 185.

⁴ Diese Vorschrift wurde zwar erst 1953 in das BGB übernommen (BGBl. I 1953, 33), bestand aber vorher als Reichsverordnung (Verordnung vom 11.5.1934, RGBl. I, 378).

§ 925 a BGB ist zwar nur eine Ordnungsvorschrift, ergänzt aber § 311 b Abs. 1 BGB, um sicherzustellen, dass der Zweck der Beurkundungspflicht nicht dadurch umgangen wird, dass nur eine Auflassung beurkundet wird. Die genannten Entscheidungen von RG und BGH verlangen nicht, dass diese Vorschrift bei der Heilung eines formnichtigen „Vorvertrages“ durch die Beurkundung des Geschäfts selbst – ebenfalls in entsprechender Anwendung – beachtet werden müsste.

In den hier interessierenden Fällen – in dem „Vorvertrag“ wurden weitere Vereinbarungen getroffen, deren Einhaltung jetzt von einem Vertragsteil verlangt wird⁵ – hat das zur Folge, dass die Vertragsparteien nicht hinsichtlich ihrer Gesamtvereinbarung, sondern nur hinsichtlich eines Ausschnitts hieraus rechtlichen Rat durch den Notar erhalten. Abstrakt beratungsbedürftig sind sie allerdings nach dem heute allgemeinen Verständnis von § 311 b Abs. 1 BGB hinsichtlich des gesamten Rechtsgeschäfts, das die Verpflichtung zur Verfügung oder zum Erwerb eines Grundstücks enthält, denn das gesamte Rechtsgeschäft ist beurkundungsbedürftig.⁶ Im vom RG entschiedenen Fall wäre daher der Pachtvertrag auch zu beurkunden gewesen, so dass nach heutigem Verständnis die Feststellung, es sei ja „alles beurkundet“, nicht richtig wäre. In der Regel wird man von einer Wechselwirkung zwischen dem Inhalt des originär beurkundungsbedürftigen Grundstücksgeschäfts und den weiteren Vereinbarungen, die zum gesamten Rechtsgeschäft gehören, ausgehen müssen. Die genaue Ausprägung des Zusammenspiels zu erkennen, die Vertragsparteien auch unter diesem Gesichtspunkt sachgerecht zu beraten und über Rechtsfolgen aufzuklären, ist nicht möglich, wenn man nur einen Ausschnitt des gesamten Geschäfts beurkundet.

Im Rahmen der Sachaufklärung vor und bei der Beurkundung wird der Notar zwar möglicherweise auf die weiteren Vereinbarungen oder den „Vorvertrag“ stoßen. Allerdings ist dies von Zufälligkeiten abhängig, beispielsweise der Gesprächigkeit der Parteien oder dem zu beurkundenden Geschäft.⁷ Es ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass nach allgemeiner Meinung eine Amtsermittlungspflicht des Notars grundsätzlich nicht besteht. Er muss zwar den Sachverhalt, der für die Beurkundung von Bedeutung ist, vollständig aufklären, jedoch keine Nachfragen „ins Blaue hinein“ stellen. Der Sachverhalt und Wille der Beteiligten muss also nur insoweit weiter aufgeklärt werden, als er offensichtlich unvollständig oder dies nach den Äußerungen der Beteiligten geboten ist.⁸ Es wird also oftmals, anders als bei dem Ersuchen um Beurkun-

⁵ In Fällen, in denen ausschließlich die Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages über Veräußerung oder Erwerb eines Grundstücks Gegenstand des Vorvertrages ist und sämtliche Bedingungen des Vorvertrages im Hauptvertrag enthalten sind, ist der Vertrag ohnehin insgesamt beurkundet und damit wirksam. Es stellt sich dann nur die Frage, ob eventuell der Hauptvertrag einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ausgesetzt ist, weil mindestens eine Partei nur deshalb den Hauptvertrag geschlossen hat, weil sie geglaubt hat, sie sei dazu verpflichtet. Bereicherungsansprüche zu gewähren, ist allerdings in diesem Fall nur konsequent, da sonst wiederum der Schutz der Beteiligten durch das Formgebot nicht erreicht würde.

⁶ Umstritten ist nur, was das „gesamte Rechtsgeschäft“ ist, vgl. statt aller MünchKommBGB/Kanzleiter, 4. Aufl., § 311 b Rdnr. 50 m. w. N.

⁷ Beispielsweise stellt sich bei einem Angebot die Frage, warum nicht der Vertrag sofort geschlossen wird. Bespricht man dies mit den Beteiligten, wird man möglicherweise von einem „Vorvertrag“ erfahren. Weit unwahrscheinlicher ist dies bei einem dem äußeren Anschein nach gewöhnlichen Kaufvertrag. Hier wird sich die Frage nach dem „Warum“ oftmals nicht stellen, weil sie nach dem von den Beteiligten mitgeteilten Sachverhalt offensichtlich scheint.

⁸ Beispielsweise, wenn widersprüchliches vorgetragen wird; statt aller Frenz in Eylmann/Vaasen, BeurkG, 2004, § 17 Rdnr. 6 m. w. N.

„nackten“ Auflassung, an einem sicheren Anzeichen dafür fehlen, dass es noch weitere Vereinbarungen geben muss. Dies erklärt auch, weshalb die entsprechende Anwendung von § 925 a BGB vom RG und vom BGH – jedenfalls in den Urteilsgründen – nicht angedacht wird.

Das RG hat sich zudem in einen Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung verstrickt. Nach RGZ 133, 294 tritt Heilung bei unmittelbarer Anwendung von § 313 Satz 2 BGB a. F. nur ein, wenn die Auflassung bezüglich des gesamten Vertragsobjekts erklärt ist. Warum dagegen die Beurkundung eines Teils des schuldrechtlichen Geschäfts bei der entsprechenden Anwendung von § 313 Satz 2 BGB a. F. ausreichen soll, ist unklar.

Zusammengefasst wird daher der Schutz der Beteiligten bei der Beurkundung des formbedürftigen Geschäfts, zu dem sie sich mit einer formnichtigen Vereinbarung verpflichtet haben, nicht immer und nicht in dem Maße erreicht, wie im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 311 b Abs. 1 BGB.

2. Dies gilt umso mehr bei der zweiten vom BGH behandelten Frage, ob Heilung auch eintritt, wenn das heilende Verpflichtungsgeschäft mit einem Dritten geschlossen wird. Der BGH konstatiert hier selbst, ein Schutz des nicht am Vertrag mit dem Dritten beteiligten Partners des „Vorvertrags“ durch notarielle Beratung finde nicht statt. Warum die bisherige vom BGH in seinem Urteil vom 18.12.1981 gegebene Begründung⁹ hierfür nicht trägt, legt er nunmehr überzeugend selbst dar.

Allerdings könne, wenn durch die Beurkundung des „Hauptvertrags“ Erfüllung des „Vorvertrags“ eintrete, dennoch § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechend angewandt werden, weil dann die Situation doch vergleichbar mit dem unmittelbaren Anwendungsbereich dieser Vorschrift sei. Dem BGH ist natürlich zuzustimmen, wenn er ausführt, bei der unmittelbaren Anwendung von § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB sei auch gleich, ob in Erfüllung des nicht beurkundeten Rechtsgeschäfts an den Vertragspartner oder an einen Dritten geleistet werde, es müsse eben nur Erfüllung eintreten. Dennoch ist im unmittelbaren Anwendungsbereich gewährleistet, dass das schuldrechtliche Geschäft beurkundet wird, und zwar, wie oben gezeigt, über § 925 a BGB.

Immer wenn die Heilung eines formnichtigen Rechtsgeschäfts eintritt, wird der Formzweck nicht oder nicht voll erreicht. Formzweck bei § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht nur der vom BGH genannte Schutz der Vertragsparteien vor Übereilung und die Sicherung einer sachkundigen Beratung („Warn- und Schutzfunktion“), sondern auch die Sicherung eines unzweideutigen Beweises der getroffenen Vereinbarungen sowie die Gewährleistung eines gültigen Rechtsgeschäfts („Beweisfunktion und Gültigkeitsgewähr“).¹⁰ Wenn der BGH ausführt, die Heilungsvorschrift diene der Rechtssicherheit, wird nicht deutlich, dass auch die Beurkundung selber durch die Beweisfunktion und Gültigkeitsgewähr der Rechtssicherheit dient. Die Unsicherheit, ob eine Heilung tatsächlich eingetreten ist, kann dem Rechtsfrieden ebenso abträglich sein, wie die Unsicherheit, ob man bei einem unwirksamen Vertrag einem Bereicherungsanspruch ausgesetzt ist. Rechtssicherheit und Rechtsfrieden erfordern vielmehr klare Tatbestände.¹¹ Unter diesem Blickwinkel halte ich die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB auf

andere Fälle als den gesetzlich ausdrücklich geregelten¹² für schädlich. Von einer Vergleichbarkeit sollte man deshalb auch nur ausgehen, wenn die Einhaltung der Formzwecke in demselben Maß gewährleistet ist, wie beim unmittelbaren Anwendungsbereich von § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB. Dies ist wiederum nur der Fall, wenn die Auflassung erklärt ist oder wird und dies im Grundbuch eingetragen ist, weil nur dann auch § 925 a BGB zu beachten ist.

Es ist klar, dass dann für eine Heilung nur noch Raum wäre bei Rechtsgeschäften, die unvollständig oder unrichtig beurkundet worden sind. Dabei sind die Vertragsteile aber auf den Umfang der Beurkundungspflicht hingewiesen worden und die Tatsache, dass dennoch keine vollständige Urkunde zustande gekommen ist, beruht – wenn der Notar keine Amtspflicht verletzt hat – auf unzureichender Sachaufklärung durch die Parteien. In solchen Fällen ist es aber auch gerechtfertigt, den Schutz durch das Beurkundungserfordernis einzuschränken.¹³ In allen übrigen Fällen bestünde auch Rechtssicherheit. Das Geschäft ist unwirksam und wird ohne Beurkundung auch nicht wirksam. Die Beteiligten haben dann die Wahl, entweder einen bestätigenden Vertrag zu schließen oder empfangene Leistungen zurückzugewähren. Da klar ist, dass keine Heilung eintritt, besteht auch kein Raum für Rechtsstreitigkeiten.¹⁴

Im vorliegenden Fall hat der BGH ohne Zweifel richtig entschieden. Dass er seine bisherige Rechtsprechung nicht vollständig aufgegeben hat, ist allerdings zu bedauern. Die Erfüllung allein kann nicht die Einschränkung des Formgebots durch Heilung unwirksamer Geschäfte rechtfertigen. Es wäre zu wünschen, dass diese Auffassung bei nächster Gelegenheit aufgegeben wird.

Notarassessor *Sebastian Ruhwinkel*, München

¹² Und gegebenenfalls Auslandssachverhalte wie in BGHZ 73, 392, bei denen ebenfalls formrichtige Einigung und Eintragung der Rechtsänderung in ein Register stattfinden.

¹³ Eine Heilung würde auch nicht eintreten bei Eintragung eines dinglichen Vorkaufsrechts, wenn die Verpflichtung zur Bestellung nicht beurkundet ist. Die Lage ist hier gleich und Gründe, warum man insoweit anders entscheiden sollte, sind nicht ersichtlich.

¹⁴ Ein Schutz, nicht mit unsinnigen Klagen belästigt zu werden, besteht ohnehin nicht. Das ist allgemeines Lebensrisiko.

3. BGB § 640; AGBG § 5 (*Abnahme von zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums*)

Eine Vertragsauslegung kann ergeben, dass in der Abnahme des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch den nutzungsberechtigten Erwerber zugleich eine schlüssige Abnahme des in Frage stehenden Gemeinschaftseigentums durch die übrigen Erwerber liegt, wenn die Abnahme des nutzungsberechtigten Erwerbers nach dem Ablauf einer Prüfungsfrist unbeanstandet blieb. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Hamm, Beschluss vom 14.10.2003, 21 U 116/03; eingeklagt von Notar Dr. *Gregor Basty*, München

Aus den Gründen:

Die Erwerberverträge lassen offen, wie die Abnahme des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch die übrigen, nicht zur Sondernutzung berechtigten Erwerber erfolgen sollte. Die die Abnahme re-

⁹ BGHZ 82, 398.

¹⁰ MünchKommBGB/Kanzleiter, 4. Aufl., § 311 b Rdnr. 1.

¹¹ *Staudinger/Wufka*, BGB, 2001, § 313 Rdnr. 263.

gelnde Vertragsklausel Ziff. V. 1. geht auf diese Abnahmen nicht ein, während sie die Abnahmen im Übrigen in ihrem zweiten und dritten Satz ausführlich regelt. Das lässt erkennen, dass der Vertrag in Bezug auf die in Frage stehenden Abnahmen des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch die übrigen Erwerber keine ausdrückliche Regelung darüber enthält, wie diese Abnahme zu erfolgen hat. Ziff. V. 1. Satz 1 der Vertragsklausel steht dieser Auslegung nicht entgegen. Er besagt lediglich, dass eine Abnahme nach bezugsfertiger Herstellung zu erfolgen hat. Das entspricht dem ohnehin geltenden Recht, nach dem der Besteller das vertragsgemäß und im Wesentlichen mangelfrei hergestellte Werk abzunehmen hat, § 640 BGB.

Diese im Vertragstext enthaltene Lücke ist dahingehend zu schließen, dass die Abnahme des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch die übrigen Erwerber (auch) durch schlüssiges Verhalten erfolgen können sollte.

Die unter Ziff. V 1. gewählte Vertragsgestaltung lässt erkennen, dass die Vertragsparteien nur für „sonstiges“ Gemeinschaftseigentum eine Abnahme unter Mitwirkung eines Sachverständigen vorgesehen hatten. Für die Abnahme des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch den nutzungsberechtigten Erwerber sollte das nach dem insoweit klaren Vertragswortlaut nicht gelten. Dieser Erwerber konnte dieses Gemeinschaftseigentum – ebenso wie sein Sondereigentum – ohne Mitwirkung eines Sachverständigen abnehmen.

Dass dieses dann auch für die Abnahme des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch die übrigen Erwerber gelten sollte, liegt nahe. Die übrigen Erwerber hatten ersichtlich kein weitergehendes Interesse an der Überprüfung dieses Gemeinschaftseigentums als der nutzungsberechtigte Erwerber selbst. Die gewählte Vertragsgestaltung bringt klar zum Ausdruck, dass in erster Linie der nutzungsberechtigte Erwerber für die Abnahme des ihm zugewiesenen Gemeinschaftseigentums „zuständig“ sein sollte. Das ist auch sachgerecht, weil er aufgrund des ihm eingeräumten Nutzungsrechtes ein besonderes Interesse an der Feststellung von Mängeln insoweit hatte.

Hierbei sollte dieses Gemeinschaftseigentum grundsätzlich nicht von einem Sachverständigen überprüft werden, da der Vertrag diese Form der Abnahme nur für das „sonstige“ Gemeinschaftseigentum vorsah und in deutlicher Abgrenzung hierzu die Abnahme des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums regelte.

Bei dieser Vertragsgestaltung war für die Erwerber erkennbar, dass das einem anderen Erwerber zur Sondernutzung zugewiesene Gemeinschaftseigentum grundsätzlich ohne Mitwirkung eines Sachverständigen aufgrund der Prüfung (und Billigung) des jeweils nutzungsberechtigten Erwerbers abgenommen werden sollte. Auch wenn dieser bei der Abnahme des ihm zugewiesenen Gemeinschaftseigentums die übrigen Erwerber nicht vertreten konnte (weil die vertragliche Vereinbarung das nicht vorsah), musste den Erwerbern klar sein, dass seine Abnahme auch für die Billigung des ihm zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch die anderen Erwerber von Bedeutung sein sollte. Schließlich sah der Vertrag gerade nicht vor, dass das einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesene Gemeinschaftseigentum von den übrigen Erwerbern ergänzend geprüft und durch eine gesonderte Erklärung abgenommen werden sollte. Das legt es nahe, den Vertrag dahingehend auszulegen, dass sich die Vertragsparteien mit einer stillschweigenden Abnahme des einem Erwerber zur Sonder-

nutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch die übrigen Erwerber begnügen wollten.

Der Senat hält auch an der (...) Auslegung zu Ziff. VIII. der Erwerbverträge fest. Die Regelung unter Ziff. VIII. 1. Abs. 2 nimmt erkennbar auf die vertraglich ausdrücklich geregelten Abnahmen Bezug und besagt zunächst, dass die Verjährungsfristen mit den jeweiligen Abnahmen der Käufer beginnen. Hierbei erfasst Satz 2 dieses Absatzes ersichtlich nur die in Ziff. V. 1. Satz 3 geregelte Abnahme des sonstigen Gemeinschaftseigentums, da allein diese Abnahme nicht von einem einzelnen Erwerber erfolgen konnte.

Der vorstehenden Vertragsauslegung steht die Regelung des § 5 AGBG nicht entgegen, weil die vertragliche Regelung zwar auslegungsbedürftig, aber nicht unklar im Sinne dieser Vorschrift ist. Der vorstehend dargestellte Zusammenhang der vertraglichen Regelungen ermöglicht ein klares Auslegungsergebnis. Dass dieses in dem für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt der jeweiligen Vertragsabschlüsse dem Willen der Vertragsschließenden nicht entsprach, ist nicht ersichtlich geworden und von den Klägerin auch nicht vorgetragen worden.

Der Senat hält weiter an der (...) Auffassung fest, dass mit der Abnahme des zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch den sondernutzungsberechtigten Erwerber – nach dem Ablauf einer gewissen Prüfungszeit – eine schlüssig erklärte Abnahme dieses Gemeinschaftseigentums durch die übrigen Erwerber verbunden war.

Wie bereits dargestellt, lässt die Vertragsgestaltung erkennen, dass das einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesene Gemeinschaftseigentum nach der Abnahme durch den nutzungsberechtigten Erwerber von den übrigen Erwerbern nicht (noch einmal) geprüft und durch gesonderte Erklärungen gebilligt werden sollte. Das war aus der Sicht aller Vertragsbeteiligten, also der Beklagten und aller Erwerber, so zu verstehen, dass sich die Beteiligten mit Abnahme des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch den nutzungsberechtigten Erwerber begnügen wollten. Diese vertragliche Vereinbarung legt es nahe, in der Abnahme des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch den nutzungsberechtigten Erwerber zugleich eine schlüssige Abnahme des in Frage stehenden Gemeinschaftseigentums durch die übrigen Erwerber zu sehen, wenn die Abnahme des nutzungsberechtigten Erwerbers nach dem Ablauf einer Prüfungsfrist unbeanstandet blieb. Bei einem derartigen Ablauf war den Beteiligten klar, dass es – der vertraglichen Vereinbarung entsprechend – bei der Billigung des in Frage stehenden Gemeinschaftseigentums durch den nutzungsberechtigten Erwerber bleiben sollte. Dem steht nicht entgegen, dass sich die Erwerber zunächst nicht kannten und sich auch wechselseitig nicht über die Abnahmen des ihnen zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums unterrichteten. Dass ihrem Verhalten die genannte Bedeutung zukommen würde, war für sie bereits aufgrund der Vertragsgestaltung ersichtlich und ist von ihnen dadurch hingenommen worden, dass sie diese vertragliche Regelung akzeptiert haben.

Die vorstehend dargestellte Bewertung des Verhaltens der Erwerber trägt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Rechnung, nach der einem Schweigen nur dann eine Erklärungsbedeutung beizumessen ist, wenn der Schweigende nach Treu und Glauben verpflichtet wäre, seinen abweichenden Willen zu äußern. Hierzu müssen besondere Umstände, insbesondere ein entstandener Vertrauenstatbestand, diesen Schluss rechtfertigen. Derartige besondere Umstände liegen

hier vor. Sie ergeben sich aus der von den Parteien gewählten Vertragsgestaltung, bei der die Beklagte davon ausgehen durfte, dass die Abnahme des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums durch die übrigen Erwerber ebenfalls gebilligt wurde, wenn diese keine Einwände erhoben. Dass dies auch den Erwerbern klar sein musste, ist bereits dargelegt worden.

Die in Frage stehende Prüfungszeit bemisst der Senat (...) mit max. vier Wochen, weil die in Frage stehende Bauleistung durch den zur Sondernutzung berechtigten Erwerber zuvor bereits geprüft worden war, als vertragsgerecht gebilligt und sodann bestimmungsgemäß genutzt wurde. Innerhalb dieser Prüfungsfrist und auch bis zu der Abnahme des „sonstigen“ Gemeinschaftseigentums am 30.8.1997 haben die Kläger keine Mängel an dem einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentum gerügt und so zu erkennen gegeben, dass sie die insoweit erbrachten Bauleistungen als nicht vertragsgerecht ansehen. Die am 30.8.1997 durchgeführte Abnahme des „sonstigen“ Gemeinschaftseigentums erfasste das einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesene Gemeinschaftseigentum nicht (...).

Damit rechtfertigt das vorstehend umschriebene Verhalten der übrigen Erwerber die Annahme einer schlüssigen Abnahme des einem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums. Dass die Erwerber ihre Auffassung auf späteren Eigentümerversammlungen geändert haben, rechtfertigt keine andere Beurteilung ihres früheren Verhaltens.

Anmerkung:

Der Beschluss des OLG Hamm vom 14.10.2003 beleuchtet ein meines Wissens bislang übersehenes Problem. Es geht um die häufig in Bauträgerverträgen anzutreffende Klausel, wonach der Erwerber bei Bezugsfertigkeit nicht nur sein Sondereigentum, sondern auch das Gemeinschaftseigentum abnimmt, das ausschließlich im Bereich des Sondereigentums des Erwerbers liegt oder diesem zur Sondernutzung zugewiesen ist,¹ während „sonstiges Gemeinschaftseigentum“ von allen Erwerbern (zuweilen unter Hinzuziehung eines Sachverständigen) abgenommen werden soll.

Vereinfacht dargestellt haben in der Folge sowohl A als auch B ihr Wohnungseigentum und jeweils das dort befindliche Gemeinschaftseigentum abgenommen; insofern sind Mängelansprüche verjährt. Fraglich ist allerdings, ob A Ansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums im Bereich der Wohnung des B bzw. im Bereich des dieser Wohnung zur Sondernutzung zugewiesenen Gemeinschaftseigentums geltend machen kann, weil insofern eine Abnahme durch ihn nicht stattgefunden hat.

Diese Ansprüche sind jedenfalls nicht ohne weiteres zu verneinen. Die Abnahme auch des Gemeinschaftseigentums ist Sache jedes einzelnen Erwerbers.² Sie ist u. a.³ maßgebend für den Beginn der Verjährungsfristen für Mängelansprüche (§ 634 a Abs. 2 BGB). Wäre die Klausel so zu verstehen, dass A das Gemeinschaftseigentum im Bereich der Wohnung

des B nie abgenommen hat, wären Mängelansprüche nicht ausgeschlossen.

1. Das OLG Hamm erkennt insofern im Vertragstext eine Lücke. Nach seiner Auffassung ist die betreffende Gestaltung so zu verstehen, dass die Abnahme durch A den übrigen Erwerbern zuzurechnen ist aufgrund schlüssigen Verhaltens, nachdem diese kein weiter gehendes Interesse an der Überprüfung des betreffenden Gemeinschaftseigentums haben als der nutzungsberechtigte Erwerber. Andere Erwerber hätten also der Abnahme durch A im Hinblick auf das diesbezügliche Gemeinschaftseigentum noch widersprechen können, aber auch müssen (nach OLG Hamm bei dem gegebenen Sachverhalt innerhalb einer Frist von maximal vier Wochen).

Gegen diese Auslegung spricht freilich, dass einem Erwerber regelmäßig das Bewusstsein dafür fehlen wird, dass er auch das Gemeinschaftseigentum im Bereich eines anderen Wohnungseigentums abzunehmen hat oder dass er einer Abnahme durch den weiteren Erwerber, von der er überhaupt keine Kenntnis haben wird, widersprechen könnte. Mir erschiene es eher einleuchtend, in solchen Fällen angesichts der vom OLG dargestellten Interessenlage eine Abnahmevollmacht anzunehmen, wonach der eine Erwerber für alle anderen dasjenige Gemeinschaftseigentum abnimmt, das im Bereich seines Sondereigentums liegt oder ihm allein zur Sondernutzung zugewiesen ist.

Die Entscheidung des OLG gibt jedenfalls Anlass, die eingangs dargestellten Gestaltungen insofern zu überdenken.

2. Zu erwägen ist aber auch noch ein anderer Lösungsansatz, der bei der Korrespondenz von Abnahme und werkvertraglichem Herstellungsanspruch ansetzt: Abzunehmen ist nur das, was dem Besteller aufgrund des abgeschlossenen Werkvertrags vom Unternehmer zu leisten ist. Dies ist nicht notwendig das gesamte Gemeinschaftseigentum.

In dem entschiedenen Fall ging es offensichtlich um eine Wohnanlage, die aus mehreren selbständigen Häusern besteht. In solchen Fällen liegt nahe, dass sich der Herstellungsanspruch eines Erwerbers nur auf „sein“ Haus beschränken soll; jedenfalls scheint eine entsprechende Vertragsgestaltung nicht ausgeschlossen.⁴ Entsprechendes kann bei Mehrfamilienhäusern anzunehmen sein; so wird der Bauträger z. B. die Verpflichtung zur Herstellung einer Terrasse oder eines Gartens oft nur demjenigen Erwerber gegenüber übernehmen, dessen Einheit diese Flächen zur Sondernutzung zugewiesen sind.

Solchen Gestaltungen steht m. E. nicht entgegen, dass – jedenfalls nach Auffassung des BayObLG⁵ – auch bei Mehrhausanlagen jeder einzelne Wohnungseigentümer gegen alle anderen Wohnungseigentümer einen Anspruch auf erstmalige Herstellung des ordnungsmäßigen Zustands des gemeinschaftlichen Eigentums besitzt und dabei alle hierfür anfallenden Kosten unabhängig von einem in der Gemeinschaftsordnung geregelten Kostenverteilungsschlüssel von allen Wohnungseigentümern zu tragen sind.⁶ Auf die Festlegung der vom Bauträger geschuldeten Leistung finden gemäß § 307 Abs. 3 BGB (früher § 8 AGBG) § 307 Abs. 1, 2 und §§ 308, 309 BGB keine Anwendung. Die werkvertragliche Herstellungsverpflichtung des Bauträgers muss daher nicht mit einem

¹ Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl., S. 394; *Blank*, Bauträgervertrag, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 313; *Staudinger/Bub*, 12. Aufl. 1997, § 21 WEG Rdnr. 243; *Riemenschneider* in *Grziwotz/Koebler*, Handbuch Bauträgerrecht, Teil 3, Rdnr. 864 (unter Ziff. 5.1).

² BGH, VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 262; BGH, VII ZR 72/84, DNotZ 1985, 622; BGH, VII ZR 130/03, ZfIR 2004, 538, 540.

³ Ausführlich *Thode/Quack*, Abnahme und Gewährleistung, 2003, Rdnr. 169 ff.

⁴ Vgl. *Basty* (Fn. 1), Rdnr. 448 ff. für die entsprechende Fragestellung bei Zahlungen nach § 3 Abs. 2 MaBV.

⁵ BayObLG, 2Z BR 45/02, ZfIR 2003, 246 mit Anm. *Häublein*.

⁶ A. A. *Ott*, NZM 2003, 134, 136.

wohnungseigentumsrechtlichen Anspruch auf Erstherstellung aus § 21 Abs. 4, Abs. 5 Nr. 2 oder analog § 22 WEG⁷ identisch sein. Jedenfalls bei hinreichender Transparenz entsprechender vertraglicher Regelungen dürften gegen ihre Wirksamkeit keine durchgreifenden Bedenken bestehen.

Notar Dr. *Gregor Basty*, München

⁷ Vgl. BayObLG, 2Z BR 45/02, ZfIR 2003, 246 mit Anm. *Häublein*; *Briesemeister* in Weitnauer, WEG, 9. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 47; *Lüke*, ebenda, § 22 Rdnr. 29.

4. BauGB § 19 Abs. 2 n. F. (*Wegfall der Grundbuchsperrung bei Grundstücksteilung*)

Nach dem BauGB i. d. F. des EAG Bau kann für den Grundbuchvollzug nicht mehr die Vorlage eines Negativattests verlangt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Traunstein, Beschluss vom 29.12.2004, 4 T 5135/04; eingeklagt von Notar *Michael Habel*, Altötting

Die Eheleute G. haben eine Grundstücksteilfläche verkauft. Der Notar beantragte beim Grundbuchamt den Vollzug der Vormerkung, der Löschung, der Pfandfreigabe, des Grundpfandrechts sowie den Vollzug des einschlägigen Veränderungsnachweises. Mit Zwischenverfügung teilte die Rechtspflegerin mit, dass ein Negativattest der Gemeinde fehle, wonach entweder für die betroffenen Grundstücke kein Bebauungsplan bestehe oder die beabsichtigte Teilung den Festsetzungen des Bebauungsplans nicht widerspreche.

Gegen diese Zwischenverfügung legte der Notar Beschwerde ein.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist auch begründet. (...)

2. Sie erweist sich auch in der Sache als erfolgreich.

Gem. § 19 BauGB a. F. bedurfte die Teilung eines Grundstücks zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung u. a. innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs eines Bebauungsplans. Dementsprechend durfte das Grundbuchamt gem. § 23 Abs. 1 BauGB a. F. aufgrund einer nach § 19 BauGB genehmigungspflichtigen Teilung eine Eintragung in das Grundbuch erst vornehmen, wenn der Genehmigungsbescheid vorgelegt ist. Diese Vorschriften wurden durch das Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (EAG Bau 2004) geändert. § 19 Abs. 2 BauGB lautet nunmehr: „Durch die Teilung eines Grundstücks im Geltungsbereich eines Bebauungsplans dürfen keine Verhältnisse entstehen, die den Festsetzungen des Bebauungsplans widersprechen.“ § 23 BauGB a. F., der die Eintragung der Teilung in das Grundbuch von der Vorlage entsprechender Genehmigungen abhängig machte, wurde ersatzlos gestrichen.

Aus dieser Änderung der Gesetzeslage wird zur Überzeugung der Kammer deutlich, dass das Grundbuchamt die Eintragung der Teilung nicht wie vorliegend gefordert von der Vorlage eines Negativattests der Gemeinde abhängig gemacht werden kann, aus dem sich ergibt, dass die Teilung den Festsetzungen des Bebauungsplans nicht widerspricht bzw. die betroffenen Grundstücke nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegen. Eine solche Kompetenz des Grundbuchamts ergibt sich insbesondere nicht aus der Neufassung des § 19 Abs. 2 BauGB. Denn dieser regelt zwar, dass durch die Teilung keine bebauungsplanwidrigen Verhältnisse entstehen dürfen. Gleichwohl ergibt sich aus dieser Vorschrift gerade kein materielles

Prüfungsrecht des Grundbuchamtes. Würde man eine solche materielle Prüfungscompetenz bejahen, wäre nämlich nicht nachvollziehbar, warum § 23 BauGB a. F., in dem bis zur Änderung des BauGB durch das EAG Bau 2004 die Eintragung der Teilung in das Grundbuch von der Vorlage eines Genehmigungsbescheids abhängig gemacht wurde, ersatzlos gestrichen wurde. Hätte den Grundbuchämtern durch die Neufassung des § 19 Abs. 2 BauGB eine materielle Prüfungscompetenz eingeräumt werden sollen, hätte es vielmehr nahe gelegen, in einer gesonderten Vorschrift die Eintragung der Teilung, soweit sie – wie meist – nach neuem Recht genehmigungsfrei ist, von der Vorlage eines entsprechenden Negativattests der betroffenen Gemeinde abhängig zu machen. Dass der Gesetzgeber diesen Weg nicht eingeschlagen hat, zeigt nach Auffassung der Kammer bereits, dass eine zusätzliche Eintragungsanforderung für die Teilung gerade nicht gestellt werden sollte.

Hierfür spricht nach hier vertretener Auffassung auch die Überlegung, dass häufig bei Eintragung der Teilung die Frage der Einhaltung des Bebauungsplans noch nicht abschließend beurteilt werden kann. Wie die Beschwerdeführer zu Recht dargestellt haben, lässt sich bei Teilung von unbebauten Grundstücken erst beurteilen, ob die bauordnungsrechtlichen Vorschriften eingehalten sind, wenn die Genehmigung des entsprechenden Bauvorhabens beantragt wird. Somit ist es den Gemeinden vor Kenntnis eines konkreten Bauvorhabens in der Regel gar nicht möglich, zu beurteilen, ob die Festsetzungen des Bebauungsplans (später) eingehalten werden. Ein unbebautes Grundstück an sich kann aber den Festsetzungen des Bebauungsplans schwerlich zuwiderlaufen.

Somit verbleibt es für die Eintragung der Teilung wie für sonstige Eintragungen bei der rein formalen Prüfungscompetenz des Grundbuchamts. Es hat also nur zu prüfen, ob die Eintragungsvoraussetzungen – Antrag und Bewilligung, §§ 13, 19 GBO, beides in der Form des § 29 GBO, sowie Voreintragung des Betroffenen, § 39 GBO – vorliegen. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen kann das Grundbuchamt eine Eintragung nur ablehnen, wenn ihm positiv bekannt ist, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde (vgl. *Demharter*, GBO, Anh. zu § 13 Rdnr. 29 ff. m. w. N.). Eine baurechtswidrige Teilung macht aber das Grundbuch nicht unrichtig, da die Teilung gleichwohl wirksam ist. Insbesondere normiert § 19 Abs. 2 BauGB n. F. entgegen der Auffassung des Grundbuchamts kein gesetzliches Verbot i. S. des § 134 BGB, so dass die Teilung nicht nichtig wird. Es entspricht nämlich seit jeher ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass der Verstoß gegen bauordnungsrechtliche Vorschriften nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts an sich führt (vgl. hierzu die Nachweise bei *Palandt*, BGB, § 134 Rdnr. 16).

5. BGB §§ 1624, 1804, 1908 i (*Hofübergabe und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung*)

Ein Übergabevertrag, durch den das dem Betreuten gehörende landwirtschaftliche Unternehmen gegen Zusage eines Altenteils auf den Sohn übertragen werden soll, ist nicht generell „nicht genehmigungsfähig“. Die Versagung der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers rechtfertigt sich auch nicht allein dadurch, dass potentielle Miterben des Übernehmers Vermögensteile des Betreuten „ohne Gegenleistung“ erhalten sollen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.6.2004, 8 W 495/03

Der nunmehr 65-jährige Betroffene ist Eigentümer eines landwirtschaftlichen Hofes, zu dem 25 land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke mit einer Fläche von über 31 Hektar gehören. Die Beteiligten zu 2 ist seine nunmehr 58-jährige Ehefrau, während die Beteiligten zu 3 bis 5 deren gemeinsame, inzwischen jeweils verheiratete Kinder sind. Der nahezu 35-jährige Beteiligte zu 3 wohnt seit jeher, nunmehr mit seiner Familie, auf dem Hof, während die beiden anderen Kinder mit Familie anderweit in der Nähe wohnen.

Der Betroffene ist aufgrund eines im November 1996 erlittenen Schlaganfalls nicht mehr geschäftsfähig und schwerstpflegebedürftig; eine Verständigung mit ihm ist nicht mehr möglich. Er wird von seiner Ehefrau zu Hause gepflegt, nach Kräften unterstützt durch die weiteren Beteiligten und deren Familienangehörige. Das Notariat – Vormundschaftsgericht – hat eine umfassende Betreuung angeordnet und die Ehefrau (Beteiligte 2) zu seiner Betreuerin bestellt.

Am 25.3.2003 ließen die Beteiligten bei einem freien Notar in Stuttgart einen Hofübergabevertrag beurkunden, bei dessen Abschluss die Beteiligte zu 2 sowohl im eigenen Namen als auch als vollmachtlose Vertreterin ihres Ehemanns handelte. Durch diesen Vertrag soll der Hof einschließlich des zum Betrieb gehörenden Zubehörs und die große Mehrzahl der Grundstücke auf den auf dem Hof lebenden Sohn (Beteiligter zu 3) übertragen werden; drei Waldgrundstücke mit einer Fläche von ca. 2 Hektar sollen als Ausgleich ihrer Erbansprüche auf dessen Geschwister (Beteiligte zu 4 und 5) übertragen werden. Als Gegenleistung des Übernehmers ist zum einen ein – im Grundbuch an vorderster Rangstelle einzutragendes – Altenteil (Leibgeding) vereinbart. Durch diese Übergabe sollen zugleich alle Ansprüche des Beteiligten zu 3 für seine bisherigen Leistungen auf dem Hof und zugunsten des Betroffenen (§ 2057 a BGB) abgegolten werden.

Der Urkundsnotar übersandte dem Notariat als Vormundschaftsgericht zwei Vertragsausfertigungen mit dem Antrag, einen Ergänzungsbetreuer zu bestellen, weil die Betreuerin an der Vertretung des Betreuten gehindert sei; zugleich beantragte er die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Vertrags. Das Vormundschaftsgericht wies den – für zulässig erachteten – Antrag auf Bestellung eines Ergänzungsbetreuers zurück mit der Begründung, der vorgelegte Vertrag sei nicht genehmigungsfähig, weshalb kein Bedürfnis für die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers bestehe; Schenkungen seien nach §§ 1908 i, 1804 BGB dem Betreuer verboten und deshalb nichtig, und ein ausnahmsweise zulässiges Gelegenheitsgeschenk nach § 1908 i Abs. 2 BGB könne hier nicht angenommen werden; auch eine von einer Schenkung zu unterscheidende Ausstattung nach § 1624 BGB liege nicht vor, weil es sich hier um eine vorweggenommene Erbfolge handle.

Der hiergegen eingelegte Beschwerde half das Vormundschaftsgericht nicht ab; trotz des berechtigten Interesses der Beteiligten am Abschluss eines solchen, durchaus üblichen Hofübergabevertrags stehe die Vorschrift des § 1804 BGB auch einer gemischten Schenkung entgegen.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Betreuerin zurückgewiesen und sich der rechtlichen Beurteilung des Notariats angeschlossen; entgegen dem Beschwerdevorbringen liege kein voll entgeltlicher Vertrag vor, weil die Pflegeleistungen nur unter näher bezeichneten Einschränkungen zugesagt seien, weshalb die wohlverstandenen Interessen des Betreuten nicht ausreichend gewahrt seien; hinzu komme, dass die Beteiligten zu 4 und 5 Schenkungen ohne Gegenleistungen erhielten.

Dagegen wendet sich die Betreuerin mit der eingelegten weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 27 Abs. 1 FGG als Rechtsbeschwerde statthafte und auch im Übrigen zulässige weitere Beschwerde hat im Wesentlichen Erfolg, denn die Entscheidung des Landgerichts – und damit auch die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts – hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Überprüfung stand. Deshalb waren die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats an das Notariat zurückzuverweisen.

1. Das Beschwerderecht der Beteiligten zu 2 im eigenen Namen ergibt sich jedenfalls aus § 69 g Abs. 1 FGG, so dass die Frage einer Beschwerde im Namen des Betreuten (§ 69 g Abs. 2 FGG) auf sich beruhen kann. Gegenstand des Verfahrens ist (noch) nicht die Genehmigung des Vertrages – bei der die Beschwerdebefugnis gesondert zu prüfen ist –, sondern die Ablehnung einer (Ergänzungs-)Betreuerbestellung.

Alle weiteren Voraussetzungen der weiteren – hier unbefristeten – Beschwerde sind erfüllt.

2. Die rechtliche Bewertung des vorgelegten Übergabevertrags durch die Vorinstanzen hält der Überprüfung nicht stand.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend sind zwar die Erwägungen des Landgerichts und des Vormundschaftsgerichts, dass Schenkungen aus dem Vermögen des Betreuten, die über die in § 1908 i Abs. 2 Satz 1 BGB genannten Gelegenheitsgeschenke hinausgehen, grundsätzlich nicht genehmigungsfähig sind, weshalb in solchen Fällen kein Bedürfnis für die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers besteht, wenn der Betreuer durch § 1908 i Abs. 1 BGB i. V. m. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB an der Vertretung des Betreuten gehindert ist (vgl. BayObLGZ 1996, 118 = FamRZ 1996, 1359 = Rpfleger 1996, 508; BayObLG, Rpfleger 2003, 649; OLG Hamm, FamRZ 1985, 206; *Erman/Holzauer*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1804 Rdnr. 1, § 1908 i Rdnr. 37 f.; *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1804 Rdnr. 2, 1908 i Rdnr. 17 f.; *Staudinger/Engler*, 13. Bearb. 1999, § 1804 Rdnr. 20).

Auch der Fall des § 1908 i Abs. 2 BGB ist hier zu Recht verneint worden, weil die beabsichtigte Vermögensübertragung den Rahmen eines „Gelegenheitsgesenks“ weit überschreitet (vgl. BayObLG, FamRZ 1998, 47 = BtPrax 1998, 72) und auch nicht einer „sittlichen Pflicht“ des Betroffenen entspricht.

b) Zu Recht ist das Landgericht nicht der rechtsfehlerhaften Ansicht des Notariats gefolgt, die Genehmigungsfähigkeit des Vertrages entfalle schon deshalb, weil es sich um eine „gemischte Schenkung“ und eine „vorweggenommene Erbfolge“ handle, sondern hat das Gewicht der Prüfung auf die Frage der §§ 1908, 1624 Abs. 1 BGB gelegt.

Zutreffend ist zwar, dass der Sicherung des Vermögens des Betreuten zur Gewährleistung seiner angemessenen Versorgung und Pflege im Alter ein hoher Stellenwert zukommt, so dass eine gewissenhafte Prüfung all jener (beabsichtigten) Verfügungen – auch bei Übergabeverträgen – geboten ist, die zu einer weitgehenden Veränderung der Vermögenslage des Betreuten führen (vgl. SenBeschl. v. 6.5.1997, BWNNotZ 1997, 147, und v. 4.10.2000, BWNNotZ 2001, 64 m. w. N.). Dennoch hat die Kammer die Anforderungen an die Angemessenheit der wechselseitigen Berechtigungen und Verpflichtungen überspannt.

c) Derartige Übergabeverträge, die seit langem sowohl in der Landwirtschaft als auch in anderen Wirtschaftsbereichen verbreitet und auch punktuell gesetzlich geregelt sind (vgl. Art. 96 EGBGB; §§ 593 a, 2049, 2312 BGB), sind nach § 1624 BGB dann keine Schenkungen i. S. v. §§ 516 ff., 1804 BGB, wenn sie dem Kind von seinen Eltern zur Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zugewendet werden. Deshalb hat der Gesetzgeber des Betreuungsrechts die im bisherigen Vormundschaftsrecht (§ 1902 Abs. 1 BGB a. F.) enthaltene Sonderbestimmung über die Genehmigungsfähigkeit der Zuwendung einer Ausstattung – die zunächst gestrichen werden sollte – gerade im Hinblick auf derartige Übergabeverträge beibehalten (§ 1908 BGB n. F.; BR-Drucks. 11/4528, 211, 229; vgl. *Palandt/Diederichsen*, 63. Aufl., § 1908 Rdnr. 1; *Staudinger/Bienwald*, BGB, 13. Bearb. 1999, § 1908

Rdnr. 1). Dass ein solcher Übergabevertrag zugleich eine sog. vorweggenommene Erbfolge enthält (vgl. BGH, FamRZ 1990, 1083; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 25 XI 1), steht der Qualifizierung als Aussteuer und damit der grundsätzlichen Genehmigungsfähigkeit – entgegen der Annahme des Notariats – nicht zwingend entgegen. Es ist anerkannt, dass die in Übergabeverträgen vom Übernehmer zugesagten „Gegenleistungen“ in Gestalt von Wohnrecht sowie Versorgung und Pflege im Alter dem Vertrag im Ansatz den Charakter der Unentgeltlichkeit nehmen (BGH, NJW 1995, 1349 = MDR 1995, 500 = FamRZ 1995, 479; BayObLGZ 1996, 20 = DNotZ 1996, 647 = MittBayNot 1996, 195; OLG Hamm, FamRZ 1987, 751; vgl. auch MünchKomm/Schwab, BGB, 4. Aufl. 2002, § 1908 Rdnr. 4; *Soergel/Zimmermann*, a. a. O., Rdnr. 5).

Nur dann, wenn die zugesagte Gegenleistung des Übernehmers deutlich hinter den absehbaren Bedürfnissen des Übergebers (und seiner unterhaltsberechtigten Ehefrau) zurückbleibt, wenn also das Maß der Angemessenheit i. S. v. § 1624 Abs. 1 BGB überschritten wird, kann Schenkungsrecht und damit das Verbot des § 1804 BGB zur Anwendung kommen (BGH und BayObLG, a. a. O.; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 1170; Senat, a. a. O.; vgl. auch *Böhmer*, MittBayNot 1996, 405 ff.). Bei der Prüfung der Angemessenheit ist Raum, den mutmaßlichen Willen des Betreuten (vgl. § 1908 i Abs. 2 BGB; OLG Karlsruhe, Die Justiz 2001, 29) und seine erkennbaren Interessen zu berücksichtigen.

Es ist indessen rechtlich verfehlt, wegen des Schenkungsverbots der §§ 1908 i, 1804 BGB an Übergabeverträge so hohe Anforderungen zu stellen, dass für die Anwendung der §§ 1908, 1624 BGB kein Raum bleibt und im Ergebnis ein Betreuer von ihrem Abschluss generell ausgeschlossen ist. Kommt im Ansatz eine Genehmigung des Übergabevertrags in Betracht, darf die erforderliche Bestellung eines Ergänzungsbetreuers nicht abgelehnt werden.

d) Die Überprüfung des vorliegenden Vertrags darauf, ob ein Verstoß gegen das Übermaßverbot des § 1624 BGB vorliegt oder Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, rechtfertigt im Ergebnis die Ansicht der Rechtsbeschwerde, dass hier – unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens des Betreuten – ein voll entgeltlicher Vertrag angenommen werden kann, so dass kein Raum für die Annahme einer Schenkung, auch nicht einer gemischten Schenkung ist. Zu Unrecht hat die Kammer die Ausführungen des Senats im Beschluss vom 4.10.2000 (BWNNotZ 2001, 64) auf den vorliegenden Fall übertragen, obwohl sich die Ausgestaltung der Verträge erheblich unterscheidet und die Vertragsteile hier den Anforderungen der Senatsrechtsprechung Rechnung getragen haben. Den oben genannten Fällen, in denen eine Nichtigkeit der Vermögensübertragung bejaht wurde, liegen andere Sachverhalte zugrunde.

Nachdem beide Vorinstanzen ausdrücklich festgestellt haben, dass die Hofübergabe mit dem Ziel der Weiterführung des Betriebes sowohl dem übereinstimmenden Wunsch der Beteiligten als auch den üblichen Lebensverhältnissen in der Landwirtschaft entspricht und auch ohne Betreuungsbedürftigkeit des Betroffenen anstünde, greifen die Bedenken der Kammer gegen die Ausgewogenheit des Vertrages nicht durch.

Die in § 2 des Vertrages aufgeführten Gegenleistungen des Übernehmers mit Wohnungsrecht, Garagennutzungsrecht, Verköstigung und Pflegeleistungen bis zum Tode des Betreuten und der Betreuerin sind so weitgehend, dass dem Senat – anders als im Falle der Entscheidung vom 4.10.2000 (a. a. O.) – eine gravierende Lücke zum Nachteil des Übergebers nicht ersichtlich ist. Von Bedeutung ist insbesondere, dass der

Übernehmer sich für den Fall, dass eine Versorgung und Pflege seiner Eltern auf dem Hof nicht mehr möglich oder zumutbar ist, verpflichtet hat, die Kosten einer Heimunterbringung ohne Einschränkungen zu übernehmen. Hinzu kommt, dass sich der Übernehmer zur Sicherung der Ansprüche seiner Eltern der sofortigen Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen unterworfen hat, so dass auch im Falle von Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der Leistungspflicht das wirtschaftliche Risiko eines Rechtsstreits dem Sohn zugewiesen ist. Schließlich ist auch für die Sicherung des Leibgedings im Grundbuch in einer Weise gesorgt, dass eine Gefährdung der berechtigten Interessen der Eltern fern liegt.

Soweit einzelne Waldgrundstücke aus dem Vermögen des Betreuten auf die beiden Geschwister des Übernehmers übergehen sollen, führt dies ebenfalls nicht notwendig zur Annahme einer (gemischten) Schenkung – wie das Vormundschaftsgericht gemeint hat; vielmehr ist auch insoweit der wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Übergabevertrag bestimmend, weil erst durch diese Abfindung von Erb- bzw. Pflichtteilsansprüchen die Hofübernahme langfristig gesichert ist. Hinzu kommt, dass dem Übergeber an einem Teil dieser Grundstücke ein weitgehendes Nießbrauchsrecht (bis zur völligen Abholzung) zusteht, so dass dem Übergeber und seiner Ehefrau für den Notfall noch eine – vom Übernehmer unabhängige – Einnahmequelle gesichert ist.

Die gegenteilige Bewertung des Übergabevertrags durch die Vorinstanzen hätte zur Folge, dass der Betreute im Ergebnis generell von der Möglichkeit ausgeschlossen wäre, den Bestand seines Hofes durch Übertragung auf die nächste Generation unter Abdeckung des Lebensbedarfs im Alter zu sichern.

e) Somit ist der vorliegende Übergabevertrag unter Berücksichtigung der gesamten aus den Akten ersichtlichen Umstände nicht von vornherein als „nicht genehmigungsfähig“ einzustufen, so dass dem Antrag auf Bestellung eines Ergänzungsbetreuers aus Rechtsgründen stattzugeben ist.

Soweit das Vormundschaftsgericht aufgrund seiner breiten Erfahrung mit derartigen Übergabeverträgen gleichwohl noch ernsthafte Bedenken gegen einzelne Vertragsbestimmungen haben sollte, ist es ihm unbenommen, nach Bestellung des Ergänzungsbetreuers im Rahmen des nachfolgenden Genehmigungsverfahrens auf eine punktuelle Änderung des Vertrags hinzuwirken.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die nachfolgende Entscheidung des LG Traunstein und die Anmerkung von *Böhmer*, MittBayNot 2005, 232 (in diesem Heft).

6. BGB §§ 1804, 1908 i (*Sittliche Pflicht zur Schenkung eines Betreuten*)

Es besteht ein praktisches Bedürfnis, eine sittliche Pflicht zur Schenkung eines Betreuten zu bejahen, wenn die Zuwendung aus Mitteln eines Betreuten unter Berücksichtigung seiner materiellen und immateriellen Belange, wie beispielsweise zur Zukunftssicherung, letztlich in seinem Interesse liegt. (Leitsatz des Rezensenten)

LG Traunstein, Beschluss vom 7.4.2004, 4 T 1365/04; mitgeteilt von *Andrea Titz*, Staatsanwältin, LG München II

Das Amtsgericht hat für den Betroffenen Betreuung mit den Aufgabenkreisen Aufenthaltsbestimmung, Gesundheitsfürsorge, Vermö-

genssorge, Vertretung gegenüber Dritten und Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der Post angeordnet und den Sohn des Betroffenen zum Betreuer bestellt.

Im April 2002 beantragte der Betreuer die Bestellung eines neutralen Ergänzungsbetreuers, nachdem zwischen dem Betreuer, dem Betroffenen und der Mutter des Betreuers und Ehefrau des Betroffenen geplant war, den landwirtschaftlichen Betrieb auf den Betreuer zu übertragen. Mit Beschluss vom 7.8.2002 ordnete das Amtsgericht daraufhin Ergänzungsbetreuung mit dem Aufgabenkreis „Abschluss eines Überlassungsvertrags mit Gegenleistungen und Auflassung des Anwesens des Betreuten und seiner Ehefrau an den Betreuer“ an und bestellte Rechtsanwalt B zum Ergänzungsbetreuer. Mit Beschluss vom 13.11.2002 wurde der Aufgabenkreis des Ergänzungsbetreuers auch auf den Aufgabenkreis „Annahme eines Pflichtteilsverzichts“ erweitert. Nach weiteren Planungen, Grundstücke des Betroffenen und seiner Ehefrau auch an die vier Töchter des Betroffenen zu übergeben, wurde mit Beschluss vom 16.5.2003 als weiterer Aufgabenkreis des Ergänzungsbetreuers „Grundstückübergabe und Auflassung an die Töchter des Betreuten“ angeordnet.

Der beurkundende Notar legte die beiden Übergabeverträge zwischen dem Betroffenen, vertreten durch den Ergänzungsbetreuer, seiner Ehefrau und dem Sohn und Betreuer bzw. den vier Töchtern des Betroffenen zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vor. Mit Schriftsatz vom 12.1.2004 beantragte sodann der Ergänzungsbetreuer die Genehmigung der vorgelegten Übergabeverträge.

Das Amtsgericht bestellte daraufhin einen Verfahrenspfleger des Betroffenen. Dieser erhob Einwände gegen die Übergabeverträge, wobei er sich zum einen auf die nach seiner Auffassung fehlende Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung bezog. Zum anderen verwies er darauf, dass Schenkungsverträge in Betreuungsverhältnissen grundsätzlich nichtig seien.

Der Rechtspfleger wies die Anträge auf vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zurück. Zur Begründung führte er aus, gem. §§ 1908 i Abs. 2 Satz 1, 1804 BGB bestehe in Betreuungsverfahren Schenkungsverbot. Eine Ausnahme gem. § 1804 Satz 2 BGB sei nicht einschlägig, so dass die Schenkungen nichtig und daher nicht genehmigungsfähig seien. Gegen diesen Beschluss hat der Ergänzungsbetreuer Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. Das Schenkungsverbot des § 1804 Satz 1 BGB ist nach Auffassung der Kammer vorliegend nicht tangiert.

Gem. § 1804 Satz 1 BGB sind Schenkungen durch den Vormund in Vertretung seines Mündels grundsätzlich nicht möglich. Gem. § 1908 i Abs. 2 BGB ist § 1804 BGB auf Betreuungen, also auch auf den vorliegenden Fall, sinngemäß anzuwenden. Das Schenkungsverbot gilt nach ganz allgemeiner Auffassung nicht nur für reine, sondern auch für gemischte Schenkungen (vgl. *Palandt*, § 1804 Rdnr. 1). Die notariellen Überlassungsverträge zwischen dem Betroffenen, seiner Ehefrau und den Kindern stellen nach den Anforderungen der Rechtsprechung gemischte Schenkungen dar (vgl. für Hofüberlassungsverträge unter gesetzlichen Erben BayObLGZ 96, 20), so dass das Schenkungsverbot des § 1804 Satz 1 BGB auch für sie gelten könnte.

Gleichwohl sind die geplanten Überlassungsverträge zur Überzeugung des Gerichts gem. §§ 1908 i Abs. 2, 1804 Satz 2 BGB nicht von vorneherein unwirksam. Ausgenommen vom Schenkungsverbot sind nämlich gem. § 1804 Satz 2 BGB Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Einer sittlichen Pflicht entspricht eine Schenkung zum einen immer dann, wenn sie in einem Fall erfolgt, in dem unter Berücksichtigung von Vermögen und Lebensstellung der Beteiligten sowie ihrer persönlichen Beziehungen zueinander das Ausbleiben einer Belohnung als sittlich anstößig erscheint

(vgl. *Palandt*, § 534 Rdnr. 2 m. w. N.). Im Rahmen des § 1804 Satz 2 BGB wird das Vorliegen einer sittlichen Pflicht jedoch nach der obergerichtlichen Rechtsprechung bereits dann bejaht, wenn eine rechtsgeschäftliche Zuwendung aus Mitteln eines Betroffenen unter Berücksichtigung seiner materiellen und immateriellen Belange letztlich in seinem Interesse liegt (vgl. OLG Hamm, FamRZ 1987, 751). Bei der Prüfung, ob eine Schenkung sittlicher Pflicht entspricht, ist – soweit feststellbar – auch auf den Willen des Betreuten Rücksicht zu nehmen (OLG Karlsruhe, NJW-RR 2000, 1313).

Dieses Abstellen auf den Willen und die materiellen und immateriellen Belange des Betroffenen ist nach Auffassung der Kammer auch sachgerecht. Denn anderenfalls würden jedenfalls Schenkungen größeren Ausmaßes in Betreuungsfällen in einer Vielzahl der Fälle von vorneherein unmöglich gemacht werden, da regelmäßig die Zuwendung von wertvollen Gegenständen das Ausmaß einer Schenkung übersteigen dürften, die noch als Ausfluss einer „sittlichen Pflicht“ angesehen werden kann. Betriebs- oder Hofübergaben wären mithin schlechterdings unmöglich. Dies wäre aber nicht in jedem Fall im Interesse der Betreuten. Gerade im ländlichen Raum spielen Hofübergaben an ein Kind eine erhebliche Rolle für die Fortführung landwirtschaftlicher Anwesen. Es entspricht der Üblichkeit und der Sitte, dass der designierte Hoferbe die Landwirtschaft noch zu Lebzeiten seiner Eltern übernimmt, den landwirtschaftlichen Betrieb übertragen erhält und im Gegenzug dafür seinen Eltern ein Leibgeding mit Wohn-, Versorgungs- und Pflegeleistungen auf der Hofstelle einräumt. Solche Vertragskonstellationen immer dann auszuschließen, wenn einer der beiden – regelmäßig in Gütergemeinschaft lebenden – Elternteile aufgrund einer Erkrankung oder Alters unter Betreuung steht, hieße, die übliche Nachfolgeregelung für landwirtschaftliche Betriebe unmöglich zu machen.

Es muss mithin vorliegend geprüft werden, ob die beiden Übergabeverträge dem Willen und den materiellen und immateriellen Interessen des Betroffenen entsprechen. Dabei wird auch zu prüfen sein, ob die vereinbarten Gegenleistungen des Sohns und der Töchter an den Betroffenen ausreichen, um ihn für die Zukunft unter Berücksichtigung der vorgesehenen Naturalpflegeleistungen hinreichend zu sichern. Sofern dies bejaht wird, wird die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu erteilen sein. Hierzu fehlen aber bislang noch jegliche Feststellungen des Amtsgerichts. Dieses hat die Genehmigung lediglich unter Hinweis auf das Schenkungsverbot des § 1804 Satz 1 BGB abgelehnt. Die Kammer sah sich aus diesem Grund gehindert, selbst in der Sache zu entscheiden und hat die Sache daher zur erneuten Prüfung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Anmerkung:

Zum Beschluss des OLG Stuttgart vom 30.6.2004, 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229 (in diesem Heft) sowie zum vorstehenden Beschluss des LG Traunstein vom 7.4.2004, 4 T 1365/04:

Die Praxis weicht vor unentgeltlichen Zuwendungen aus dem Vermögen eines Betreuten vielfach wegen des Schenkungsverbots gemäß § 1908 i Abs. 2 BGB i. V. m. § 1804 BGB zurück. Die drohende Nichtigkeit des Vertrages, die auch durch eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht geheilt werden kann (BayObLG, MittBayNot 1996, 432), hat abschreckende Wirkung. Dies ist vom Gesetzgeber durchaus gewollt, um den Bestand des Vermögens des Betreuten zu schützen. Die Beschlüsse der Vormundschaftsgerichte, über deren

Rechtmäßigkeit das OLG Stuttgart und das LG Traunstein zu entscheiden hatten, sind aktuelle Beispiele dafür. Auch die vorsichtige Erweiterung der Schenkungsmöglichkeit durch § 1908 i Abs. 2 BGB erlaubt nur dann über das Übliche hinausgehende Gelegenheitsgeschenke, wenn sie dem Wunsch und den Lebensverhältnissen des Betreuten entsprechen. Mehr gibt die Vorschrift nicht her. Am grundsätzlichen Schenkungsverbot rüttelt diese Vorschrift nicht.

Dennoch besteht, wie das OLG Stuttgart und das LG Traunstein ganz zu Recht hervorheben, auch bei Betreuten ein erhebliches praktisches Bedürfnis für Vermögensübertragungen auf die nächste Generation unter Deckung des Lebensbedarfs des Betreuten im Alter. Das gilt nicht nur im landwirtschaftlichen Bereich. Das rechtliche Problem, diesem praktischen Bedürfnis Rechnung zu tragen, lösen das LG Traunstein und das OLG Stuttgart auf unterschiedliche Weise.

Dabei überzeugt die Lösung des LG Traunstein nicht. Das Gericht legt den Begriff der „Pflichtschenkung“ in § 1804 Satz 2 BGB sehr weit aus – zu weit, denn es verlässt dabei den Wortsinn der Regelung. Zwar wiederholt es zunächst die allgemein verwendete Definition, wonach eine Pflichtschenkung dann vorliege, wenn unter Berücksichtigung von Vermögen, Lebensstellung und persönlicher Beziehung der Beteiligten zueinander das Ausbleiben einer Belohnung sittlich anstößig wäre (vgl. auch BGH, NJW 2000, 3488). Im nächsten Schritt will das Gericht jedoch unter Hinweis auf eine Entscheidung OLG Hamm (FamRZ 1987, 751) eine sittliche Pflicht bereits dann annehmen, wenn die Zuwendung unter Berücksichtigung der materiellen und immateriellen Belange letztlich im Interesse des Zuwendenden liegt (dagegen BayObLG, Rpfleger 2003, 643, 650 f.). Die Auffassung des OLG Hamm ist jedoch dogmatisch unscharf und zu Recht vereinzelt geblieben, denn die Frage, ob die Schenkung sittlich geboten ist, muss auch aus Sicht des Leistungsempfängers und darf nicht allein aus Sicht des Schenkers beantwortet werden. Es besteht keine sittliche Pflicht, wirtschaftlich vernünftige Geschäfte vorzunehmen – auch nicht etwa zum Steuern sparen (BayObLG, NJW-RR 1997, 452).

Offenbar wird die Unhaltbarkeit der Begründung des LG Traunstein, wo es ausführt, es entspreche „der Üblichkeit und der Sitte“, dass der designierte Hoferbe die Landwirtschaft noch zu Lebzeiten der Eltern gegen Versorgungsleistungen übernehme. Denn hier wird das Wort „Sitte“ nicht im Sinne eines moralischen Anspruchs, sondern im Sinne von „Übung“ verwendet. § 1804 Satz 2 BGB meint aber die moralische Wertung und spricht deshalb auch nicht von „Sitte“, sondern von „sittlicher Pflicht“.

Dass das Landgericht auf § 1908 BGB gar nicht eingeht, lässt vermuten, dass diese Vorschrift übersehen wurde.

Das OLG Stuttgart schlägt demgegenüber den richtigen Weg ein, um Vermögensübertragungen im Rahmen vorweggenommener Erbfolge zur Wirksamkeit zu verhelfen. Es legt den Begriff der „angemessenen Ausstattung“ in §§ 1624, 1908 BGB großzügig aus. Dass Ausstattungen keine – verbotenen – Schenkungen i. S. d. § 1804 BGB sind, ergibt sich aus dem Gesetz selbst (§ 1908 BGB). Der Wortlaut des Gesetzes wird nicht überstrapaziert. Und der Schutz des Vermögens des Betreuten wird durch das in § 1908 BGB verankerte Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ausreichend gewahrt.

Zu Recht beurteilt das OLG den Begriff der Angemessenheit einer Ausstattung gemäß § 1624 BGB nicht alleine danach, was den Eltern nach Zuwendung der Ausstattung zur Lebensführung noch verbleibt (so etwa RGZ 141, 358, 359 f., ebenso

noch OLG Stuttgart, BWNotZ 1997, 147 ff. m. Anm. Ziegler, siehe auch BayObLG, Rpfleger 2003, 649, 650; Palandt/Diederichsen, BGB, 64. Aufl., § 1604 BGB Rdnr. 3). Vielmehr stellt das Gericht bei Übergaben im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zutreffend auch darauf ab, ob die dem Betreuten anlässlich der Übergabe zugewendeten Leistungen und vorbehaltenen Rechte dessen Versorgung auf absehbare Zeit im erforderlichen Umfang sichern. Denn die Angemessenheit beurteilt sich in erster Linie aus dem Blickwinkel des Zuwendenden und macht seine Vermögenssituation vor und nach der Zuwendung zum Maßstab.

Das schafft erheblichen Gestaltungsspielraum zur Vornahme von Übertragungen durch den Betreuten. Durch Schaffung eines Bündels von Rechten und Rechtspositionen für den Übergeber kann eine Vermögensübertragung aus dem Bereich der verbotenen Schenkungen gemäß § 1804 BGB in den Bereich der (wenn auch genehmigungsbedürftigen, aber zulässigen) Ausstattungen gemäß § 1908 BGB gezogen werden. Dies gilt nicht nur für die klassischen Übergaberechte wie Wohnungsrecht oder Wart und Pflege. Das OLG honoriert auch, dass Zwangsvollstreckungsunterwerfungen aufgenommen und die Rechte des Übergebers grundbuchlich gesichert werden. Großzügig handhabt das Gericht zudem Leistungen an weichende Erben, soweit sie in wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem Übergabevertrag stehen. So kann nunmehr auch die Übertragung des im Wesentlichen ganzen Vermögens des Betreuten als angemessene Ausstattung vom Betreuer vorgenommen werden, wenn dabei die Interessen des Betreuten an einer den Vermögensverhältnissen entsprechenden und möglichst umfassenden Versorgung gewahrt werden.

Dabei argumentiert das OLG zunächst richtig, dass es für die Frage, ob eine genehmigungsfähige angemessene Ausstattung vorliegt, nicht darauf ankommt, ob es sich um eine vorweggenommene Erbfolge handelt. Die Angemessenheit der Ausstattung bestimmt sich auch nicht danach, ob die vorbehaltenen Rechte und Gegenleistungen des Erwerbers hinter dem Wert der Zuwendung zurückbleiben, sondern ob sie „hinter den absehbaren Bedürfnissen des Übergebers“ zurückbleiben (Ziff. II 2 c) der Entscheidungsgründe).

Verfehlt ist jedoch, dass das OLG dann darauf abstellt, dass Leistungen und Gegenleistungen ausgewogen sein müssen, damit ein vollentgeltliches Geschäft und damit keine (auch nicht gemischte) verbotene Schenkung gemäß § 1804 BGB vorliegt (Ziff. II 2 d) der Entscheidungsgründe). Eine angemessene Ausstattung liegt nicht nur dann vor, wenn sich Leistung und Gegenleistung wertmäßig voll entsprechen, sondern es genügt, wenn die Leistungen und Rechte, die der Übergeber erhält, seine Altersversorgung entsprechend den konkreten Vermögensverhältnissen möglichst umfassend absichern. Dies kann, muss aber nicht, zu einer Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung führen. Keine Ausstattung liegt allerdings nach Auffassung des BayObLG (Rpfleger 2003, 649 ff.) vor, wenn die Übertragung lediglich dazu dient, der Familie des Betreuten das von diesem ererbte Anwesen zu erhalten.

Ausstattungen sind unentgeltliche Zuwendungen (*Bamberger/Roth/Müller*, BGB, 2003, § 1908 i BGB Rdnr. 6), aber eben keine Schenkungen, sondern haben eine familienrechtliche causa sui generis (*Sailer*, NotBZ 2002, 81; *Kerscher*, ZEV 1997, 354). Auch der Vorbehalt von Rechten durch den Übergeber und die Gewährung von Gegenleistungen nimmt der Ausstattung regelmäßig nicht ihren Charakter als (gemischte) unentgeltliche Zuwendung. Während allerdings eine Schenkung den Zweck hat, ohne Gegenleistung das Vermögen des Beschenkten zu mehren, erfolgt die Ausstattung mit Rücksicht auf die Verheiratung oder auf die Erlangung einer

selbständigen Lebensstellung oder dient zur Begründung oder zur Erhaltung der persönlichen und der erwerbswirtschaftlichen Stellung. Eine sittliche Pflicht zur Leistung von Ausstattung, von der *Kerscher* (ZEV 1997, 354, 355) ausgeht, wird es nicht geben, auch nicht nach Beseitigung des Aussteueranspruchs nach §§ 1620–1623 a BGB durch das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 (vgl. *Staudinger/Coester*, § 1624 BGB Rdnr. 4), da sie dann regelmäßig Pflichtschenkungen gemäß § 1804 Satz 2 BGB wären und § 1908 BGB unsinnig.

Unentgeltlich heißt also nicht notwendig schenkweise. Das gilt nicht nur bei der Unterscheidung zwischen Schenkung und Ausstattung, sondern etwa auch bei der rechtlichen Qualifikation ehebedingter Zuwendungen (vgl. *Jäger*, DNotZ 1991, 431; *Tiedtke*, JZ 1992, 334). Denn auch dort liegt der vorrangige Zweck nicht in der Vermehrung des Vermögens des anderen Ehegatten, sondern die Zuwendung erfolgt im Hinblick auf die eheliche Lebensführung der Ehegatten und von ihnen geleisteten Beiträge zum Unterhalt der Familie, ohne dass eine Gegenleistung versprochen oder erbracht wird (z. B. BGH, NJW 1988, 962, 964; 1990, 386, 387; instruktiv insofern OLG Frankfurt, FamRZ 1986, 576; ähnlich BayObLGZ 1996, 118).

Fadenscheinig ist der Versuch von *Holzhauser* (FamRZ 2000, 1066), den Anwendungsbereich des § 1908 BGB kleinzureden, um dann zu einer Lockerung des Schenkungsverbots über § 1908 i Abs. 2 Satz 1 BGB zu gelangen, die allerdings den Wortlaut des Gesetzes verlässt und deshalb mit einer verfassungsrechtlichen Hilfsargumentation gerettet werden soll: § 1908 BGB braucht das Schenkungsverbot nicht zu überwinden. Für angemessene Ausstattungen gilt es gerade nicht. Und auch sonst ist die Argumentation von *Holzhauser* begrifflich unscharf, da er die Bedeutungen von „unentgeltlich“ und „schenkweise“ vermischt.

Der Beschluss des OLG Stuttgart weist den richtigen Weg. Die Entscheidung kann jedoch nicht die Unsicherheit beseitigen, dass trotz vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung die Grenze zur unangemessenen Ausstattung überschritten wird und damit eine verbotene Schenkung vorliegt. Da diese Einzelfallbeurteilung verbindlich letztlich erst vor Gericht geklärt werden kann, ist eine vorsichtige Vertragsgestaltung geboten. Auch droht dann vielfach Gesamtnichtigkeit: Die Bestimmung des § 1624 Abs. 1 BGB unterwirft zwar unangemessene Ausstattungen nur „insoweit“ dem Schenkungsrecht (und damit dem Schenkungsverbot), als sie nach den Umständen des Einzelfalls überhöht sind (vgl. *Bamberger/Roth/Enders*, § 1624 BGB Rdnr. 5; *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 82). Da aber Übertragungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge regelmäßig unteilbare Leistungen des Veräußerers betreffen und weitere Gegenleistungen zur Herstellung der Angemessenheit nicht konstruiert werden können, wird das Überschreiten der Angemessenheitsgrenze regelmäßig über § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit führen.

Nach wie vor gilt, dass es wünschenswert wäre, diese gefährliche Gratwanderung für den Betreuer dadurch de lege ferenda zu beseitigen, dass unentgeltliche Zuwendungen, die über Pflicht- und Anstandsschenkungen hinausgehen, allgemein vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden können (vgl. *Böhmer*, MittBayNot 1996, 405, 410). Bis dahin bleibt nur, den Beteiligten im Vorfeld die Erteilung einer Vorsorgevollmacht vorzuschlagen; hier stellt sich das Problem einer unzulässigen Schenkung regelmäßig erst an der Grenze zum Vollmachtsmissbrauch.

Notar Dr. *Martin Böhmer*, LL. M. (Berkeley), Schwabach

7. BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 4, 5 (*Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Überlassung an Minderjährigen mit Rückforderungsvorbehalt*)

Ein bereicherungsrechtlich ausgestaltetes Rückforderungsrecht anlässlich der Überlassung eines Grundstücks an einen Minderjährigen führt nicht dazu, dass der Vertrag nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB genehmigungsbedürftig wird. (Leitsatz des Einsenders)

LG München II, Beschluss vom 15.11.2004, 6 T 5313/04; eingesandt von Notar Dr. *Gerhard Brandmüller*, Fürstenfeldbruck

Aus den Gründen:

I.

Mit notariellem Überlassungsvertrag überließ die als „Veräußerer“ bezeichnete Beteiligte zu 1) der Beteiligten zu 2), ihrer Tochter, Grundbesitz zum Alleineigentum.

In Ziffer III. 4 des notariellen Vertrages ist das Rückforderungsrecht wie folgt geregelt: „Der Veräußerer behält sich vor, den Vertragsgegenstand vom Erwerber zurückzufordern, wenn einer der nachstehend aufgeführten Umstände zu seinen Lebzeiten eintritt:

- Der Erwerber verstößt gegen das vorstehend vereinbarte Verfügungsverbot.
- Die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung des Vertragsgegenstandes wird angeordnet.
- Über das Vermögen des Erwerbers wird das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung wird mangels Masse abgelehnt.
- Der Erwerber stirbt vor dem Veräußerer.

(...)

Der Anspruch auf Rückübertragung des Vertragsgegenstandes steht nur dem Veräußerer zu, er ist nicht übertragbar und nur vererblich, wenn er von ihm zu Lebzeiten schriftlich geltend gemacht worden ist. (...)

Ziffer III. 5 des Vertrags enthält folgende Regelung:

„(...) Nach dem Tode des Veräußerers gelten die Verfügungsbeschränkungen gegenüber dem heute miterschiedenen Ehegatten des Veräußerers und ihm steht in entsprechender Anwendung vorstehender Bestimmungen das Recht zu, Übereignung des Vertragsgegenstandes an sich zu verlangen, wenn einer der oben genannten Rückforderungsfälle eintritt.

Der Übereignungsanspruch des Ehegatten ist durch Eintragung einer Vormerkung zu sichern.“

In Ziffer IX des notariellen Vertrages waren sich die Beteiligte zu 1) und die Beteiligte zu 2), vertreten durch den Ergänzungspfleger, über den Eigentumsübergang einig und bewilligten und beantragten die Eigentumsumschreibung im Grundbuch. Der Vertragsgegenstand ist derzeit vermietet. Das Mietverhältnis ist bei Eintritt des Nießbrauchs von der Beteiligten zu 2) zu übernehmen. Die Beteiligten stellten beim Grundbuchamt Antrag auf endgültigen Vollzug im Grundbuch und Übersendung einer beglaubigten Abschrift des notariellen Überlassungsvertrages. Das Grundbuchamt wies darauf hin, dass der beantragten Eintragung die fehlende vormundschaftsgerichtliche Genehmigung entgegenstehe. Für die hier von der Beteiligten zu 2) im notariellen Vertrag eingegangene Rückübertragungsverpflichtung des Grundbesitzes sei im Gesetz eine Genehmigungspflicht des Vormundschaftsgerichts nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB vorgesehen. Gegen diese Zwischenverfügung legten die Beteiligten Beschwerde ein, der das Erstgericht nicht abhalf. Das Grundbuchamt wies ergänz-

zend darauf hin, dass wegen der derzeitigen Vermietung des Grundbesitzes auch die Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 5 BGB erforderlich sei.

II.

Die zulässigen Beschwerden der Beteiligten gegen die amtsgerichtliche Zwischenverfügung sind sachlich begründet. Denn dem grundbuchamtlichen Vollzug der notariellen Urkunde stehen die vom Erstgericht beanstandeten Hindernisse i. S. des § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO nicht entgegen. Der grundbuchamtliche Vollzug bedarf einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung weder nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB noch nach § 1822 Nr. 5 BGB.

Im Einzelnen ist hierzu Folgendes auszuführen:

1. Keine Genehmigungspflicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB

Die Bestimmungen der Nrn. 1–4 des § 1821 Abs. 1 BGB schützen nur das Grundvermögen, das dem Minderjährigen bereits gehört. Sie finden daher keine Anwendungen auf Belastungen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks stattfinden (BGH, MittBayNot 1998, 105). Daher begründet die im notariellen Vertrag erfolgte Vereinbarung eines lediglich bereicherungsrechtlich ausgestalteten Rückforderungsrechts im Rahmen einer Grundstücksüberlassung keine Genehmigungsbedürftigkeit des Vormundschaftsgerichts, wenn sichergestellt ist, dass im Rahmen der Rückforderung der Minderjährige nichts aus seinem eigenen Vermögen aufwenden muss (OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 291).

Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich die Rückübernahmungsverpflichtung des Beschenkten nicht auf die bereicherungsrechtliche Rückübertragung i. S. der §§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1, 818 BGB beschränkt und der Beschenkte im notariellen Überlassungsvertrag zur selbständigen Rückübertragung verpflichtet ist mit der Folge, dass er für die Rückübertragung nach dem Recht der Leistungsstörung haftet (BayObLG, RPflegler 1974, 309). Nur im letzteren Fall handelt es sich um die „Eingehung einer Verpflichtung“ i. S. von § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB, die der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Im vorliegenden Verfahren ist in der notariellen Urkunde ausdrücklich bestimmt, dass sich die Rückabwicklung im Falle der Rückforderung ausschließlich nach Bereicherungsrecht richtet mit der Folge, dass die Beteiligte zu 2) höchstens die geschenkte Immobilie zurückgeben muss. Die Rückübernahmungsverpflichtung ist daher nicht genehmigungspflichtig (*Palandt/Diederichsen*, § 1821 Rdnr. 19).

2. Keine Genehmigungspflicht des Vormundschaftsgerichts nach § 1822 Nr. 5 BGB

Der Ergänzungspfleger bedarf nach den Bestimmungen der §§ 1915 Abs. 1, 1822 Nr. 5 BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Mietvertrag, durch den das minderjährige Kind zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, wenn das Vertragsverhältnis länger als ein Jahr nach dem Eintritt der Volljährigkeit des minderjährigen Kindes fortauern soll. Die Bestimmung des § 1822 Nr. 5 BGB gilt nur für die rechtsgeschäftliche Begründung eines Mietverhältnisses. § 1822 Nr. 5 BGB gilt daher nicht, wenn das Mündel ein bereits vermietetes Grundstück erwirbt und lediglich kraft Gesetzes in diesen bestehenden Mietvertrag eintritt (BGH, NJW 1983, 1780). Letztgenannte Konstellation ist auch im vorliegenden Verfahren gegeben, weil der verfahrensgegenständliche Grundbesitz bei Abschluss des notariellen Überlassungsvertrages bereits vermietet gewesen ist.

8. BGB § 2229 Abs. 4, BeurkG § 28 (*Zur Frage der Testierfähigkeit bei paranoiden Wahnvorstellungen*)

1. Zur Beurteilung der Frage der Testierfähigkeit bei paranoiden Wahnvorstellungen, aufgrund derer der Erblasser davon überzeugt ist, seine Ehefrau und gemeinsame Söhne wollten ihn töten, und diese von der Erbfolge ausgeschlossen hat (Fortführung von BayObLGZ 1999, 205).

2. Zum Beweiswert der Feststellung des Urkundsnotars, er habe sich von der Testierfähigkeit des Erblassers überzeugt.

BayObLG, Beschluss vom 17.8.2004, 1Z BR 53/04

Aus den Gründen:

I.

Der Erblasser ist im Jahr 2001 im Alter von 90 Jahren verstorben. Er war seit 1939 mit der Beteiligten zu 1 verheiratet. Aus der Ehe stammen drei Söhne, die Beteiligte zu 2 bis 4. Die Beteiligte zu 5 ist eine örtliche Kirchengemeinde. Mit notariellem Testament vom 28.6.1944 haben sich die Ehegatten gegenseitig als Alleinerben eingesetzt. Am 14.8.1997 hat der Erblasser ein notarielles Testament errichtet, in dem er den Sohn des Beteiligten zu 4, ersatzweise den Beteiligten zu 4 und dessen Abkömmlinge, als Alleinerben eingesetzt hat. Weiter hat er bestimmt: „Meine Ehefrau und meine Söhne ... (= Beteiligte zu 2 und 3) schließe ich von jeglicher Erbfolge aus, soweit diese als Ersatzerben irgendwie zum Zuge kommen sollten.“

Mit notarieller Urkunde vom 26.3.1998 hat der Erblasser die im gemeinschaftlichen Testament vom 28.6.1944 enthaltenen Verfügungen widerrufen; die Urkunde wurde der Beteiligte zu 1 am 3.4.1998 zugestellt. Ebenfalls am 26.3.1998 hat der Erblasser ein notarielles Testament errichtet, mit dem er die letztwillige Verfügung vom 14.8.1997 aufgehoben und die Beteiligte zu 5, eine Kirchengemeinde, zur Alleinerbin eingesetzt hat. Weiter hat er bestimmt: „Meine Ehefrau und meine Söhne ... (= Beteiligte zu 2 und 3) schließe ich von jeglicher Erbfolge aus, soweit diese als Ersatzerben irgendwie zum Zuge kommen sollten.“

Der Erblasser befand sich 1993 und 1996 wegen Verfolgungsvorstellungen in stationärer psychiatrischer Behandlung. Durch Beschluss des Vormundschaftsgerichts vom 2.3.1999 und 20.7.1999 wurden zwei Betreuer zur Vertretung des prozessunfähigen Erblassers in mehreren Rechtsstreiten bestellt. Der psychiatrische Sachverständige hat festgestellt, der Erblasser leide an einem organischen Psychosyndrom vom Ausprägungsgrad einer organischen Wesensänderung; Erinnerungs- und Merkfähigkeit, Kritik- und Urteilsfähigkeit und die Realitätskontrolle seien erheblich beeinträchtigt, er sei nicht in der Lage, einen Prozess zu führen. Die Betreuung wurde nach Beendigung der gerichtlichen Verfahren mit Beschluss des Vormundschaftsgerichts vom 5.1.2001 aufgehoben.

Die Beteiligte zu 5 hat, gestützt auf das Testament vom 26.3.1998, die Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin beantragt. Die Beteiligte zu 1 bis 4 sind dem Antrag entgegengetreten. Sie halten die letztwilligen Verfügungen des Erblassers von 1997 und 1998 für unwirksam, weil er nicht testierfähig gewesen sei. Der Erblasser habe an einem krankhaften Verfolgungswahn gelitten und seine Familienangehörigen beschuldigt, sie wollten ihn mit Stromschlägen oder Gift umbringen. Diese Wahnvorstellungen habe er auch in seinen Tagebüchern festgehalten. Das Amtsgericht hat ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen zur Frage der Testier-

fähigkeit eingeholt. Der Sachverständige hat unter Bezugnahme auf die zu Lebzeiten des Erblassers zur Frage von dessen Prozessfähigkeit durchgeführte Untersuchung festgestellt, dass für die Zeitpunkte der Testamenterrichtungen ein altersbedingter Abbau der geistigen und seelischen Leistungsfähigkeit sowie ein organisches Psychosyndrom vorgelegen habe mit teilweise paranoider, wahnhafter Ausgestaltung und Störung der Affekt- und Impulsteuerung, unter dem es zu den berichteten Phänomenen wie den Beschuldigungen von Angehörigen und Bekannten, aber auch zu Fehlhandlungen gekommen sei. Es ließen sich jedoch keine Daten und Fakten erheben, die belegen könnten, dass der Erblasser in seiner Fähigkeit, ein Testament zu errichten, seinen Willen zu erklären, die Folgen seiner Anordnungen auf die Betroffenen abzuschätzen, soweit beeinträchtigt gewesen sei, dass er als testierunfähig beurteilt werden müsse. Insbesondere lasse sich nicht ausschließen, dass zu den Ausfertigungszeitpunkten der Testamente eine Phase besserer geistiger Leistungsfähigkeit im Sinne eines luziden Intervalls vorgelegen habe.

Das Amtsgericht hat die Erteilung eines Erbscheins angekündigt, der die Beteiligte zu 5 als Alleinerbin ausweist. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1, 2 und 4 hat das Landgericht ein weiteres Gutachten des Sachverständigen eingeholt, in dem dieser Tagebucheintragungen des Erblassers über angebliche Mordpläne und -versuche der Angehörigen in die Begutachtung einbeziehen sollte. In seinem Gutachten hat der Sachverständige dargelegt, dass die vorgelegten persönlichen Aufzeichnungen des Erblassers dessen psychische Beeinträchtigung, ein organisches Psychosyndrom mit paranoider Symptomatik, belegten; jedoch nicht widerlegen könnten, dass der Erblasser zu der Vorstellung fähig gewesen sei, ein Testament errichten zu wollen und dessen Inhalt zu bestimmen.

Das Landgericht hat die Beschwerden zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beteiligte zu 1 mit der weiteren Beschwerde.

II.

Das Rechtsmittel ist zulässig und auch begründet. Es führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, der Erblasser sei bei Errichtung des Testaments vom 26.3.1998 testierfähig gewesen. Dies ergebe sich sowohl aus der notariellen Urkunde über den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments als auch aus dem Testament vom 26.3.1998 selbst. In beiden Urkunden sei festgehalten, dass sich der beurkundende Notar von der Geschäfts- und Testierfähigkeit des Erblassers überzeugt habe. Auch in der Urkunde vom 14.8.1997 sei festgehalten, dass aufgrund der vom beurkundenden Notar geführten Verhandlungen mit dem Erblasser keine Zweifel an dessen Geschäfts- und Testierfähigkeit bestünden. Schließlich komme hinzu, dass auch der Sachverständige in seinem nervenärztlichen Gutachten zu dem Ergebnis gekommen sei, dass eine Testierunfähigkeit nicht belegt und erst recht nicht bewiesen werden könne. Der Gutachter sei auch in seiner weiteren Stellungnahme unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens und der Eintragungen des Erblassers im Tagebuch bei dieser Einschätzung geblieben. Die Kammer sei deshalb von der Testierfähigkeit des Erblassers überzeugt. Im Übrigen bilde die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme, so dass ein Erblasser bis zum Beweis des Gegenteils als testierfähig anzusehen sei. Die auf Veranlassung der Beschwerdeführer durchgeführten Untersuchungen hätten jedoch nicht einmal Zweifel seitens des Gerichts in Bezug auf die Testierfähigkeit ergeben.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO) nicht stand. Das Landgericht hat wie schon das Amtsgericht die Testierfähigkeit des Erblassers hinsichtlich der dem Vorbescheid zugrunde liegenden Verfügung vom 26.3.1998 bejaht. Die Frage, ob die Voraussetzungen der Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB gegeben sind, ist im Wesentlichen tatsächlicher Natur. Das Rechtsbeschwerdegericht hat die Feststellung des Landgerichts, der Erblasser sei bei Errichtung des Testaments testierfähig gewesen, daraufhin zu überprüfen, ob das Landgericht Verfahrensvorschriften verletzt, den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG, § 2358 BGB), bei der Erörterung des Beweisstoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln, Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat, ferner ob die Beweisanforderungen vernachlässigt oder überspannt worden sind (BayObLGZ 1995, 383, 388; BayObLG, FamRZ 1999, 819).

Solche Fehler liegen vor. Die Entscheidung des Landgerichts gibt ebenso wie der Beschluss des Amtsgerichts und die Gutachten des Sachverständigen zu Zweifeln Anlass, ob ein zutreffender Begriff der Testierfähigkeit zugrunde gelegt wurde; jedenfalls fehlt es an der hinreichenden Berücksichtigung konkreter, für die Beurteilung der Testierfähigkeit wesentlicher Umstände.

a) Nach § 2229 Abs. 4 BGB kann ein Testament nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Testierunfähig ist derjenige, dessen Erwägungen und Willensentschlüsse nicht mehr auf einer dem allgemeinen Verkehrsverständnis entsprechenden Würdigung der Außenstände und der Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden oder krankhafte Vorstellungen und Gedanken derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, vielmehr von diesen krankhaften Einwirkungen beherrscht werden. Diese Unfreiheit der Erwägungen und der Willensbildung braucht nicht darin zutage zu treten, dass der Erblasser sich keine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dessen Inhalt oder von der Tragweite seiner letzten Anordnungen, insbesondere von ihrer Auswirkung auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen zu machen vermag; sie kann sich vielmehr darauf beschränken, die Motive für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung – hier bezogen auf die konkret betroffenen Personen, nämlich die nächsten Angehörigen des Erblassers – entscheidend zu beeinflussen. Testierunfähig ist daher auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen die sittliche Berechtigung seiner letztwilligen Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von Wahndeeen nicht gestörtes Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln (st. Rspr.; vgl. BGH, FamRZ 1958, 127, 128; BayObLGZ 1962, 219, 223 f.; 1999, 205, 210; aus psychiatrischer Sicht vgl. *Cording*, Die Begutachtung der Testier(un)fähigkeit in: Fortschritte der Neurologie und Psychiatrie 2004, 147–159). Dabei geht es nicht darum, den Inhalt der letztwilligen Verfügung auf seine Angemessenheit zu beurteilen, sondern nur darum, ob sie frei von krankheitsbedingten Störungen gefasst werden konnte (BayObLGZ 1999, 205, 210 f.).

b) Der Sachverständige und ihm folgend die Vorinstanzen haben entscheidend darauf abgestellt, dass der Erblasser „zu der Vorstellung fähig war, ein Testament errichten zu wollen und dessen Inhalt zu bestimmen“. Sie haben sich jedoch nicht

damit auseinander gesetzt, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der Testamente von der paranoiden Wahnvorstellung beherrscht war, seine Ehefrau und seine Söhne trachteten ihm nach dem Leben. Andererseits ist wesentlicher Inhalt der letztwilligen Verfügung vom 26.3.1998, dass die Ehefrau und zwei Söhne ausdrücklich von jeder Erbfolge ausgeschlossen werden. Insbesondere Wahnvorstellungen, die sich auf nächste Angehörige und als (testamentarische oder gesetzliche) Erben in Betracht kommende Personen beziehen, sind geeignet, das freie Urteil darüber unmöglich zu machen, ob die Enterbung dieser und die Einsetzung anderer Personen als Erben gerechtfertigt ist (BayObLGZ 1962, 219, 224; BayObLGZ 1999, 205, 211).

aa) Das von der Beteiligten zu 1 vorgelegte Tagebuch des Erblassers, das den Zeitraum vom 1.1.1996 bis 9.2.1997 umfasst, enthält über den gesamten Zeitraum hinweg zahlreiche Eintragungen zu den nach der Vorstellung des Erblassers stattfindenden Mordplänen und Mordversuchen der Angehörigen. So findet sich zum Beispiel unter dem 17.1.1996 der Eintrag: „Überfall von Mutter und Sohn September 1992–22. zum 23. September 2 Uhr von 2 Uhr früh bis 6 Uhr war ich bei den Toten. Der Arzt, der ja der Hauptschuldige ist hat Mutter u. Sohn das Giftgas geliefert“. Unter dem 19.1.1996 äußert er dieselben Gedanken, unter dem 29.1.1996 bezeichnet er Frau und Sohn als Mörder, unter dem 31.1.1996 den Arzt als Giftmischer, von dem seine Ehefrau das Gift zur Verwendung durch den Sohn beschafft habe. Unter dem 6.2.1996 stellt er fest, seine Frau habe Geld abgehoben „für beide Mörder zur Verpflegung“. Ähnliche Eintragungen über die Familienangehörigen finden sich an einer Vielzahl von Stellen.

Der Sachverständige hat diese Tagebucheintragungen als zusätzlichen Beleg für das diagnostizierte organische Psychosyndrom mit paranoider Symptomatik angesehen. Er hat weiter ausgeführt, die zur Verfügung stehenden Unterlagen zeigten im nervenärztlichen Befund ein widerspruchsfreies Bild in der Entwicklung, so dass von der Vernehmung von Zeugen allenfalls marginale Ergänzungen zu erwarten seien. Zusammenfassend stellt der Sachverständige fest, der Erblasser habe bei Abfassung der Testamente an einem organischen Psychosyndrom vom Ausprägungsgrad einer Wesensänderung mit der Begleitsymptomatik eines paranoiden Syndroms gelitten.

bb) Das Landgericht hat ebenso wie das Amtsgericht erkannt, dass die Feststellungen des Sachverständigen zu der geistigen Erkrankung des Erblassers und insbesondere den paranoiden Wahnvorstellungen bezüglich der Angehörigen ernsthafte Zweifel an der Testierfähigkeit gerade bei Errichtung der letztwilligen Verfügungen vom 26.3.1998 nahe legen, mit der Ehefrau und Söhne von jeder Erbfolge ausgeschlossen wurden. Der Erblasser war ersichtlich aufgrund der krankhaften Wahnvorstellungen davon überzeugt, dass seine Ehefrau im Zusammenwirken mit dem Sohn ihm nach dem Leben trachte und bereits zur Ausführung ihrer Mordpläne bei einem im Ort praktizierenden Arzt Giftgas beschafft habe, mit dem ihn sein Sohn angegriffen habe. Nach den Darlegungen des Sachverständigen bestand dieses paranoide Syndrom auch zum Zeitpunkt der Abfassung der Testamente von 1997 und 1998. Wenn der Erblasser jedoch wahnhaft überzeugt war, seine Ehefrau und seine Söhne wollten ihn umbringen, drängt es sich auf, dass er aufgrund dieser wahnhaften Vorstellung auch nicht in der Lage war, sich ein klares Urteil über die für und gegen die sittliche Berechtigung seiner letztwilligen Verfügung sprechenden Gründe zu bilden. Vielmehr liegt es nahe, dass er diese Personen gerade deshalb enterbt hat, weil er von der wahnhaften Vorstellung beherrscht war, sie

trachteten ihm nach dem Leben. Mit dieser für die Beurteilung der Testierfähigkeit im konkreten Fall entscheidenden Frage setzt sich der Sachverständige nicht auseinander. Wenn dem Erblasser ein von Wahnvorstellungen freies Urteil über die Enterbung seiner Angehörigen unmöglich war, kann die Testierfähigkeit nicht mit der Begründung bejaht werden, er habe den Inhalt eines Testaments als solches und die darin enthaltene Erbeinsetzung der Beteiligten zu 5 zu erfassen vermocht (vgl. BayObLGZ 1999, 205, 211).

c) Rechtsfehlerhaft ist ferner die Auffassung des Landgerichts, es könne schon deshalb von Testierfähigkeit ausgehen, weil die beurkundenden Notare jeweils in der Urkunde festgehalten haben, sie seien aufgrund der Verhandlung mit dem Erblasser von dessen Testierfähigkeit überzeugt. Zwar kann bei einem ordnungsgemäß errichteten öffentlichen Testament in dem nach § 28 BeurkG vorgesehenen Vermerk des Notars über seine Wahrnehmungen bezüglich der Testierfähigkeit ein Indiz liegen (vgl. OLG Hamm, FGPrax 1997, 68, 69; *Staudinger/Baumann*, BGB, 13. Aufl., § 2229 Rdnr. 47). Eine solche Feststellung des Urkundsnotars ist jedoch nicht geeignet, schon gar nicht ohne eine Beweiserhebung über ihr Zustandekommen, aufgrund konkreter Umstände begründete Zweifel an der Testierfähigkeit zu entkräften, zumal wenn – wie hier – eine psychische Erkrankung des Erblassers bereits durch den Sachverständigen festgestellt ist. Auch wenn der Erblasser anlässlich der Beurkundung seiner letztwilligen Verfügungen keine Wahnvorstellungen geäußert haben sollte, rechtfertigt das nicht den Schluss, dass sie nicht vorhanden waren.

3. Die Entscheidungen der Vorinstanzen können deshalb keinen Bestand haben. Der Senat kann nicht selbst entscheiden, da die Frage der Testierfähigkeit nicht hinreichend geklärt und weitere Aufklärung möglich und notwendig ist. Er verweist die Sache zu erneuter Behandlung und Entscheidung an das Nachlassgericht zurück.

9. BGB §§ 1943, 1944, 1945, 1953, 2197 (*Keine Annahme einer Erbschaft durch Auskunftsklage*)

1. **Keine Annahme der Erbschaft durch schlüssiges Verhalten im Falle einer Auskunftsklage gegen den Testamentsvollstrecker. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Grundsätzlich keine Ernennung des Alleinerben zum alleinigen Testamentsvollstrecker.**

BayObLG, Beschluss vom 8.9.2004, 1Z BR 59/04

Die am 28.9.2002 im Alter von 56 Jahren verstorbene Erblasserin war geschieden. Die in New York/USA lebende Beteiligte zu 1 ist ihr einziges Kind. Der Beteiligte zu 2 war der Lebensgefährte der Erblasserin. Mit notariellem Testament vom 25.7.2001 hat die Erblasserin die Beteiligte zu 1 zur Alleinerbin eingesetzt. Dem Beteiligten zu 2 hat die Erblasserin in diesem Testament vermächtnisweise auf Lebenszeit den Nießbrauch an den gesamten zum Nachlass gehörenden Immobilien sowie ihr gesamtes Bargeld, Bankguthaben, Wertpapiere, ihr gesamtes bewegliches Vermögen sowie alle sonstigen Versicherungen und Rechte, soweit es sich nicht um Immobilienvermögen handelt, zugewandt. Außerdem hat die Erblasserin Testamentsvollstreckung angeordnet und den Beteiligten zu 2 zum Testamentsvollstrecker ernannt. Für den Fall, dass die Beteiligte zu 1 ausschlagen und ihren Pflichtteil verlangen sollte, setzte die Erblasserin den Beteiligten zu 2 zum Ersatzerben ein.

Das Testament vom 25.7.2001 wurde vom Nachlassgericht eröffnet. Da das Nachlassgericht von der Ladung Beteiligter abgesehen hatte, war zur Eröffnung niemand erschienen. Mit Verfügung vom 6.12.2002,

ausgeführt am 3.1.2003, übersandte das Nachlassgericht eine beglaubigte Kopie des Testaments und der Eröffnungsniederschrift an die Beteiligte zu 1. Diese Unterlagen gingen der Beteiligten zu 1 am 21.1.2003 an ihrem Wohnsitz in New York/USA zu. Am 23.1.2003 sprach die Beteiligte zu 1 bei dem Generalkonsulat der Bundesrepublik Deutschland in New York vor und erklärte, Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ernennung der Person des Testamentsvollstreckers geltend machen zu wollen. Der Beteiligte zu 2 beantragte am 28.1.2003 bei dem Nachlassgericht, gestützt auf das Testament vom 25.7.2001, die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Die Beteiligte zu 1 ist dem entgegengetreten. Sie trug mit Schriftsatz vom 26.3.2003 vor, der Beteiligte zu 2 gefährde ihre Vermögensinteressen, da er sich weigere, seiner Verpflichtung zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses nachzukommen. Sie erwäge, die Erbschaft auszuschlagen und ihren Pflichtteilsanspruch geltend zu machen; Voraussetzung hierfür sei jedoch eine umfassende und genaue Information über den Nachlass.

Die Beteiligte zu 1 reichte am 25.6.2003 gegen den Beteiligten zu 2 Klage ein mit dem Antrag, ihr auf der Grundlage des § 2215 BGB umfassend Auskunft über den Nachlass der Erblasserin zu erteilen. Am 15.7.2003 erklärte die Beteiligte zu 1 beim Generalkonsulat der Bundesrepublik Deutschland in New York in öffentlich beglaubigter Form die Ausschlagung der Erbschaft. Die von dem Generalkonsulat an das Nachlassgericht übersandte Ausschlagungserklärung ist dort am 21.7.2003 eingegangen.

Im Hinblick darauf, dass in dem wegen des Auskunftsverlangens durch die Beteiligte zu 1 anhängigen Rechtsstreits die Rechtsansicht geäußert worden war, spätestens mit der Erhebung der Auskunfts-klage sei eine konkludente Annahme der Erbschaft durch die Beteiligte zu 1 erfolgt, erklärte die Beteiligte zu 1 mit Schreiben vom 9.10.2003, bei dem Nachlassgericht eingegangen am 22.10.2003, die Anfechtung einer eventuellen Erbschaftsannahme.

Mit Schriftsatz vom 12.1.2004 beantragte der Beteiligte zu 2 als Testamentsvollstrecker die Erteilung eines Erbscheins, demzufolge die Erblasserin von der Beteiligten zu 1 allein beerbt worden ist. Das Nachlassgericht erteilte mit Beschluss vom 21.2.2004 einen Vorbescheid, in dem es die Erteilung eines Erbscheins und eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gemäß den Anträgen des Beteiligten zu 2 vom 28.1.2003 und 12.1.2004 ankündigte. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht mit Beschluss den Beschluss des Nachlassgerichts aufgehoben und die Sache zur weiteren Sachbehandlung an das Nachlassgericht zurückverwiesen. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beteiligte zu 2 mit seiner weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, die Beteiligte zu 1 habe form- und fristgerecht die Ausschlagung der Erbschaft erklärt. § 1943 BGB stehe der Wirksamkeit der Ausschlagung der Erbschaft nicht entgegen, da in der Erhebung der auf § 2215 BGB gestützten Klage keine konkludente Annahme der Erbschaft zu sehen sei. Zwar könne die Annahme durch schlüssiges Verhalten erfolgen, wenn dadurch gegenüber Dritten objektiv eindeutig zum Ausdruck gebracht werde, Erbe zu sein und die Erbschaft behalten zu wollen. Die Beteiligte zu 1 habe aber mit Schriftsatz vom 26.3.2003 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass der Anspruch auf Erstellung eines Nachlassverzeichnisses deshalb geltend gemacht werde, weil sie erwäge, die Erbschaft auszuschlagen und ihren Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Da der Schriftsatz vom 26.3.2003 auch dem Beteiligten zu 2 zur Kenntnis gebracht worden sei, habe diesem klar sein müssen, dass in der nachfolgenden Erhebung der Auskunfts-klage nicht die Erklärung der Beteiligten zu 1 gelegen habe, sie betrachte sich endgültig als Erbin. Aber selbst dann, wenn in der Klageerhebung eine konkludente Annahme der Erbschaft zu erblicken sein sollte, sei diese Erbschaftsannahme von der Be-

teiligten zu 2 wirksam angefochten worden. Nach alledem habe die Beteiligte zu 1 die Erbschaft wirksam ausgeschlagen mit der Folge, dass der in dem notariellen Testament zum Ersatzerben eingesetzte Beteiligte zu 2 nun Alleinerbe sei. Als solcher könne er nicht Testamentsvollstrecker sein, da kein Fall des § 2223 BGB vorliege.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Das Landgericht hat seiner Entscheidung zutreffend zugrunde gelegt, dass der Anfall der Erbschaft an die Beteiligte zu 1 infolge wirksamer Ausschlagung der Erbschaft als nicht erfolgt gilt (§ 1953 Abs. 1 BGB).

aa) Die Beteiligte zu 1 hat die Ausschlagung formgerecht (§§ 1945, 129 BGB i. V. m. § 40 BeurkG, § 10 Abs. 1 und 2 KonsularG) erklärt.

Die Ausschlagungsfrist, die für die Beteiligte zu 1 mit Wohnsitz und Aufenthalt im Ausland sechs Monate beträgt (§ 1944 Abs. 3 BGB), ist gewahrt. Gemäß § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB beginnt die Ausschlagungsfrist grundsätzlich mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft und von dem Grunde der Berufung zur Erbfolge Kenntnis erlangt. Bei Erbfolge aufgrund Verfügung von Todes wegen beginnt die Ausschlagungsfrist gemäß § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB jedoch nicht vor der Verkündung der Verfügung, so dass es für den Fristbeginn ohne Bedeutung ist, ob die Beteiligte zu 1 zuvor auf andere Weise von dem Erbfall und dem Testament Kenntnis erlangt hatte. Als Verkündung einer Verfügung von Todes wegen im Sinne des § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB reicht die schlichte Eröffnung gemäß § 2260 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB, wenn der Erbe zu ihr nicht geladen wird, nicht aus (vgl. BGHZ 112, 229, 234 ff.). Der Zweck der Verkündung im Sinne von § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB besteht darin, den Inhalt des Testaments den Beteiligten und insbesondere dem zur Erbfolge berufenen Erben in dessen Interesse amtlich kund zu machen. Diese Unterrichtungsfunktion kann ein bloßer Formalakt „Eröffnung“ (Eröffnungsprotokoll, Vermerk auf dem Testament), wenn der Erbe zu ihm nicht hinzugezogen wird, für sich allein nicht erfüllen. Hinzukommen muss vielmehr, dass der Erbe von der Eröffnung des Testaments Kenntnis erlangt. Eine derartige Kenntnis ist unverzichtbar, weil es sich bei der in § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB an die Verkündung geknüpften Rechtsfolge um einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung des Erben handelt, der ohne dessen Kenntnis kaum gerechtfertigt erschiene (BGHZ 112, 229, 236). Dementsprechend hat die Ausschlagungsfrist erst mit dem Zugang der vom Nachlassgericht übersandten Kopie des Testaments und der Eröffnungsniederschrift an die Beteiligte zu 1 am 21.1.2003 zu laufen begonnen, so dass die Beteiligte zu 1 die Ausschlagung am 21.7.2003 rechtzeitig erklärt hat.

bb) Der Wirksamkeit der Ausschlagung steht hier nicht entgegen, dass gemäß § 1943 BGB die Ausschlagung der Erbschaft nach deren Annahme durch den Erben nicht mehr möglich ist. Zu Recht hat das Landgericht nämlich in der Erhebung der Auskunfts-klage gegen den Beteiligten zu 2 keine Annahme der Erbschaft durch schlüssiges Verhalten gesehen.

Die Annahme der Erbschaft ist – anders als die Ausschlagung und die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung – an keine Form gebunden und nicht empfangsbedürftig; sie kann stillschweigend auch durch ein Verhalten erklärt werden, das gegenüber Dritten objektiv eindeutig zum Ausdruck bringt, Erbe zu sein und die Erbschaft behalten zu wollen (Bay-ObLGZ 1983, 153, 159; Palandt/Edenhofer, § 1943 Rdnr. 2; Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1943 Rdnr. 2, 4 und 5; Stau-

dingler/Otte, § 1943 Rdnr. 7 ff.; MünchKommBGB/*Leipold*, § 1943 Rdnr. 4 f.).

Wenn hier das Landgericht in der von der Beteiligten zu 1 erhobenen Auskunftsklage keine objektive Annahmeerklärung erblickt hat, so ist dies eine dem Tatsachengericht vorbehalten Würdigung der festgestellten Tatsachen. Diese tatsächliche Würdigung des Verhaltens der Beteiligten zu 1 kann im Verfahren der weiteren Beschwerde nur dahin nachgeprüft werden, ob das Tatsachengericht den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht, bei der Erörterung des Beweistoffs alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln, Denkgesetze oder feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat, ferner, ob Beweisforderungen vernachlässigt oder überspannt worden sind (BayObLGZ 1983, 153, 159; BayObLG, FamRZ 1999, 1172, 1173). Solche Rechtsfehler lässt die angefochtene Entscheidung nicht erkennen.

Ob eine schlüssige Erklärung der Annahme vorliegt, muss bei Wertung aller Umstände des Einzelfalls anhand des Verhaltens des möglichen Erben ermittelt werden. Das Landgericht hat zutreffend hervorgehoben, dass die Beteiligte zu 1 bereits vor Erhebung der Auskunftsklage deutlich zum Ausdruck gebracht hat, sie erwäge, die Erbschaft auszuschlagen und ihren Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Die Beteiligte zu 1 hat in diesem Zusammenhang ebenfalls vor Erhebung der Auskunftsklage darauf hingewiesen, dass sie für ihre Entscheidung über die Annahme der Erbschaft umfassende und genaue Informationen über den Nachlass benötige und sie ihre Vermögensinteressen ohne entsprechende Informationen durch den Beteiligten zu 2 als den testamentarisch eingesetzten Testamentsvollstrecker gefährdet sehe. Im Hinblick auf diesen zeitlichen Ablauf der Angelegenheit besteht kein Anlass zu Beanstandungen, wenn das Landgericht zu der Auffassung gelangt ist, durch die Erhebung der Auskunftsklage habe die Beteiligte zu 1 nicht zum Ausdruck gebracht, endgültig Erbe zu sein und die Erbschaft behalten zu wollen. Vielmehr hat die Beteiligte zu 1 mit der Erhebung der Auskunftsklage ihre Entscheidung über die Annahme der Erbschaft erst sachgerecht vorbereiten und auf eine hinreichend gesicherte Sachengrundlage stellen wollen. Da somit von einer schlüssigen Annahme der Erbschaft nicht ausgegangen werden kann, bedarf die Frage, ob die für einen solchen Fall von der Beteiligten zu 1 erklärte Anfechtung der Erbschaftsannahme durchgriffe, keiner Erörterung.

b) Ebenfalls ohne Rechtsfehler ist das Landgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass nach wirksamer Ausschlagung der Erbschaft durch die Beteiligte zu 1 nunmehr nach dem Testament vom 25.7.2001 die Einsetzung des Beteiligten zu 2 zum Ersatzerben zum Tragen kommt und die Erblasserin von dem Beteiligten zu 2 allein beerbt worden ist. Als Alleinerbe kann der Beteiligte zu 2 nicht zum alleinigen Testamentsvollstrecker ernannt werden, da das mit seiner freien Stellung als Erbe unvereinbar wäre. Mit der Ernennung zum alleinigen Testamentsvollstrecker erhielte der Alleinerbe nicht mehr Rechte und Pflichten, als er schon als Erbe besitzt (vgl. RGZ 163, 57, 58; *Soergel/Damrau* § 2197 Rdnr. 10). Ein Fall des § 2223 BGB, in dem ausnahmsweise Testamentsvollstreckung auch durch den Alleinerben in Betracht kommen könnte (vgl. *Soergel/Damrau*, a. a. O.; *Palandt/Edenhofer* § 2197 Rdnr. 8 und § 2223 Rdnr. 1), liegt nicht vor.

10. BGB §§ 2032, 2111 (*Keine Erbengemeinschaft aus Nacherbe und Alleinerbe des Vorerben*)

1. **Der Nacherbe und der Alleinerbe des Vorerben können nicht eine Erbengemeinschaft nach dem Vorerben sein.**
2. **Erhält ein nicht befreiter Vorerbe im Zug einer Erbauseinandersetzung Alleineigentum an einem zum Nachlass gehörenden Grundstück, so setzt sich die Nacherbenbindung an dem Grundstück fort, sofern die Miterben bei der Auseinandersetzung unter Mitwirkung der Nacherben nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben.**

BayObLG, Beschluss vom 6.10.2004, 2Z BR 87/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Aus den Gründen:

I.

A., der Vater des Beteiligten zu 1, war ursprünglich Alleineigentümer eines und Miteigentümer zu $\frac{1}{4}$ eines weiteren Grundstücks. Er schloss mit B., seiner zweiten Ehefrau, einen Erbvertrag, in dem er diese und den Beteiligten zu 1 als Erben zu gleichen Teilen einsetzte, B. allerdings nur als nicht befreite Vorerbin. Nacherbe sollte der Beteiligte zu 1 sein. Der Nacherbfall sollte mit dem Tod oder der Wiederverheiratung von B. eintreten. Für den Fall, dass der Beteiligte zu 1 ohne Hinterlassung von Abkömmlingen oder einer Witwe sterben sollte, sollte er lediglich befreiter Vorerbe sein. Nacherbe für diesen Fall sollte der Beteiligte zu 2, ein Neffe von B., sein. Ferner enthält der Erbvertrag Teilungsanordnungen für die Immobilien.

Nach dem Tod von A. am 3.6.1989 wurden B. und der Beteiligte zu 1 für das Grundstück und den Miteigentumsanteil als Eigentümer in Erbengemeinschaft eingetragen. Zugleich wurde aufgrund eines Erbscheins vom 1.11.1991 ein Nacherbenvermerk bezüglich des Erbteils von B. im Grundbuch eingetragen.

Am 20.7.1990 schlossen B. und der Beteiligte zu 1 einen notariellen Grundstücks-Erteilungsvertrag, durch den sie die Immobilien des A. nach dessen Anordnung unter sich aufteilten. Demgemäß wurden das Grundstück und der Miteigentumsanteil an B. aufgelassen. Sie wurde am 6.9.1990 als Alleineigentümerin bzw. Miteigentümerin zu $\frac{1}{4}$ eingetragen. Ein Nacherbenvermerk wurde nicht eingetragen.

Am 21.12.2001 verstarb B. Laut Erbschein vom 29.4.2002 wurde sie vom Beteiligten zu 2, ihrem Neffen, als befreiter Vorerbe allein beerbt. Zugleich wurde vom zuständigen Nachlassgericht der Erbschein vom 1.11.1991 eingezogen und dem Beteiligten zu 1 ein Erbschein erteilt, der ihn als nunmehrigen Alleinerben des A. ausweist und die bedingte Nacherbfolge hinsichtlich $\frac{1}{4}$ des Nachlasses feststellt. Aufgrund dieser Erbscheine hat das Grundbuchamt die Beteiligten zu 1 und 2 als Eigentümer und als Miteigentümer zu $\frac{1}{4}$, jeweils in Erbengemeinschaft, eingetragen.

Am 6.12.2002 hat der Beteiligte zu 1 beim Grundbuchamt beantragt, das Grundbuch dahin zu berichtigen, dass er Alleineigentümer des Grundstücks und alleiniger Miteigentümer zu $\frac{1}{4}$ als befreiter Vorerbe geworden sei. Das Grundbuchamt hat die Berichtigungsanträge abgewiesen und der Beschwerde des Beteiligten zu 1 nicht abgeholfen. Das Landgericht hat auf die Beschwerde das Grundbuchamt angewiesen, an den beiden Grundbuchstellen zugunsten des Beteiligten zu 1 einen Amtswiderspruch gegen die Eintragung der beiden Beteiligten in Erbengemeinschaft einzutragen. Dieser Wider-

spruch wurde eingetragen. Mit der weiteren Beschwerde erstrebt der Beteiligte zu 2 die Aufhebung des Beschlusses des Landgerichts und die Löschung der Amtswidersprüche.

II.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2 ist unbegründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Beschwerde sei entsprechend § 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO mit der Maßgabe statthaft, dass mit ihr lediglich die Eintragung eines Amtswiderspruchs betrieben werden könne. Die Beschwerde sei auch begründet, da sich die angegriffenen Eintragungen als unrichtig erwiesen; deshalb sei das Grundbuchamt zur Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO anzuweisen.

Das Grundbuch sei unrichtig, wenn sein Inhalt in Ansehung eines Rechts am Grundstück mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang stehe (§ 894 BGB). Dieser Fall liege hier vor. Bei den verfahrensgegenständlichen Grundstücken seien am 14.11.2002 die Beteiligten zu 1 und 2 als Eigentümer in Erbengemeinschaft ins Grundbuch eingetragen worden. In Wirklichkeit sei jedoch der Beteiligte zu 1 alleiniger Eigentümer bzw. Miteigentümer der Grundstücke. Dies ergebe sich aus dem Erbvertrag zwischen dem Vater des Beteiligten zu 1 und der Stiefmutter des Beteiligten zu 1. Danach seien nach dem Tod des A. der Beteiligte zu 1 und seine Stiefmutter B. Miterben zu je $\frac{1}{4}$ geworden, B. jedoch nur als unbefreite Vorerbin. Zum Nacherben sei der Beteiligte zu 1 eingesetzt worden. Der Nacherbfall sollte bei Wiederverheiratung oder Tod der B. eintreten. Diese Erbrechtslage werde durch den gemeinschaftlichen Erbschein bestätigt. Mit dem Tode von B. sei schließlich der Nacherbfall hinsichtlich ihres Erbteils eingetreten. Entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 2 habe auch noch nach dem Grundstücks-Erteilungsvertrag vom 20.7.1990 das gesamte im Eigentum von B. stehende Grundstück der Nacherbenbindung unterstanden. Gleiches gelte für den $\frac{1}{4}$ Miteigentumsanteil. Der Grundstücks-Erteilungsvertrag vom 20.7.1990 habe nicht die Übertragung eines – nicht existenten – Teilrechts am Grundstück vom Beteiligten zu 1 auf B. bezweckt, sondern eine Teilerbauseinandersetzung unter Befolgung der getroffenen Teilungsanordnungen. A. habe verfügt, dass B. das Grundstück und den dazu gehörigen Miteigentumsanteil erhalten solle. Das sei als eine Teilungsanordnung auszulegen, die jedoch keine dingliche Wirkung entfalte, sondern den Miterben nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Auseinandersetzung entsprechend der Teilungsanordnung verschaffe. Zwar habe die Vollziehung der Erbauseinandersetzung das Ausscheiden des Nachlassgegenstands aus dem Gesamthandsvermögen bewirkt. Das ändere aber nichts daran, dass sich die Nacherbenanordnung weiterhin auf das gesamte Grundstück bzw. den gesamten Miteigentumsanteil erstreckte. Dass der Beteiligte zu 1 und B. die Nacherbenanordnung nicht als gegenstandslos behandelt hätten, ergebe sich eindeutig aus dem Erbteilungsvertrag, in dem ausdrücklich auf die angeordnete Nacherbfolge Bezug genommen werde und die Auflassung „gemäß der Maßgabe“ erklärt werde.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Die Eintragung der Beteiligten zu 1 und 2 als Eigentümer in Erbengemeinschaft ist schon deshalb unrichtig, weil zwischen den Beteiligten hinsichtlich des Grundstücks und des Miteigentumsanteils keine Erbengemeinschaft bestehen kann. Eine Erbengemeinschaft entsteht nach § 2032 Abs. 1 BGB,

wenn der Erblasser mehrere Erben hinterlässt. Die mehreren Erben müssen also ihre Erbenstellung vom selben Erblasser ableiten (AnwK-BGB/Ann, § 2032 Rdnr. 1). Das ist hier aber nicht der Fall. Der Beteiligte zu 2 ist laut Erbschein Alleinerbe von B. geworden. Also kann der Beteiligte zu 1 nicht auch Erbe von B. sein. Der Beteiligte zu 1 ist als Nacherbe nach B. nicht deren Erbe, sondern Erbe nach seinem Vater geworden, wie der weitere Erbschein vom 29.4.2002 ausweist. Allein aus diesen Erwägungen ist die Anordnung, einen Amtswiderspruch einzutragen, richtig.

b) Die Eintragungen sind aber auch noch in anderer Hinsicht unrichtig.

Die in wirksamer Weise im Erbvertrag nach § 2100 BGB angeordnete Nacherbfolge bezog sich nur auf den Erbteil seiner Witwe, nicht aber auf den Erbteil des Beteiligten zu 1. Durch die Auflassung des Grundstücks und des Miteigentumsanteils an B. in Vollziehung des Erbteilungsvertrags vom 20.7.1990 erwarb zwar B. Alleineigentum; doch war damit keine Befreiung von der Nacherbenbindung verbunden, da § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB eingriff. Nach allgemeiner Meinung tritt nämlich die dingliche Surrogation des § 2111 Abs. 1 BGB auch dann ein, wenn ein Vorerbe als Miterbe im Zuge der Erbauseinandersetzung ein zum Nachlass gehörendes Grundstück zu Alleineigentum erwirbt; denn dafür gibt er seine Gesamthandsberechtigung am Nachlass auf, so dass in einem weiteren Sinn das Alleineigentum mit Mitteln der Erbschaft erworben wird (BGH, NJW-RR 2001, 217, 218; Palandt/Edenhofer, § 2111 Rdnr. 6; Soergel/Harder/Wegmann, § 2111 Rdnr. 6; Staudinger/Avenarius, § 2111 Rdnr. 27; Meikel/Kraiß, GBO, § 51 Rdnr. 23, 24). Dass B. und der Beteiligte zu 1 das Grundstück an B. ausnahmsweise ohne die Beschränkung mit dem Nacherbenrecht auflassen wollten, ergibt sich in keiner Weise aus dem Erbteilungsvertrag. Wie das Landgericht zutreffend dargelegt hat, ergibt sich vielmehr die gegenteilige Absicht aus dem Vertrag.

Das Grundstück ist durch die Auflassung zwar aus der Gesamthandsgemeinschaft zwischen B. und dem Beteiligten zu 1 ausgeschieden, aber als Ersatzstück (§ 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB) Teil des Nachlasses des A. geblieben. Folglich ist es mit dem Tode von B. nicht in deren Nachlass gefallen. Mit ihrem Tod ist demgemäß der Beteiligte zu 1 als Nacherbe von A. Alleineigentümer des Grundstücks und des Miteigentumsanteils geworden. Die Eintragung der Beteiligten zu 1 und 2 als Eigentümer entspricht also nicht der materiellen Rechtslage.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. Deutsch-amerikanischer Freundschaftsvertrag Art. VII, XXV; HGB § 128 (*Gesellschafterhaftung bei US-amerikanischer „Inc.“ mit Verwaltungssitz in Deutschland*)

Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten einer in den USA nach dortigen Vorschriften gegründeten Gesellschaft (hier einer „Inc.“) mit Verwaltungssitz im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland richtet sich jedenfalls dann nach dem Gründungsrecht, wenn die Gesellschaft geschäftliche Aktivitäten auch in den USA entfaltet.

BGH, Urteil vom 5.7.2004, II ZR 389/02

Der Beklagte und F waren Gesellschafter der S. Inc. mit registriertem Sitz im Bundesstaat Delaware/USA und einer Repräsentanz in M. unter der Adresse einer H. GmbH. Im September 1994 beauftragte der Kläger die S. Inc., seine 7550 Aktien der Hu. Corporation in einem Depot der S. Inc. bei der Al. B. Inc., Bo. (USA), verwahren zu lassen. Anlässlich einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung der S. Inc., die am 7.3.1995 in M. stattfand, wurde u. a. die Übernahme der Aktien des Klägers festgestellt. Mit Schreiben vom 12.4.1995 teilte F dem Kläger mit, dass der Beklagte aus der S. Inc. ausgeschieden sei und deren neue Anschrift nunmehr „c/o F“ laute. Unter dem 18.8.1996 unterzeichnete der Kläger eine ihm übersandte englischsprachige Erklärung, wonach er u. a. bestätigte, dass ihm im Zusammenhang mit der Tätigkeit der S. Inc. keine Ansprüche gegen den Beklagten oder gegen die H. GmbH zustünden. Im November 1996 verstarb F. Mit seiner im Mai 2001 erhobenen Klage verlangt der Kläger von dem Beklagten Herausgabe der 7550 Stück Aktien. Die S. Inc. habe ihren tatsächlichen Verwaltungssitz immer in M. gehabt und sei als OHG zu qualifizieren, weshalb der Beklagte für deren Verbindlichkeiten gemäß § 128 HGB hafte. Eine Enthftung gemäß § 160 HGB sei mangels Eintragung seines Ausscheidens im Handelsregister nicht eingetreten. Die am 18.8.1996 unterzeichnete Erklärung habe der Kläger nicht verstanden; sie habe ohnehin gegen das AGB-Gesetz verstoßen.

Die in erster Instanz abgewiesene Klage hatte in zweiter Instanz Erfolg. Dagegen richtet sich die von dem Senat zugelassene Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet und führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

I.

Das Berufungsgericht meint, der rechtliche Status der als „S. Inc.“ bezeichneten Gesellschaft richte sich nach deutschem Recht, weil ihr tatsächlicher Verwaltungssitz sich in M. befunden habe. Da sie Bankgeschäfte und somit Handelsgeschäfte i. S. von § 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB a. F. betrieben habe, sei sie ungeachtet ihrer fehlenden Eintragung im deutschen Handelsregister als OHG anzusehen gewesen (§ 123 Abs. 2 HGB). Infolgedessen schulde der Beklagte gemäß § 128 HGB Rückgabe der von der Gesellschaft verwahrten Aktien. Auf eine Enthftung entsprechend § 160 HGB könne sich der Beklagte nicht berufen, weil für den Kläger der Rechtscharakter der S. Inc. als OHG nicht erkennbar gewesen sei. Der vom Kläger unterzeichnete Anspruchsverzicht vom 18.8.1996 sei unbeachtlich, weil der Kläger über dessen Inhalt nicht aufgeklärt worden sei.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht übersieht schon in seinem kollisionsrechtlichen Ausgangspunkt den hier einschlägigen Freundschafts-, Handels- und Schiffsvertragsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29.10.1954 (BGBl. 1956 II, 487). Nach Art. XXV Abs. 5 Satz 2 dieses Abkommens gelten Gesellschaften, die gemäß den Gesetzen und sonstigen Vorschriften des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, als Gesellschaften dieses Vertragsteils; ihr rechtlicher Status wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils als solcher anerkannt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist somit im Geltungsbereich dieses Abkommens das Personalstatut einer Gesellschaft grundsätzlich nicht an das Recht ihres Verwaltungssitzes, sondern an das am Ort ihrer Gründung geltende Recht anzuknüpfen (vgl. BGH, Urteil vom 29.1.2003, VIII ZR 155/02, BGHZ 153, 353). Das gilt sowohl hinsichtlich der Frage der Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft (BGH, a. a. O.) als auch in Bezug auf die ebenfalls nach dem Personalstatut

zu entscheidende Frage einer Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten (vgl. BGH, Urteil vom 23.4.2002, XI ZR 136/01, NJW-RR 2002, 1359 f.) und folgt u. a. auch daraus, dass Art. VII des Abkommens ausdrücklich Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften jedes Vertragsteils im Gebiet des anderen Vertragsteils gewährt (vgl. BGHZ 153, 353, 357 f.). Insofern gilt hier Ähnliches wie im Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 und 48 EGV (dazu EuGH, Urteil vom 5.11.2002, Rs. C-208/00 „Überseering“, ZIP 2002, 2037 = MittBayNot 2003, 63; vom 30.9.2003, Rs. C-167/01 „Inspire Art“, ZIP 2003, 1885 = DNotZ 2004, 55; sowie BGH, Urteil vom 13.3.2003, VII ZR 370/98, BGHZ 154, 185): Die in einem Vertragsstaat nach dessen Vorschriften wirksam gegründete Gesellschaft ist in einem anderen Vertragsstaat – unabhängig von dem Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes – in der Rechtsform anzuerkennen, in der sie gegründet wurde (BGHZ 153, 353, 356 f.; 154, 185, 189).

2. Ob für den Anwendungsbereich des deutsch-amerikanischen Vertrages (a. a. O.) etwas anderes dann gilt, wenn es sich um eine nur zur Umgehung der strengeren Vorschriften des deutschen Rechts in den USA gegründete „Briefkastenfirma“ handelt, die über keinerlei tatsächliche, effektive Beziehungen (sog. „genuine link“) zum Gründungsstaat verfügt und sämtliche Aktivitäten ausschließlich in der Bundesrepublik Deutschland entfaltet (vgl. OLG Düsseldorf, ZIP 1995, 1009; MünchKommBGB/Kindler, Bd. 11, 3. Aufl., IntGesR Rdnr. 253; a. A. Bungert, WM 1995, 2125, 2128 ff.; ders., DB 2003, 1043 f.; Bamberger/Roth/Mäsch, BGB, Anh. Art. 12 EGBGB Rdnr. 3; Merkt, RiW 2003, 458 f.; vgl. auch EuGH, Urteil vom 30.9.2003, a. a. O., zu Nr. 96), bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Denn das fragliche Erfordernis eines „genuine link“ wird auch von seinen Befürwortern nicht dahin verstanden, dass der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft sich im Gründungsstaat befinden muss. Ausreichend wäre vielmehr, dass die Gesellschaft irgendwelche geschäftlichen Aktivitäten in den USA – nicht notwendig im Gründungsbundesstaat (hier: Delaware) – entwickelt (vgl. Kindler, a. a. O.; Mankowski, EWIR 2003, 661 f.; Paefgen, DZWIR 2003, 441, 443), wofür z. B. das Bestehen eines Broker-Vertrages mit einem US-amerikanischen Partner genügt (vgl. Ebenroth/Kemner/Willburger, ZIP 1995, 972, 974). Da die S. Inc. für die ihr anvertrauten Aktien ein Depot bei der Al. B. Inc. in Bo. unterhielt, ließe sich ein *genuine link* zu den USA nicht verneinen.

3. Richtet sich sonach das Personalstatut der S. Inc. nach amerikanischem Recht, scheidet eine Haftung des Beklagten nach § 128 HGB aus. Nach US-amerikanischem Recht, das der Senat mangels entsprechender Feststellungen des Berufungsgerichts selbst feststellen kann (vgl. BGHZ 118, 151, 168; 122, 373, 378, 384), haftet der Gesellschafter einer „Inc.“ (Kapitalgesellschaft) grundsätzlich nicht für die Gesellschaftsverbindlichkeiten (vgl. nur Ebke/Stadler, RiW 1989, 413). Einer der Ausnahmefälle, in denen nach US-amerikanischem Recht ein „Durchgriff“ auf die Gesellschafter in Betracht käme (sog. „piercing the corporate veil“; vgl. dazu Bungert, WM 1995, 2125, 2131; Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 1991, Rdnr. 313 ff.), ist nicht vorgetragen.

Hinweis der Schriftleitung:

Beachte hierzu auch die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BGH vom 13.10.2004 und die Anmerkung von Lach/Schill, MittBayNot 2005, 243 (in diesem Heft).

12. Deutsch-amerikanischer Freundschaftsvertrag Art. XXV Abs. 5 Satz 2 (*Anforderungen an den „genuine link“ zur Anerkennung der Rechtspersönlichkeit einer US-amerikanischen Gesellschaft*)

Soweit mit dem Begriff des „genuine link“ zur Anerkennung der Rechtspersönlichkeit einer US-amerikanischen Gesellschaft deren wirtschaftliche Anknüpfung an den Gründungsstaat zu fordern ist, genügt bereits eine geringe Betätigung.

BGH, Urteil vom 13.10.2004, I ZR 245/01

Die Klägerin ist eine am 16.6.1998 in San Francisco/Kalifornien gegründete Gesellschaft nach kalifornischem Recht. Ihr in S. bei Nürnberg wohnhafter Präsident ist Inhaber der eingetragenen deutschen Marke „GEDIOS“. Die Klägerin ist aufgrund eines in englischer Sprache abgefassten, am 26.6.1998 in San Francisco von ihrem Präsidenten in dieser Eigenschaft und zugleich im eigenen Namen unterzeichneten Vertrages Lizenznehmerin dieser Marke. Das Zeichen „GEDIOS“ ist auch Bestandteil der Firma der Klägerin. Die Beklagte ist Inhaberin der eingetragenen Marke „GeDIOS“. Die Klägerin hat die Beklagte u. a. auf Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung „GeDIOS“ in Anspruch genommen.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat in Abrede gestellt, dass die Klägerin wirksam errichtet worden sei und in der Bundesrepublik Deutschland Trägerin von Rechten und Pflichten sein könne. Es handele sich bei ihr offensichtlich um eine Scheinauslandsgesellschaft. Eine Verwechslungsgefahr zwischen der geschäftlichen Bezeichnung der Klägerin und der angegriffenen Bezeichnung bestehe nicht. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es die Klage als unzulässig abgewiesen hat. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageansprüche weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat die Zulässigkeit der Klage verneint, da die Klägerin nicht parteifähig sei. Nach dem deutschen internationalen Privat- und Prozessrecht sei die Rechts- und Parteifähigkeit einer juristischen Person grundsätzlich nach dem Recht ihres Sitzes zu bestimmen. Eine Gesellschaft, deren tatsächlicher Verwaltungssitz in Deutschland liege, sei, wenn sie in kein deutsches Register eingetragen sei, selbst dann nicht rechts- und parteifähig, wenn sie im Ausland nach dem dortigen Recht wirksam gegründet worden sei. Entsprechend verhalte es sich im Streitfall. Der Verwaltungssitz der Klägerin befinde sich in S., wo ihr Präsident, der bei ihr alle Organfunktionen wahrnehme, seinen Wohnsitz habe. Geschäftsführungsakte in den Vereinigten Staaten von Amerika fänden nicht statt.

Die Klägerin könne auch nicht nach Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des Freundschafts-, Handels- und Schiffsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika (vom 29.10.1954 [BGBl II 1956, S. 487; im Folgenden: deutsch-amerikanischer Handelsvertrag]) in Deutschland als rechts- und parteifähig anerkannt werden. Dies gelte selbst dann, wenn man diese Vertragsbestimmung als Kollisionsnorm des internationalen Privatrechts ansehe und daher von dem Recht ausgehe, nach dem die Klägerin gegründet worden sei. Denn auch solchenfalls seien tatsächliche effektive Beziehungen der Gesellschaft zu den Vereinigten Staaten von Amerika wie etwa das Vorhandensein US-amerikanischer Mitgesellschafter, eine organisatorische Präsenz in den Vereinigten Staaten von Amerika oder dortige geschäftliche Aktivitäten erforderlich, an denen es bei der Klägerin fehle.

II.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben im Ergebnis Erfolg. Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen es nicht, die Parteifähigkeit der Klägerin wegen fehlender tatsächlicher Beziehungen zu ihrem Gründungsstaat in den Vereinigten Staaten von Amerika zu verneinen.

1. Die Bestimmung des Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des deutsch-amerikanischen Handelsvertrags stellt eine staatsvertragliche Kollisionsnorm dar, der gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB der Vorrang vor den Regeln des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts zukommt. Nach ihr gelten Gesellschaften, die gemäß den Gesetzen und sonstigen Vorschriften des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, als Gesellschaften dieses Vertragsteils; ihr rechtlicher Status wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils anerkannt.

a) Das Personalstatut (Gesellschaftsstatut) einer juristischen Person und damit auch deren Rechts- und Parteifähigkeit im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika richtet sich grundsätzlich nach dem Recht des Staates, in dem die juristische Person gegründet wurde (vgl. BGHZ 153, 353, 355 f.; BGH, Urteil vom 23.4.2002, XI ZR 136/01, NJW-RR 2002, 1359, 1360; Urteil vom 5.7.2004, II ZR 389/02, MittBayNot 2005, 240 [in diesem Heft]). Eine in Übereinstimmung mit US-amerikanischen Vorschriften in den Vereinigten Staaten von Amerika wirksam gegründete, dort rechts- und parteifähige und noch bestehende Gesellschaft ist daher in der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig unabhängig davon rechts- und parteifähig, wo sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz befindet (vgl. BGHZ 153, 353, 355, 357 f.; BGH, MittBayNot 2005, 240; MünchKommBGB/Kindler, 3. Aufl., IntGesR Rdnr. 245; *Ebenroth/Bippus*, NJW 1988, 2137, 2142).

b) Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist sie nach kalifornischem Recht wirksam gegründet worden. Des Weiteren steht außer Streit, dass die Klägerin in Kalifornien ihren satzungsmäßigen Sitz hat und dort auch rechtsfähig ist. Sie ist deshalb in der Rechtsform anzuerkennen, in der sie gegründet worden ist (BGHZ 153, 353, 356 f.; 154, 185, 189).

2. Es bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung (vgl. Art. 100 Abs. 2 GG), ob einer in den Vereinigten Staaten von Amerika gegründeten Gesellschaft in Deutschland die Anerkennung nach Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des deutsch-amerikanischen Handelsvertrages zu versagen ist, wenn sie zu den Vereinigten Staaten über das formale Band der Gründung hinaus über keine tatsächlichen, effektiven Beziehungen („*genuine link*“) verfügt und ihre geschäftlichen Aktivitäten allein in der Bundesrepublik Deutschland entfaltet (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1124, 1125; OLG Naumburg, Urteil vom 19.12.1995, 7 U 146/95, S. 6 ff., zit. nach juris; MünchKommBGB/Kindler, IntGesR Rdnr. 250; *ders.*, BB 2003, 812; *Ebenroth/Bippus*, NJW 1988, 2137 f.; *Ebenroth/Kemner/Willburger*, ZIP 1995, 972 ff.; *Hohloch*, JuS 1995, 1037, 1038; *Bausback*, DNotZ 1996, 254, 258; *Mankowski*, EWIR 2003, 661, 662; vgl. auch BGH, MittBayNot 2005, 240 m. w. N.). Denn das fragliche Erfordernis eines „*genuine link*“ wird auch von seinen Befürwortern nicht dahin verstanden, dass der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft sich im Gründungsstaat befinden muss. Ausreichend ist vielmehr, dass die Gesellschaft irgendetwelche geschäftlichen Aktivitäten in den USA – nicht notwendig im Gründungsbundesstaat – entwickelt (vgl. BGH, MittBayNot 2005, 240; Münch-

KommBGB/Kindler, IntGesR Rdnr. 245; Mankowski, EWiR 2003, 661 f.; Paefgen, DZWIR 2003, 441, 443).

a) Bei den inhaltlichen Anforderungen an den „genuine link“ ist zu beachten, dass dieses Erfordernis Missbräuchen entgegenwirken soll und daher nur in extrem gelagerten Ausnahmefällen zur Korrektur der staatsvertraglich festgelegten Anerkennung führen kann (vgl. MünchKommBGB/Kindler, IntGesR Rdnr. 253; Paefgen, DZWIR 2003, 441, 443). Es verlangt daher nicht, dass sich der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft im Gründungsstaat befindet (vgl. Mankowski, EWiR 2003, 661, 662). Das „genuine link“-Erfordernis ist vielmehr regelmäßig bereits mit der Ausübung einer auch nur geringen wirtschaftlichen Tätigkeit im Gründungsstaat erfüllt (vgl. Ebenroth/Kemmer/Willburger, ZIP 1995, 972, 975; Paefgen, DZWIR 2003, 441, 443). Dafür kann – was das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet hat – bereits eine geringe werbende Tätigkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika ausreichen. Eine solche ist im Streitfall gegeben.

b) Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist zu entnehmen, dass die Klägerin in den USA über einen Telefonanschluss verfügt, der eingehende Anrufe jedenfalls an einen Anrufbeantworter oder an einen Servicedienst weiterleitet. Die genannten technischen Einrichtungen sind ersichtlich darauf angelegt, wirtschaftliche Tätigkeit auch im US-amerikanischen Bereich zu entfalten. Es kommt hinzu, dass die Klägerin nach ihrem von der Beklagten nicht substantiiert bestrittenen Vortrag in San Francisco unter Vereinbarung des amerikanischen Rechts einen Lizenzvertrag nicht nur über eine deutsche Marke, sondern auch über eine in den Vereinigten Staaten von Amerika geschützte Software für ein Datenbankenentwicklungstool abgeschlossen hat. Soweit das Berufungsgericht zur Verneinung wirtschaftlicher Aktivitäten der Klägerin in den Vereinigten Staaten von Amerika im Übrigen auch den Vortrag der Klägerin zu ihren Aktivitäten im Inland aufgegriffen hat, hat es unberücksichtigt gelassen, dass die Klägerin diese Aktivitäten zur Begründung eines Firmenschutzes im Inland (Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 PVÜ) vortragen hatte.

III.

Danach konnte das die Klage als unzulässig abweisende Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben. Es war deshalb aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Anmerkung:

1. Der BGH hat mit den Urteilen vom 5.7.2004¹ sowie vom 13.10.2004 (vorstehend) die Position US-amerikanischer Gesellschaften im inländischen Rechtsverkehr auf Grundlage des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffsvertrags vom 29.10.1954 (im Folgenden FHS)² weiter gestärkt. Die darin erfolgte weite und zutreffende höchstrichterliche Auslegung des FHS führt zu einer weiteren Liberalisierung des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts. Im Urteil vom 5.7.2004 nahm er zum Umfang der kollisionsrechtlichen Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts US-amerikanischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland Stellung. Die Entscheidung vom 13.10.2004 betraf die Frage, welche Verbindungen diese Gesellschaften zu den Ver-

einigten Staaten aufweisen müssen, um in den Anwendungsbereich des FHS zu fallen. Die lange Jahre in der Bundesrepublik herrschende Sitztheorie wird mit diesen Urteilen in Bezug auf US-amerikanische Corporations weiter zurückgedrängt.

2. Der BGH hat mit seinem Urteil vom 5.7.2004 zunächst einen eindeutigen Rechtsanwendungsfehler des Berufungsgerichts korrigiert. Das OLG München hatte den FHS bei seinem Urteil noch völlig übersehen.³ Allein diese Tatsache beweist die rechtlichen Schwierigkeiten, welche in diesem Bereich herrschen.

In Bezug auf US-amerikanische Corporations gibt der BGH die lange herrschende Sitztheorie grundsätzlich auf. Er stellt im Anschluss an sein Grundsatzurteil vom 29.1.2003⁴ klar, dass Art. XXV Abs. 5 Satz 2 FHS eine besondere staatsvertragliche Kollisionsnorm i. S. d. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB darstellt und keine bloße fremdenrechtliche Regelung.⁵ Die in Art. XXV Abs. 5 Satz 2 FHS enthaltene Gründungsanknüpfung geht dementsprechend bei US-amerikanischen Gesellschaften der allgemeinen Sitztheorie vor. Die Sitztheorie verlangt, neben dem Erfordernis einer Gründung nach den Vorschriften des jeweiligen Staates, dass sich auch der tatsächliche Verwaltungssitz in diesem Staat befindet. Dadurch soll eine Rechtsumgehung verhindert werden. Sonst könnte eine Gründung in einem Staat mit „laxen“ Gründungsvorschriften stattfinden, obwohl die Gesellschaft eigentlich in einem anderen Staat tätig werden sollte. Die Gründungstheorie hingegen, als liberaleres Element, welche vor allem im angelsächsischen Rechtsraum vertreten wird, lässt ein solches Vorgehen ausdrücklich zu. Sie sieht die Gründung einer Gesellschaft als eine reine Rechtswahl der Gründer.⁶ Die im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht bisher herrschende Sitztheorie war bereits durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EGV ins Wanken geraten. War es doch diese Rechtsprechung, die in ihren Urteilen *Centros*⁷, *Überseering*⁸ und *Inspire Art*⁹ der Anwendbarkeit der Sitztheorie auf den Zuzug von Kapitalgesellschaften aus dem EU-Raum eine eindeutige Absage erteilt hatte.¹⁰

Der BGH vollzieht im Zusammenhang mit dem FHS bezüglich US-amerikanischer Gesellschaften unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH nunmehr die gleiche Entwicklung. Dabei ist jedoch anzumerken, dass es der EuGH selbst gewesen war, der den BGH hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit von EU-Gesellschaften zu einer Kehrtwende der Rechtsprechung weg von der Sitztheorie bewegt hatte. Wie der EuGH in *Überseering* im Jahr 2002 für europäische Kapitalgesellschaften hatte der BGH schon im Jahr 2003 für US-Corporations die Anerkennung von deren Rechts- und Parteifähigkeit, isoliert auf diese grundsätzliche Frage, trotz tatsächlichen Verwaltungssitzes in der Bundesrepublik anerkannt.¹¹ Im Urteil vom 5.7.2004 entwickelt der BGH diese Rechtsprechung nun konsequent weiter. Er judiziert, dass nicht nur die Rechtsfähigkeit einer US-Corporation an sich, sondern auch deren Haftungsverfassung und -beschränkung

³ ZIP 2002, 2132.

⁴ BGHZ 153, 353.

⁵ Vgl. Ebke, RIW 2004, 740 m. w. N.

⁶ Dazu insgesamt MünchKommBGB/Kindler, Bd. 11, 3. Aufl., IntGesR Rdnr. 258 ff.

⁷ MittBayNot 1999, 298 m. Anm. Görk.

⁸ MittBayNot 2003, 63.

⁹ DNotZ 2004, 55.

¹⁰ Vgl. etwa Schulz, NJW 2003, 2705 ff. m. w. N.

¹¹ BGHZ 153, 353, 355.

¹ MittBayNot 2005, 240 (in diesem Heft).

² BGBl. II 1956, 487 ff.

zu achten sind.¹² Damit entspricht dieses Urteil in seiner Aussage dem Urteil *Inspire Art* des EuGH zur Parallelthematik bei EU-Gesellschaften.

Ferner erklärt der BGH damit eine früher von ihm selbst vertretene Ansicht für obsolet. Der II. Senat des BGH hatte noch im Jahr 2002 vertreten, dass „zugezogene“ Kapitalgesellschaften mit Gründungssitz im Ausland und tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland mangels ordentlicher Gründung zwar nicht als rechtliches „Nullum“ zu behandeln seien, sondern als Personengesellschaften nach §§ 705 ff. BGB, §§ 105 ff. HGB.¹³ Dieser teilweise spöttelnd als „Wechselbalgtheorie“ bezeichnete Ansatz,¹⁴ der auch noch der Argumentation des OLG München als Berufungsgericht im vorliegenden Fall zugrunde lag, nahm den Gesellschaftern die eminent wichtige Haftungsbeschränkung. Diese Form der abgemilderten Sitztheorie hat nun auch in Bezug auf US-Corporations keinen Platz mehr. Zur Begründung dieses Ergebnisses führt der BGH in erster Linie den Wortlaut von Art. XXV Abs. 5 Satz 2 FHS an, dem er eine das gesamte Gesellschaftsstatut regelnde, völkervertragliche Kollisionsnorm entnimmt. Zusätzlich verweist er auf die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit. Er führt aus, dass wegen der in Art. VII FHS vereinbarten Niederlassungsfreiheit „ähnliches (gelte) wie im Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 und 48 EGV“. Gerade der Querverweis des BGH zur Rechtsprechung des EuGH ist von großer Bedeutung. Denn der FHS normiert nicht nur die zwingende rechtliche Anerkennung von US-Corporations, sondern, was in Zukunft im Brennpunkt des Interesses stehen wird, nach Art. VII Abs. 1, Abs. 4 FHS auch eine Meistbegünstigung dieser Gesellschaften. Meistbegünstigung bedeutet, dass sich amerikanische Gesellschaften auf diejenige Behandlung berufen können, die unter gleichartigen Voraussetzungen den Gesellschaften irgendeines dritten Landes gewährt wird, Art. XXV Abs. 4 FHS.¹⁵ Damit können sich amerikanische Gesellschaften insbesondere auch auf sämtliche Vergünstigungen berufen, die für Gesellschaften aus anderen EU-Staaten gelten.¹⁶ Dies bedeutet, dass US-amerikanische Gesellschaften keinesfalls schlechter gestellt werden dürfen als Gesellschaften aus dem Raum des EGV. Dies führt zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass die Niederlassungsfreiheit aus dem EGV nicht nur originär den EU-Gesellschaften zugute kommt, sondern derivativ auch den US-Corporations.

Der FHS enthält auch – anders als neuere bilaterale Investitionsschutzabkommen – keine Einschränkungen der Meistbegünstigung für Vergünstigungen, die EU-Mitgliedstaaten durch das Gemeinschaftsrecht gewährt werden. Einschränkungen enthält der FHS nur für die Berufung auf Vergünstigungen zur Erleichterung des Grenzverkehrs (Art. XXIV Abs. 3 FHS) und für Vergünstigungen, die zwischen den USA und einigen abschließend aufgezählten Staaten und Territorien gelten (Art. XXIV Abs. 2 FHS). Soweit eine Beschränkung auch für Rechte hätte gelten sollen, die im Rahmen der EU gewährt werden, hätte dies ausdrücklich in den Vertragstext aufgenommen werden müssen. Die zum Teil vertretene Ansicht, Meistbegünstigungsklauseln würden sich generell nicht auf Rechte beziehen, die im Rahmen einer Zollunion oder Freihandelszone gelten, entbehrt jeglicher Grundlage im

Vertragstext des FHS.¹⁷ Meistbegünstigung im Rahmen des FHS bedeutet damit, dass sich amerikanische Gesellschaften auf Rechte berufen können, die Gesellschaften irgendeines anderen Staates, also auch derer der EU, gewährt werden.

3. Dieser Aspekt führt zu der zweiten, in beiden Urteilen angesprochenen Thematik. Bei der Sitzverlegung US-amerikanischer Gesellschaften in die Bundesrepublik stellt sich neben der Frage nach deren rechtlicher Fortexistenz und dem anwendbaren Gesellschaftsstatut stets die vorrangige Frage, unter welchen Voraussetzungen Gesellschaften als Angehörige des jeweils anderen Vertragsstaates anzusehen sind, um damit den Anwendungsbereich des FHS zu eröffnen. Konkret: unter welchen Voraussetzungen ist eine US-amerikanische Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland noch als amerikanische Gesellschaft einzuordnen? Es geht um die Frage, ob ein sog. *genuine link* zum Gründungsstaat auch nach Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes in den anderen Vertragsstaat fortbestehen muss. Das Vorliegen eines *genuine link* bedeutet, dass die Gesellschaft zumindest eine geringe tatsächliche Bindung an den Ort ihrer Gründung haben muss, ohne dass sich aber ihr tatsächlicher Verwaltungssitz dort befindet. Klassischer Fall eines fehlenden *genuine link* ist die „Briefkastengesellschaft“ oder „Scheinauslandsgesellschaft“. Teilweise wird gefordert, dass ein *genuine link* erforderlich sei, um den Anwendungsbereich des FHS zu eröffnen und damit eine Anknüpfung an das Gründungsstatut über Art. XXV Abs. 5 Satz 2 FHS zu ermöglichen. Nur unter diesen Voraussetzungen sei eine Anerkennung zugezogener amerikanischer Gesellschaften möglich.¹⁸

In seinem Urteil vom 5.7.2004 ist der BGH auf das *genuine link*-Erfordernis zwar eingegangen, sah aber die Mindestvoraussetzungen dafür im konkreten Fall als erfüllt an. Er ließ es daher ausdrücklich offen, ob ein *genuine link*-Verhältnis im Rahmen des FHS grundsätzlich erforderlich ist, damit US-Corporations im Inland anzuerkennen sind. Die Tatsache, dass die amerikanische Gesellschaft ein Aktiendepot in den USA unterhalte, sei insofern ausreichend. Auch in dem Urteil vom 13.10.2004 lässt der BGH ausdrücklich offen, ob ein *genuine link* zu den Vereinigten Staaten notwendig ist. Die Entscheidung gibt gleichwohl näheren Aufschluss darüber, unter welchen Umständen der BGH die Anwendung des FHS zwingend verlangt. Er judiziert, dass auch in dem zugrunde liegenden Fall jedenfalls ein *genuine link* vorhanden sei, da die Klägerin einen Telefonanschluss in den USA unterhalte, der den Anrufer „an einen Anrufbeantworter oder an einen Servicedienst weiterleitet“ und daneben in den USA einen Software-Lizenzvertrag abgeschlossen habe. Überspitzt darf man Fragen, ob nicht selbst der ausländische Briefkasten ausreichen würde, um ein *genuine link* zu bejahen, selbst wenn die Post lediglich weitergeleitet wird. Die Anforderungen an ein *genuine link* sind damit verschwindend gering, wenn nicht gar ad absurdum geführt. Vielmehr sollte dieses Kriterium gleich ersatzlos aufgegeben werden.

Hinzukommt, dass die bereits erwähnte Meistbegünstigungsklausel des FHS dem Erfordernis eines *genuine link* für US-Corporations entgegensteht. Betrachtet man die extensive Auslegung der Niederlassungsfreiheit durch den EuGH führt die Meistbegünstigung für US-amerikanische Kapitalgesellschaften nämlich dazu, dass das Erfordernis eines *genuine link* für US-Corporations zwingend entfällt.¹⁹ Denn der EuGH

¹² Vgl. bereits BGH, NJW-RR 2002, 1359, 1360.

¹³ BGHZ 151, 204.

¹⁴ Paefgen, DZWIR 2003, 441 ff.

¹⁵ Frick, Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern, 1975, S. 95 ff.

¹⁶ Dammann, RabelsZ 2004, 607, 629 ff., 640.

¹⁷ Dazu insgesamt Dammann, RabelsZ 2004, 607, 629 ff.

¹⁸ Ebenroth/Kemmer/Willburger, ZIP 1995, 972; OLG Düsseldorf, ZIP 1995, 1009.

¹⁹ Ebenso Dammann, RabelsZ 2004, 607, 644 ff.

verlangt ein solches für EU-Gesellschaften nicht und unterstellt damit auch reine Briefkastengesellschaften grundsätzlich dem Schutzbereich des EGV²⁰. Selbst wenn ein *genuine link* in den entschiedenen Fällen daher nicht vorgelegen hätte, wäre dies für die Anerkennung von US-Gesellschaften unerheblich. Daneben kann auch der deutsche *ordre public* mangels entsprechender Klausel im FHS US-Gesellschaften nicht entgegengehalten werden.²¹ Sie sind aufgrund des Deutsch-Amerikanischen Freundschaftsvertrages damit umfassend anzuerkennen, ohne dass es jenseits der Gründung in den Vereinigten Staaten einer näheren Verbindung dorthin bedürfte.

4. Die Internationalisierung des Gesellschaftsrechts macht aber bei europäischen und US-amerikanischen Gesellschaften nicht halt, sondern wird sich auf eine Vielzahl von weiteren ausländischen Gesellschaften erstrecken. Neben einigen europäischen Assoziierungsabkommen, die den Gesellschaften dieser Staaten volle Niederlassungsfreiheit einräumen,²² sind Grund hierfür auch die inzwischen mehr als 110 bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen der BRD und Drittstaaten.²³ Diese enthalten standardmäßig Meistbegünstigungsklauseln zugunsten der Gesellschaften dieser Länder.²⁴ Die nach dem Recht dieser Staaten gegründeten und nach Deutschland verzogenen Gesellschaften sind daher über die Meistbegünstigung nicht nur als rechts- und parteifähig anzuerkennen. Vielmehr ist auch ihre Haftungsverfassung und -beschränkung nach ausländischem Recht zu achten. Voraussetzung ist jeweils, dass das ausländische Recht den Wegzug seiner Gesellschaften erlaubt und darin keinen Auflösungsgrund sieht. Auch auf diese Gesellschaften darf dann nicht die Sitztheorie angewandt werden, sondern nur das jeweilige Heimatstatut.

Problematisch ist allerdings das Verhältnis von Meistbegünstigung und Gemeinschaftsrecht. Teilweise wird vertreten, das Gemeinschaftsrecht könne über Meistbegünstigungsklauseln nicht gegenüber Drittstaaten wirken.²⁵ Diese Sichtweise kommt auch in neueren Investitionsschutzabkommen der BRD zum Ausdruck. Diese enthalten, anders als der FHS, Einschränkungen der Meistbegünstigung für Vorteile, die EU-Mitgliedstaaten im Rahmen des Gemeinschaftsrechts genießen (Art. 3 Abs. 3 des deutschen Modellvertrages). Eine Anerkennung ausländischer Gesellschaften über die Gründungstheorie aus solchen Vertragsstaaten kommt daher über Meistbegünstigung und die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit nicht in Betracht. Allerdings wird im Verhältnis zu diesen Drittstaaten nun die Rechtsprechung des BGH zu US-Gesellschaften relevant. Denn über die Meistbegünstigung können sich diese Gesellschaften zwar nicht auf Vergünstigungen für EU-Gesellschaften, wohl aber auf Regelungen zugunsten von US-Corporations berufen.

Die Bedeutung der BGH-Entscheidungen beschränkt sich somit nicht auf die Anerkennung der Gründungstheorie im Verhältnis zu amerikanischen Gesellschaften. Wegen der völkervertraglichen Meistbegünstigung in bilateralen Investitionsschutzabkommen muss Gleiches auch für Gesellschaften dieser Staaten gelten. Sie können sich auf diejenigen Rechte

berufen, die amerikanischen Gesellschaften eingeräumt sind. Über eine doppelte Derivation können sich damit Gesellschaften aus den entsprechenden Drittstaaten auf die Regelungen der Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages berufen. Potentiell steigt damit die Zahl in Deutschland anerkanntsfähiger Gesellschaften erheblich an. In Zukunft wird damit nicht nur mit europäischen und US-amerikanischen Gesellschaften mit Sitz in Deutschland, sondern auch mit diversen afrikanischen, asiatischen und anderen überseeischen Gesellschaften mit Sitz in Deutschland zu rechnen sein.

5. Es bedarf wohl keiner besonderen Begründung, dass diese Thematik des Internationalen Gesellschaftsrechts auch für die notarielle Praxis von herausragender Bedeutung ist. Nur eines von vielen Indizien ist dabei die Tatsache der steigenden Zahl der Anmeldungen von Zweigniederlassungen englischer Limiteds im deutschen Rechtsraum. Nicht selten muss dabei auf die Rechtsprechung des BGH beim Registergericht oder der jeweiligen IHK verwiesen werden, um dort den gewünschten Erfolg zu erzielen. Der sichere Umgang mit diesem doch speziellen Rechtsgebiet im Rahmen einer Globalisierung der Gesellschaftsrechte ist daher auch für die notarielle Tätigkeit unverzichtbar.

Notarassessoren *Sebastian Lach*, Bad Staffelstein, und *Stephan Schill*, LL. M., Alzenau i. Ufr.

Beurkundungs- und Notarrecht

13. BGB §§ 823, 280; GBO §§ 13, 22 (*Pflicht zur Einsichtnahme in Grundakten bei Löschantrag*)

Der ungerechtfertigte Antrag auf Löschung eines Rechts durch Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuches löst grundsätzlich keinen Schadensersatzanspruch des Betroffenen infolge gutgläubigen Erwerbs eines Dritten aus. Eine Ausnahme gilt auch dann nicht, wenn dem Antragsteller grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, er sich aber nicht in einer vorsatznahen Weise der Einsicht in die wahre Rechtslage verschlossen hat.

Zu dem Antrag auf Löschung eines Vorkaufsrechts wegen des Todes des Berechtigten ist dessen Erbe vom Grundbuchamt zu hören, wenn eine Vererblichkeit des Rechts in Frage kommt.

BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 322/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagte war bis zum Jahr 2000 Eigentümerin eines Hausgrundstücks in T. Bereits im Jahr 1954 hatte der Vater der Klägerin einige Räume des Anwesens, das sich zum damaligen Zeitpunkt im Eigentum der Großmutter der Beklagten befand, angemietet. Die Mietparteien hatten darüber hinaus vereinbart, „gesondert von diesem Vertrag dem Mieter ein dingliches Vorkaufsrecht (...) zu bestellen“. In Vollzug dieser Verpflichtung räumte die Großmutter der Beklagten dem Vater der Klägerin durch notarielle Urkunde vom 9.2.1954 ein vererbliches Vorkaufsrecht ein, das „für den ersten Fall einer Veräußerung, in welchem nach den gesetzlichen Vorschriften ein Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann“, gelten sollte. Die Eintragung im Grundbuch beschränkte sich auf die Bezeichnung des Rechts als Vorkaufsrecht und auf den Berechtigten; die Vererblichkeit war (nur) aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ersichtlich.

Im Wege der Erbfolge gelangte das Hausgrundstück zunächst in das Eigentum einer Erbengemeinschaft, bestehend aus der Beklagten und deren Mutter. Aufgrund eines von dem Streithelfer als Notar beurkundeten Erbauseinandersetzungsvertrags vom 16.8.1994 erwarb die Beklagte schließlich Alleineigentum an dem Anwesen. In der Folge

²⁰ *Weller*, DStR 2003, 1800 ff.; *Zimmer*, NJW 2003, 3585 ff., jeweils m. w. N.

²¹ *Bungert*, DB 2003, 1045; *Dammann*, RabelsZ 2004, 647 ff.

²² Dazu *Meilicke*, GmbHR 2003, 798 f.

²³ Liste unter <http://www.bmwabund.de/Navigation/Aussenwirtschaft-und-Europa/Finanzierung-und-Recht/Investieren-im-Ausland/investitions-foerder-und-schutzvertraege.html>.

²⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 2 des deutschen Mustervertrages, abgedruckt bei *Dolzer/Stevens*, Bilateral Investment Treaties, 1995, S. 187 ff.

²⁵ *Dammann*, RabelsZ 2004, 629 ff.; *Mankowski*, GRUR 1995, 547.

beantragte der Streithelfer beim Grundbuchamt in Vollzug des Erbauseinandersetzungsvertrags die Löschung des Vorkaufsrechts. Dabei ging er mangels Einsichtnahme in die Grundakten rechtsirrig davon aus, dass das Vorkaufsrecht entsprechend dem gesetzlichen Regelatbestand nicht vererblich und damit mit dem Tod des Vaters der Klägerin erloschen sei. Tatsächlich war das Vorkaufsrecht jedoch im Wege der Erbfolge auf die Klägerin und deren Schwester, die auf die Ausübung des Vorkaufsrechts verzichtet hat, übergegangen. Auch das Grundbuchamt erkannte die Vererblichkeit des Vorkaufsrechts nicht und nahm am 29.12.1994 die Löschung vor.

Mit notariellem Vertrag vom 1.3.2000 verkaufte die Beklagte das Hausgrundstück an einen gutgläubigen Dritten, der zwischenzeitlich im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz für den Verlust des Vorkaufsrechts. Das Landgericht hat der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Gegenstand nachwirkender Pflichten aus dem 1954 abgeschlossenen Vertrag sei das Gebot, alles zu unterlassen, was die Realisierung des Vorkaufsrechts durch die Klägerin gefährde oder vereitle. Hiergegen habe die Beklagte durch den ungerechtfertigten Löschantrag verstoßen. Das Handeln des Streithelfers sei ihr gemäß § 278 BGB zuzurechnen. Zwar sei der Schaden letztlich nur deshalb eingetreten, weil zu dem Löschantrag der Beklagten noch ein weiteres schadensstiftendes Ereignis, das fehlerhafte Handeln des Grundbuchamts, hinzutreten sei. Dieses habe jedoch die von der Beklagten ausgelöste Ursachenkette nicht in einer völlig ungewöhnlichen und unsachgemäßen Weise unterbrochen und damit als ursprüngliche Schadensursache verdrängt. Dies hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

II.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Beklagte gegenüber der Klägerin wegen des Verlusts des Vorkaufsrechts unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zum Schadensersatz verpflichtet.

1. Auf eine deliktsrechtliche Grundlage, die in Fällen der ungerechtfertigten Inanspruchnahme eines gerichtlichen Verfahrens in Rechtsprechung und Literatur im Vordergrund steht, lässt sich der Anspruch nicht stützen.

a) Der objektive Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB oder des § 831 BGB wird durch das Handeln der Beklagten und des Streithelfers freilich erfüllt. Bei dem dinglichen Vorkaufsrecht handelt es sich um ein sonstiges Recht im Sinne dieser Vorschriften, zu dessen Untergang die Beklagte bzw. der Streithelfer mit dem Löschantrag beigetragen haben. Zum Zeitpunkt der Antragstellung hatte das Vorkaufsrecht noch Bestand. Die Nachlassauseinandersetzung zwischen der Klägerin und ihrer Mutter hatte das Recht nicht berührt. Nach der Rechtsprechung des Senats begründet die Auseinandersetzung keinen Vorkaufsfall, da das erwerbende Mitglied einer Erbengemeinschaft nicht Dritter im Sinne des § 463 BGB (entspricht § 504 BGB a. F.) ist (BGH, LM § 1098 BGB Nr. 3 = DNotZ 1957, 654; WM 1970, 321 = DNotZ 1970, 423; vgl. ferner zur Auseinandersetzung einer Bruchteilsgemeinschaft Senat, BGHZ 13, 133 = DNotZ 1954, 385; BGHZ 48, 1 = DNotZ 1968, 25). Mithin handelte es sich bei der Veräußerung des Grundstücks im Jahr 2000 um den ersten Vorkaufsfall, der zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigte. Dass die Beklagte hierbei, abweichend vom Regelatbestand des § 1097 Hs. 1 BGB, das Grundstück nach der Auseinandersetzung

als Sonderrechtsnachfolgerin des ursprünglichen Bestellers veräußerte, ist unschädlich. Der Wortlaut der Bewilligung war nämlich unmissverständlich darauf gerichtet, die in § 1097 Hs. 1 BGB auf den ursprünglichen Besteller und dessen Gesamtrechtsnachfolger beschränkte Vorkaufsverpflichtung auch auf mögliche Sonderrechtsnachfolger auszudehnen, um jedenfalls eine einmalige Ausübung des Vorkaufsrechts zu gewährleisten. Auf die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob ein Vorkaufsrecht im Sinne des § 1097 Hs. 1 BGB nach Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft erlischt (statt aller BayObLG, JurBüro 1981, 751; MünchKommBGB/Westermann, 4. Aufl., § 1097 Rdnr. 5), kommt es somit nicht an.

b) Eine deliktsrechtliche Haftung der Beklagten scheidet jedoch bereits an der fehlenden Rechtswidrigkeit des ihr vorgeworfenen Verhaltens. Auf die Frage der Entlastung der Beklagten nach § 831 BGB kommt es mithin nicht mehr an.

aa) Maßgeblich hierfür ist, dass sich die Beklagte und der Streithelfer zur vermeintlichen Berichtigung des Grundbuchs (§ 22 GBO) durch Löschung des zugunsten des Erblassers (Vaters der Klägerin) eingetragenen Vorkaufsrechts eines hierzu bestimmten, gesetzlich geregelten Verfahrens der Rechtspflege bedient haben. Ein Verfahren der Rechtspflege ist nur dann uneingeschränkt funktionsfähig, wenn dem Rechtssuchenden ein ungehinderter Zugang zu ihm möglich ist. Der freie Zugang würde durch eine im Falle des Rechtsirrtums drohende Schadensersatzsanktion weitgehend beseitigt. Dies fände in den berechtigten Interessen der Gegenseite keine Rechtfertigung. In Angelegenheiten der staatlichen Rechtspflege, seien sie streitiger Art oder, wie hier, Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wird der Schutz der Gegenseite durch die gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrens selbst gewährleistet. Nach dem formalisierten Verfahren der Grundbuchordnung, um das es hier geht, kann, von den Fällen der Amtslöschung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit des Eingetragenen (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) abgesehen, eine Berichtigung nur erfolgen, wenn der Betroffene dies bewilligt oder die Unrichtigkeit (grundsätzlich) in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird.

Dem hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dadurch Rechnung getragen, dass sie das Betreiben des Verfahrens, auch wenn es rechtliche Defizite aufweist, regelmäßig als nicht rechtswidrig eingestuft hat. Bei der Begründung dieses Ergebnisses haben sich die Akzente von der Annahme eines Rechtfertigungsgrundes (Senat, BGHZ 20, 169, 171; BGHZ 36, 18, 21) zu der Auffassung verschoben, dass es an der Indizwirkung für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit fehle (vgl. BGHZ 74, 9, 14 f.; 95, 10, 19; 118, 201, 206; 154, 269, 271 f.). Auswirkungen auf die hier zu treffende Entscheidung hat dies nicht (zur ergebnisgleichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. BVerfGE 74, 257, 262).

bb) Allerdings soll es bei der uneingeschränkten Anwendung des Deliktsrechts verbleiben, wenn der Gegner in dem jeweiligen Rechtspflegeverfahren nicht förmlich beteiligt ist und daher seine Rechte nicht geltend machen kann (BGHZ 118, 201, 206; 154, 269, 272) oder wenn dem Kläger/Antragsteller leicht überprüfbare Hinweise auf die Unrichtigkeit seiner Rechtsposition vorliegen und er sich diesen verschließt (BGHZ 74, 917; 154, 269, 273). Dann ist entweder aufgrund der besonderen Schutzwürdigkeit des Gegners – so im ersten Ausnahmefall – oder aufgrund der fehlenden Schutzwürdigkeit des Schadensverursachers – so im zweiten Falle – für ein „Recht auf Irrtum“ kein Raum. Keine der Fallgruppen liegt hier vor.

(1) Das Antragsverfahren nach der Grundbuchordnung ist zwar insofern ein einseitiges, als sich das Grundbuchamt grundsätzlich mit der vom Antragsteller zu beschaffenden Bewilligungserklärung (§ 19 GBO; vgl. ferner § 20 GBO) des von der Eintragung Betroffenen begnügt, von sich aus aber an diesen nicht herantritt (statt aller *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 1 Rdnr. 48 f.). Soll indessen eine Berichtigung nicht auf Bewilligung, sondern, wie hier, durch Nachweis der Unrichtigkeit erfolgen, ist der von der Eintragung (hier: Löschung) Betroffene zu hören (zutr. OLG Zweibrücken, Rpfleger 1999, 532; BayObLG 1994, 177; 1999, 174; OLG Hamm, FGPrax 1995, 15; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., F 73). Die Nichtbeteiligung der Klägerin lag mithin nicht an dem von der Beklagten gewählten Rechtspflegeverfahren, sondern an einem Fehler der das Verfahren leitenden Behörde.

(2) Auch sonst liegt kein Ausnahmefall vor. Zwar hätte der schadensverursachende Löschungsantrag vermieden werden können, wenn die Beklagte oder der Streithelfer zuvor Einblick in die Grundakten genommen hätten. Das Unterlassen rechtfertigt auch, jedenfalls in der Person des Streithelfers, den Vorwurf der Fahrlässigkeit. Auch wenn dessen Fahrlässigkeit, was nahe liegt, als grob zu bewerten ist, kann sie doch nicht mit dem vorsatznahen „Sichverschließen“ gegenüber der wahren Rechtslage gleichgesetzt werden. Eine andere Beurteilung würde das Haftungsprivileg bei der Inanspruchnahme staatlicher Rechtspflegeverfahren erschüttern.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts folgt eine Haftung der Beklagten auch nicht aus einer durch Vertrag begründeten Sonderbeziehung der Parteien. Auch in diesem Fall stellt die Inanspruchnahme eines staatlichen Rechtspflegeverfahrens grundsätzlich keine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung dar. Die Rechtsverfolgung aufgrund eines vertraglichen Anspruchs duldet grundsätzlich keine Einschränkungen, denen nicht auch die Durchsetzung eines deliktsrechtlichen Anspruchs unterliegt. Hiervon ist der Senat bereits ausgegangen (BGHZ 20, 165, 172; ebenso das Schrifttum, vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., § 280 Rdnr. 27; *Hopt*, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahreseinleitung, 1968, S. 265 ff.; *Schultz-Süchtling*, Dogmatische Untersuchungen zur Frage eines Schadensersatzanspruches bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme eines gerichtlichen Verfahrens, 1971, S. 21; *Zeiss*, NJW 1967, 703, 706 f.). Allerdings kann es unter außergewöhnlichen Verhältnissen nicht ausgeschlossen sein, dass eine Partei, weil die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens oder der Vertragszweck eine einvernehmliche Abwicklung gebieten, die Durchsetzung eigener Ansprüche im Wege eines staatlichen Verfahrens zurückstellen muss (vgl. *Hopt*, a. a. O., S. 267 f.). Ob dieser Gedanke dazu führen kann, dass die Partei, die gleichwohl staatliche Hilfe in Anspruch nimmt, unter besonderer Berücksichtigung der Rechte der Gegenseite vorgehen muss, bedarf hier keiner näheren Erörterung. Eine Vertrauenslage oder eine vertragliche Zwecksetzung dieser Art besteht zwischen den Parteien nicht. Die die Beklagte als Erbin der ursprünglichen Vertragspartnerin (Großmutter) treffende Pflicht, dem Leistungserfolg, nämlich dem Fortbestehen des Vorkaufrechts bis zum vertraglichen Vorkaufsfall, nicht entgegenzuwirken, bietet hierfür keine Grundlage.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Aufsatz von *Reithmann*, MittBayNot 2005, 207 (in diesem Heft).

Kostenrecht

14. KostO §§ 14 Abs. 3, 24 Abs. 1, 22 (*Geschäftswert einer persönlich beschränkten Dienstbarkeit – Windenergieanlage*)

Die Bestimmung des Geschäftswerts einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit des Inhalts, auf einem Grundstück für eine bestimmte Zeit eine Windenergieanlage zu betreiben, richtet sich nach § 24 Abs. 1 lit. a) KostO. Grundlage für die Ermittlung des Jahreswertes ist daher nicht der Einspeiseerlös der Windenergieanlage, sondern das zwischen dem Betreiber und dem Grundstückseigentümer vereinbarte Nutzungsentgelt.

Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 22.4.2004, 8 Wx 1/04

Aus den Gründen:

1. (...) In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg.

2. Die Entscheidung des Landgerichts über die Erstbeschwerde der Beteiligten zu 2. beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO).

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Bestimmung des Geschäftswerts einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit des Inhalts, auf einem Grundstück für eine bestimmte Zeit eine Windenergieanlage zu betreiben, nach § 24 Abs. 1 lit. a) KostO richtet und dass Grundlage für die Ermittlung des Jahreswertes entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1. nicht der Einspeiseerlös der Windenergieanlage, sondern das zwischen dem Betreiber und dem Grundstückseigentümer vereinbarte Nutzungsentgelt ist.

3. Bei der Einräumung des Rechts, auf einem Grundstück eine Windenergieanlage zu betreiben, handelt es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 BGB). Die Ermittlung des Geschäftswerts für die Eintragung einer solchen Dienstbarkeit richtet sich nicht nach der für Grunddienstbarkeiten maßgeblichen Vorschrift des § 22 KostO, sondern nach § 24 KostO. Nach der Bestimmung des § 24 KostO wird der Geschäftswert unter Zugrundelegung des einjährigen Bezugswerts der Dienstbarkeit ermittelt, wobei – wenn es sich wie im vorliegenden Fall um eine Dienstbarkeit von bestimmter Zeitdauer handelt – auf die Summe der einzelnen Jahreswerte, höchstens jedoch das 25fache des Jahreswerts abgestellt wird (§ 24 Abs. 1 lit. a) KostO). Maßgebend ist hier allein der objektive Wert, den die Dienstbarkeit für den Betreiber der Anlage hat, nicht aber die durch die Dienstbarkeit herbeigeführte Wertminderung des belasteten Grundstücks (*Rohs/Wedewer*, KostO, § 24 Rdnr. 7 a; OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 644; BayObLG, JurBüro 2000, 94).

Der objektive Wert, den die Dienstbarkeit für den Berechtigten hat, entspricht dem Nutzungsentgelt, das der Betreiber der Windenergieanlage mit dem Grundstückseigentümer in dem schuldrechtlichen Vertrag vereinbart (*Rohs/Wedewer*, a. a. O.; OLG Oldenburg, a. a. O.). Das vereinbarte Entgelt stellt die Gegenleistung des Berechtigten für die ihm eingeräumten Nutzungen dar und gleicht nicht lediglich die durch die Dienstbarkeit herbeigeführte Wertminderung des Grundstücks aus. Das folgt im hier zu beurteilenden Fall aus der Wirtschaftsart und Lage der belasteten Grundstücke und dem vereinbarten Entgelt. Bei den belasteten Grundstücken handelt es sich ausweislich der Grundakten um Ackerland bzw. um landwirtschaftliche Flächen. Der Grundeigentümer solcher Flächen erhält bei einer bloß landwirtschaftlichen Nutzung ein wesentlich geringeres Entgelt als dies der Fall ist, wenn er das Grundstück – außerdem – dem Betreiber einer

Windenergieanlage zur entgeltlichen Nutzung überlässt. Folglich ist das in den Nutzungsverträgen für den Betrieb einer Windenergieanlage vereinbarte Entgelt die Gegenleistung für die Einräumung des Rechts des Betreibers. Die Beteiligte zu 1. hat nichts dafür vorgetragen und es ist auch sonst nichts aus den Akten ersichtlich, dass das hier ausgehandelte Nutzungsentgelt nicht dem Wert der Gegenleistung entspricht.

4. Demgegenüber kann der Jahreswert im Sinne des § 24 Abs. 1 lit. a) KostO weder auf der Grundlage des von der Beteiligten zu 2. angegebenen Jahreseinspeiserlöses noch nach Maßgabe eines noch zu ermittelnden Reingewinns bestimmt werden. Beide Werte stellen für die Ermittlung des objektiven Werts der Dienstbarkeit für den Berechtigten geeignete Bezugsgrößen nicht dar. Es handelt sich hierbei vielmehr um betriebswirtschaftliche Werte, die nicht zur Bestimmung eines Nutzungsentgelts herangezogen werden können. Auf der Grundlage des Nutzungsentgelts – allein – lassen sich weder der Jahreserlös noch der Reingewinn bestimmen. Maßgeblich sind hierfür zahlreiche Einzelumstände, die nicht nur mit der Benutzung des Grundstücks zusammenhängen, sondern die Unternehmensführung als solche betreffen.

Schließlich lässt sich bei einer Nutzungsdauer von 25 Jahren, wie sie hier vereinbart ist, auch gar nicht zuverlässig vorausbestimmen, wie hoch die Einnahmen für den Betreiber einer Windenergieanlage ausfallen werden, um einen objektiven Durchschnittswert zu ermitteln. Dem steht nicht die Abnahmeverpflichtung der Stromversorgungsunternehmen nach § 3 des Gesetzes für den Vorrang erneuerbarer Energien (EEG) entgegen. Hierdurch ist zwar die Vergütung für den eingespeisten Strom gesichert. Es handelt sich jedoch nur um einen einzelnen Faktor – und zwar auch nur auf den Absatzsektor –, der für die Ermittlung der Gewinnmöglichkeiten einer Windenergieanlage von Bedeutung ist. Die über das die Dienstbarkeit betreffende Nutzungsentgelt hinausgehenden Aufwendungen, die zudem weitaus höhere Betriebskosten verursachen, unterliegen Marktbedingungen, die bei einer so langen Laufzeit nicht ohne weiteres zu kalkulieren sind, ganz abgesehen davon, dass auf dem Gebiet der Energieversorgung zuverlässige Angaben über künftige Gewinnmöglichkeiten nicht gemacht werden können.

15. GVG § 17 a Abs. 5; KostO § 156; ZPO § 767 (*Rechtsweg gegen vollstreckbare Ausfertigung einer Kostenrechnung*)

Gegen vollstreckbare Ausfertigungen, die sich ein Notar für Kostenrechnungen erteilt hat, ist nur der Rechtsbehelf nach der Kostenordnung gegeben. Der ordentliche Rechtsweg ist für alle Ansprüche nach der Kostenordnung ausgeschlossen.

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 2.6.2004, 4 U 139/00

16. KostO §§ 154, 156 (*Anforderungen an Kostenrechnung*)

Entspricht eine Berechnung nicht den Vorschriften des § 154 KostO, fehlt insbesondere die eigenhändige Unterschrift, dann bildet sie keine geeignete Grundlage für das gerichtliche Nachprüfungsverfahren des § 156 KostO. Dies gilt auch für eine bloße Übersendung der Kostenrechnung per Telefax. (Leitsatz der Schriftleitung)

KG, Beschluss vom 29.9.2004, 1 W 254/02

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig (...). Sie ist auch begründet. Die nur per Fax mitgeteilte Kostenberechnung des Notars war nicht formgerecht mit der Folge, dass sie aufzuheben ist.

I. Nach § 154 Abs. 1 KostO dürfen die Kosten nur auf Grund einer dem Zahlungspflichtigen mitgeteilten, von dem Notar unterschriebenen Berechnung der Gebühren und Auslagen eingefordert werden. Entspricht eine Berechnung nicht den Vorschriften des § 154 KostO, fehlt insbesondere die eigenhändige Unterschrift, dann bildet sie keine geeignete Grundlage für das gerichtliche Nachprüfungsverfahren des § 156 KostO. Das Gericht hat sie ohne sachliche Befassung aufzuheben (vgl. *Rohs/Wedewer*, Kostenordnung, § 156 KostO, Rdnr. 3 m. w. N. [Stand April 2004]).

II. Ein solcher Fall liegt hier vor.

1) § 154 Abs. 1 KostO erfordert nach seinem klaren Wortlaut die Mitteilung einer Urkunde mit Unterschrift des Notars, also Aushändigung des Originals. Dem entspricht die Regelung des § 154 Abs. 3 Satz 1 KostO, nach der (nur) eine Abschrift der Berechnung zu den Akten des Notars zu nehmen ist (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, Kostenordnung, 15. Aufl. 2002, § 154 KostO, Rdnr. 11).

Diesen Anforderungen wird die nur als Faxkopie übersandte Kostenberechnung vom 17.9.1998/29.12.2000 nicht gerecht mit der Folge, dass sie aufzuheben ist.

2) Den Erwägungen des Landgerichts auf Seite 8 f. des Urteils, mit denen es die Wahrung der Formvorschriften auch durch Übersendung eines Telefaxes gerechtfertigt hat, vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

Die Übermittlung einer notariellen Kostenberechnung nach § 154 KostO hat sowohl materiell-rechtliche als auch prozessrechtliche Wirkungen. Einerseits wirkt sie verzugsbegründend (§ 284 Abs. 3 BGB a. F., § 286 Abs. 3 BGB; vgl. zur Rechtslage ab dem 15.12.2001 *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a. a. O., Rdnr. 4a) und unterbricht den Lauf der Verjährungsfrist (vgl. § 17 Abs. 3 KostO), andererseits bildet sie die Grundlage für die Erteilung einer Vollstreckungsklausel des Notars an sich selbst (§ 155 KostO). Schon dieser Doppelcharakter verbietet, weniger einschneidende Formanforderungen des Prozessrechts hier genügen zu lassen. Denn die Regelung des § 130 Nr. 6 ZPO, nach der die Übermittlung bestimmter Schriftsätze im Zivilprozess durch Telefax hinreichend ist, hebt die Formvorschriften für materiell-rechtliche Erklärungen, die in solchen Schriftsätzen enthalten sind, nicht auf.

Das Landgericht selbst weist darauf hin, dass empfangsbedürftige Willenserklärungen, die dem Schriftformerfordernis des § 126 BGB unterliegen, nicht wirksam durch Telefax übermittelt werden können (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl. 2004, § 126 BGB, Rdnr. 11). Dies ist im Fall des § 154 Abs. 1 KostO nicht anders zu bewerten. Die vom Landgericht hervorgehobene Schutzfunktion vor Übereilung des Erklärenden steht zwar hier nicht im Vordergrund. Das Schriftformerfordernis dient jedoch darüber hinaus auch der Klarstellungs- und Beweisfunktion: Die eigenhändige Unterschrift soll die unzweideutige Identifikation des Ausstellers ermöglichen (Identitätsfunktion), die Echtheit der Urkunde gewährleisten (Echtheitsfunktion) und die Möglichkeit eröffnen, beides zu überprüfen (Verifikationsfunktion; zu allem vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 125 BGB, Rdnr. 2 a). Diese Funktionen hat das gesetzliche Formerfordernis auch bei der Notarkostenberechnung zu erfüllen. Dafür spricht gerade auch die prozessuale Bedeutung der Kostenberechnung als Titel, aus

dem gemäß § 155 KostO die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Für einen solchen Titel gelten auch nach der ZPO strenge Formvorschriften (vgl. §§ 317 Abs. 1 Satz 1, 329 Abs. 3 ZPO; dazu *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 329 ZPO Rdnr. 37).

Demgegenüber kommt dem der Regelung des § 130 Nr. 6 ZPO zugrundeliegenden Grundsatz, die Verwendung der Telekommunikationsmittel im gerichtlichen Verfahren nicht durch Formvorschriften zu erschweren, im Rahmen des § 154 Abs. 1 KostO keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Dem Notar ist es ohne weiteres zuzumuten, eine unterschriebene Kostenrechnung dem Schuldner im Original zu übersenden. Auf die Übermittlung per Fax ist er, auch zur Unterbrechung der Verjährung, nicht angewiesen.

3) Mangels Einhaltung der gebotenen Form ist die unter dem Datum des 17.9.1998/29.12.2000 erteilte Kostenberechnung aufzuheben. Die – nach Eintritt der Verjährung mit Ablauf des Jahres 2000 zugestellte – vollstreckbare Ausfertigung dieser Kostenberechnung vom 24.1.2001 ist damit wirkungslos.

Steuerrecht

17. ErbStG §§ 7 Abs. 1 Nr. 1, 10, 25 Abs. 1 (*Schenkungsteuer bei vorzeitigem unentgeltlichem Verzicht auf ein vorbehaltenes Nießbrauchsrecht*)

1. **Der vorzeitige unentgeltliche Verzicht auf ein vorbehaltenes Nießbrauchsrecht erfüllt als Rechtsverzicht den Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. § 25 Abs. 1 ErbStG steht der Tatbestandsmäßigkeit nicht entgegen.**
2. **Eine Doppelerfassung des Nießbrauchsrechts – sowohl bei der Nichtberücksichtigung als Abzugsposten nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG als auch beim späteren Verzicht des Berechtigten – ist bei der Besteuerung des Nießbrauchsverzichts durch den Abzug des bei der Besteuerung des nießbrauchsbelasteten Gegenstandes tatsächlich unberücksichtigt gebliebenen (Steuer-)Werts des Nutzungsrechts von der Bemessungsgrundlage (Steuerwert) für den Rechtsverzicht zu beseitigen.**

BFH, Urteil vom 17.3.2004, II R 3/01

Im Jahre 1985 übertrug S auf seinen Neffen, den Kläger und Revisionskläger (Kläger), einen Geschäftsanteil an der A-GmbH zum Nennwert von 15.000 DM. Der Geschäftsanteil war mit einem lebenslänglichen Nießbrauchsrecht zu Gunsten der Mutter des S belastet, die im März 1986 verstorben ist. Der Kläger verpflichtete sich „als Gegenleistung“ für die Übertragung des Geschäftsanteils zur Übernahme des zu Gunsten der Mutter des S bestehenden Nießbrauchsrechts und räumte zugleich dem am 16.5.1928 geborenen S unter der aufschiebenden Bedingung des Ablebens der Mutter des S ein Nießbrauchsrecht an dem Geschäftsanteil ein.

Das damals für die Schenkungsteuerfestsetzung zuständige Finanzamt (FA X) setzte für diesen Vorgang durch Bescheid vom 22.7.1986 die Schenkungsteuer auf 0 DM fest. Der gemeine Wert des vom FA X mit 404.550 DM bewerteten Geschäftsanteils war niedriger als die Summe der von ihm auf der Grundlage der durchschnittlichen Ausschüttungen der letzten drei Jahre ermittelten Kapitalwerte der Nießbrauchsrechte zu Gunsten des S (394.875 DM) und seiner Mutter (21.875 DM).

Am 16.1.1991 verkauften der Kläger und weitere Gesellschafter, u. a. auch S, ihre Geschäftsanteile an der A-GmbH. Die Übertragung der Anteile sollte „frei von Rechten Dritter“ erfolgen. S verstarb am 10.2.1993.

Der nunmehr zuständige Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA Y), dem der Wegfall des Nießbrauchsrechts als Folge des Anteilsverkaufs erst 1996 bekannt wurde, sah hierin einen Nießbrauchsverzicht des S zu Gunsten des Klägers und setzte – ausgehend vom gemeinen Wert der Anteile zum 31.12.1985 – durch Bescheid vom 1.8.1997 wegen eines „Erwerbs vom 16.1.1991 aus der Schenkung von S“ gegen den Kläger Schenkungsteuer zunächst in Höhe von 91.632 DM fest. Mit Einspruchsentscheidung vom 20.12.1999 ermäßigte das FA Y die Steuer auf 5.401 DM. Seiner Steuerberechnung legte das FA nur noch den Kapitalwert des Nießbrauchsrechts des S nach dem Zeitraum des Verzichts (16.1.1991 bis 10.2.1993) in Höhe von 59.163 DM zugrunde.

Einspruch und Klage, mit denen der Kläger geltend machte, § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG stehe der Besteuerung des Wegfalls des Nießbrauchsrechts des S entgegen, blieben ohne Erfolg.

Das Finanzgericht (FG) führt in seiner Entscheidung aus, dass der in dem Verkauf der Geschäftsanteile „frei von Rechten Dritter“ liegende Verzicht des S auf sein Nießbrauchsrecht eine nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerpflichtige Zuwendung an den Kläger darstelle. Bei dem Erwerb des nießbrauchsbelasteten Vermögens einerseits und dem späteren Verzicht auf das Nießbrauchsrecht durch den Berechtigten andererseits handle es sich um zwei unterschiedliche und eigenständige Vorgänge, die jeweils zu einem Vermögenszuwachs führten. Das Abzugsverbot des § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG beseitige nicht die in dem späteren Verzicht auf den Nießbrauch liegende Bereicherung des Nießbrauchsverpflichteten. Das Urteil ist in EFG 2001, 148 veröffentlicht.

Mit seiner vom FG zugelassenen Revision rügt der Kläger fehlerhafte Anwendung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 25 Abs. 1 ErbStG. Der unentgeltliche Nießbrauchsverzicht sei kein eigener Steuerstatbestand; dieser gehe vielmehr in der Besteuerung des nießbrauchsbelasteten Gegenstandes auf.

Entscheidungsgründe:

II. Die Revision ist unbegründet (§ 126 Abs. 2 FGO).

1. Das FG hat zutreffend entschieden, dass der Nießbrauchsverzicht des S zu Gunsten des Klägers nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerbar ist.

Der Wegfall des Nießbrauchsrechts, dem der S zugestimmt und für den er einen Ausgleich vom Kläger nicht erlangt hat, stellt als Rechtsverzicht zu Gunsten des Klägers eine Schenkung unter Lebenden i. S. von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ErbStG dar. Danach gilt jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird, als Schenkung unter Lebenden. Als Bereicherung kommt jede Vermögensmehrung und jede Minderung von Schulden oder Belastungen beim Bedachten in Betracht. Durch den Verzicht des S auf sein Nießbrauchsrecht im Zuge des Anteilsverkaufsvertrags vom 16.1.1991 ist auf Kosten des S eine Belastung beim Kläger entfallen; dieser war danach in der Lage, seinen Anteil „frei von Rechten Dritter“ zu veräußern und das Entgelt für den unbelasteten Anteil zu vereinnahmen.

2. Der Steuerbarkeit des Verzichts auf das Nießbrauchsrecht steht § 25 Abs. 1 ErbStG nicht entgegen. Die objektive, ausschließlich nach bürgerlich-rechtlichen Bewertungsgrundsätzen zu beurteilende, durch den Rechtsverzicht bewirkte Bereicherung und damit die Tatbestandsmäßigkeit nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ErbStG kann durch die etwaige frühere steuerliche Behandlung des Erwerbs des nießbrauchsbelasteten Vermögens nach § 25 Abs. 1 ErbStG nicht beseitigt werden (so auch *Moench*, ErbStG, § 25 Anm. 33 ff.; *Gebel* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 25 Rdnr. 49), weil § 25 Abs. 1 ErbStG nicht die Frage nach der objektiven Bereicherung, d. h. nach der Tatbestandsmäßigkeit eines Schenkungsvorgangs, sondern nach der Bereicherung gemäß den erbschaftsteuer- und schenkungsteuerrechtlichen Regeln betrifft, zu denen

neben den steuerrechtlichen Bewertungsvorschriften auch die steuerrechtlichen Beschränkungen für den Abzug von Verbindlichkeiten (hier der Nießbrauchsbelastung) zählen. Da das Abzugsverbot nach § 25 ErbStG nur im Rahmen der Ermittlung der steuerrechtlichen Bereicherung nach § 10 ErbStG zu beachten ist, kann es auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit des nachfolgenden Rechtsverzichts nicht zu einer „doppelten“ Erfassung ein und desselben Vermögensgegenstandes kommen. Kann der Erwerber nießbrauchsbelasteten Vermögens nach bürgerlich-rechtlichen Bewertungsgrundsätzen den Wert des Nießbrauchsrechts von seinem Vermögenserwerb abziehen, wird dieses nur beim nachfolgenden Rechtsverzicht erfasst.

Der Auffassung des Klägers, § 25 Abs. 1 ErbStG enthalte eine abschließende, den § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ausschließende Regelung dergestalt, dass bei einem Erlöschen des Nutzungsrechts infolge des Verzichts des Nießbrauchsberechtigten lediglich die zinslose Stundung der auf den Kapitalwert des Nutzungsrechts entfallenden, bereits festgesetzten Steuer endet (so *Meincke*, ErbStG, 13. Aufl., § 7 Anm. 55, § 25 Anm. 15, und in ZEV 1998, 406, Urteilsanmerkung; *Schuck* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG, Bewertungsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 25 ErbStG Rdnr. 46; *Pahlke* in Christoffel/Geckle/Pahlke, ErbStG, § 25 Rdnr. 33; *Ziegeler*, DB 1998, 1058), kann deshalb nicht gefolgt werden.

Dementsprechend ist ein in einer möglichen Doppelerfassung des Nießbrauchs liegender und durch § 25 ErbStG herbeigeführter Wertungswiderspruch nicht auf der Ebene der objektiven Bereicherung, d. h. der Tatbestandsmäßigkeit des Rechtsverzichts nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, sondern nur im Rahmen der Ermittlung der steuerlichen Bereicherung nach § 10 ErbStG, d. h. nur bei der Prüfung auflösbar, ob und inwieweit durch den späteren Rechtsverzicht steuerrechtlich eine Bereicherung des Erwerbers vorliegt, die bisher noch nicht der Steuer unterlag.

3. Das FG hat zutreffend angenommen, dass die steuerrechtliche Bereicherung des Klägers i. S. von § 10 ErbStG mit dem nach den Allgemeinen Bewertungsvorschriften (s. § 12 Abs. 1 ErbStG) zu ermittelnden (Steuer-)Wert des Rechtsverzichts anzusetzen ist, und hat im Ergebnis auch zutreffend die Notwendigkeit einer „Korrektur“ der Besteuerung des Nießbrauchsverzichts verneint.

a) Zwar ist richtig, dass die als Folge des (steuerrechtlichen) Abzugsverbots nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG mögliche zweimalige steuerliche Erfassung des gleichen Vermögensgegenstandes, nämlich des Nutzungsrechts sowohl bei der Nichtberücksichtigung als Abzugsposten als auch beim späteren Verzicht, dem in § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG verankerten Bereicherungsprinzip widersprechen würde. Denn dieses gebietet die Anknüpfung der Besteuerung an die (Netto-)Bereicherung des Erwerbers und schließt damit die mehrfache steuerliche Erfassung eines Vermögenszuwachses aus. Eine Doppelerfassung des Nießbrauchsrechts als Folge des Abzugsverbots müsste deshalb bei der Besteuerung des späteren Nießbrauchsverzichts durch den Abzug des bei der Besteuerung des nießbrauchsbelasteten Gegenstandes tatsächlich unberücksichtigt gebliebenen (Steuer-)Werts des Nutzungsrechts von der Bemessungsgrundlage (Steuerwert) für den Rechtsverzicht beseitigt werden. Eines Rückgriffs auf § 163 der Abgabenordnung (AO 1977) bedarf es in diesen Fällen nicht (a. A. H 85 Abs. 4 Hinweise zu den Erbschaftsteuer-Richtlinien – Erbschaftsteuer-Handbuch 2003 –).

b) Eine Anrechnung des unberücksichtigt gebliebenen (Steuer-)Werts des Nutzungsrechts auf die Bemessungsgrundlage (Steuerwert) für den Rechtsverzicht scheidet aber im Streitfall aus, weil die (volle) Erfassung der in dem Rechts-

verzicht liegenden steuerlichen Bereicherung des Klägers zu keiner doppelten Besteuerung des Nießbrauchs geführt hat und damit dem Bereicherungsprinzip nicht widerspricht.

Insoweit kann dahinstehen, aus welchen Gründen das seinerzeit zuständige FA Y die Steuer für den Erwerb des nießbrauchsbelasteten Vermögens auf 0 DM festgesetzt hat, etwa weil es (möglicherweise zu Unrecht) der Auffassung war, der Erwerb habe bereits objektiv, d. h. nach bürgerlich-rechtlichen Bewertungsmaßstäben, zu keiner Bereicherung geführt oder das Abzugsverbot nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG sei hier (z. B. wegen des Nießbrauchs zu Gunsten der Mutter des S) nicht zu beachten. Denn ein Verstoß gegen das Bereicherungsprinzip läge nur vor, soweit es bei der Besteuerung des Nießbrauchsverzichts tatsächlich zu einer doppelten steuerlichen Erfassung des Nießbrauchs käme. Das ist jedoch bei beiden denkbaren Varianten nicht der Fall, weil im Streitfall das Nießbrauchsrecht bei der Besteuerung des nießbrauchsbelasteten Vermögens tatsächlich schenkungsteuerrechtlich noch nicht in einer Weise berücksichtigt wurde, die eine erneute Erfassung im Rahmen des Rechtsverzichts ausschliesse.

Offen bleiben kann im Streitfall auch, ob eine Zusammenrechnung des Nießbrauchsverzichts aus dem Jahre 1991 mit dem Erwerb des nießbrauchsbelasteten Vermögens aus dem Jahre 1985 nach § 14 ErbStG vorzunehmen ist. Denn selbst wenn die Voraussetzungen des § 14 ErbStG vorlägen, könnten die sich aus einer Zusammenrechnung ergebenden Konsequenzen zu Lasten der Klägerin im Revisionsverfahren nicht mehr gezogen werden. Das FA Y hat eine Zusammenrechnung nicht vorgenommen; eine Verböserung der Steuerfestsetzung durch den Bundesfinanzhof kommt nicht in Betracht.

18. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a (*Nicht angelegtes Geldvermögen als Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen*)

1. **Nicht angelegtes Geldvermögen kann – ebenso wie die vom Großen Senat des BFH im Beschluss vom 12.5.2003, GrS 1/00 (BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306) ausdrücklich erwähnten, ihrer Art nach ertraglosen Wirtschaftsgüter – nur Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein, wenn sich der Übernehmer im Übergabevertrag verpflichtet, eine ihrer Art nach bestimmte, ausreichend ertragbringende Vermögensanlage zu erwerben.**
2. **Beruft sich der Übernehmer darauf, dass für die Zukunft ausreichend hohe Nettoerträge zu erwarten sind, sind der Ertragsprognose in der Regel die Nettoerträge im Jahr der Übergabe und in den beiden folgenden Jahren zugrunde zu legen. Die eine Verbesserung der Ertragslage versprechenden Umstände müssen im Zeitpunkt der Vermögensübergabe bereits konkret bestimmbar sein.**

BFH, Urteil vom 16.6.2004, X R 22/99

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Eheleute und werden für die Streitjahre 1994 und 1995 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Mit notariellem Vertrag vom 8.3.1993 übertrugen die Eltern des Klägers diesem eine in W gelegene Eigentumswohnung. Der Kläger verpflichtete sich zur Übernahme der dinglich gesicherten Verbindlichkeiten und zur Zahlung eines nach § 323 ZPO abänderbaren monatlichen Betrags von 1.000 DM „als dauernde Last“ an seine Eltern (§ 2). In derselben Urkunde übertrugen die Eltern ihrem zwei-

ten Sohn ein in F gelegenes Grundstück zu Alleineigentum. Als Gegenleistung verpflichtete sich dieser, an seine Eltern 330.000 DM zu zahlen. „welche diesen Betrag ihrem Sohn R. (dem Kläger) schenken“ (§ 4). „Nachrichtlich“ ist in dem Vertrag erwähnt, dass der Kläger von seinen Eltern zusätzlich 300.000 DM als Zweckschenkung zum Erwerb einer Immobilie erhalten sollte. Nach Erhalt verwendete der Kläger diesen Betrag zum Erwerb einer Immobilie in L.

In den Einkommensteuererklärungen für die Streitjahre beantragten die Kläger, jeweils 12.000 DM zum Abzug als Sonderausgaben (dauernde Last gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) zuzulassen. Dem folgte das beklagte FA nicht.

Das Finanzgericht hat die Klage abgewiesen (EFG 1999, 602).

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG.

(...)

2. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften im Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Dauernde Lasten sind in vollem Umfang abziehbar, Leibrenten hingegen nur mit dem Ertragsanteil, der sich aus der Tabelle des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG ergibt. Demgegenüber dürfen die in § 12 EStG genannten Ausgaben weder bei den einzelnen Einkunftsarten noch vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden, „soweit in den §§ 10 Abs. 1 Nrn. 1, 2 bis 9, 10 b und §§ 33 bis 33 c (EStG) nichts anderes bestimmt ist“. Von diesem Abzugsverbot erfasst werden u. a. freiwillige Zuwendungen und Zuwendungen aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtspflicht (§ 12 Nr. 2 EStG).

Die anlässlich einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarten Versorgungsleistungen (private Versorgungsrente) unterscheiden sich von Unterhaltsleistungen i. S. von § 12 Nr. 1 EStG „durch ihre Charakterisierung als vorbehaltene Vermögenserträge; sie enthalten auch deshalb keine Zuwendungen des Vermögensübernehmers aufgrund freiwillig begründeter Rechtspflicht i. S. von § 12 Nr. 2 EStG“. Diese Aussage im Beschluss des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990, GrS 4–6/89 (BFHE 161, 317 = BStBl II 1990, 847), wird u. a. wie folgt erläutert: „Denn die steuerrechtliche Zurechnung der Versorgungsleistungen zu den wiederkehrenden Bezügen und Sonderausgaben beruht auf dem Umstand, dass sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen.“ Dem Beschluss liegt mithin die entscheidungsleitende Vorstellung zugrunde, dass der Übergeber das Vermögen ähnlich wie beim Nießbrauchsvorbehalt ohne die vorbehaltenen Erträge, die ihm nunmehr als Versorgungsleistungen zufließen, übertragen hat.

Dies hat der Große Senat des BFH in seinem Beschluss vom 12.5.2003, GrS 1/00 (MittBayNot 2004, 306), bekräftigt: „Maßgebendes Kriterium für die Frage, ob ein Wirtschaftsgut Gegenstand einer unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein kann, ist die Vergleichbarkeit mit dem Vorbehaltsnießbrauch. Die Vermögensübergabe muss sich so darstellen, dass die vom Übernehmer zugesagten Leistungen – obwohl sie von ihm erwirtschaftet werden müssen – als zuvor vom Übergeber vorbehaltene – abgespaltene – Nettoerträge vorstellbar sind.“ Wiederkehrende Leistungen, die nicht

aus den erzielbaren Nettoerträgen des übernommenen Vermögens gezahlt werden können, sind nicht als dauernde Last abziehbar. Sie sind Entgelt für das übernommene Vermögen (Großer Senat, MittBayNot 2004, 306).

3. Hinsichtlich der Art des übergebenen Vermögens, das Grundlage für die Vereinbarung von als dauernde Last anzuerkennenden Versorgungsleistungen sein kann, hatte die bisherige Rechtsprechung seit jeher unterschieden zwischen der Übergabe von Geldvermögen und den unter der Bezeichnung „existenzsichernd“ zusammengefassten Vermögensarten. In ersterer Hinsicht hatte die Rechtsprechung dem sog. Unterhaltskauf die steuerliche Anerkennung versagt, mit dem – gestützt auf eine den Wert des übergebenen Vermögens und den Barwert von wiederkehrenden Leistungen abgleichende „50 v. H.-Grenze“ des Abschn. 123 Abs. 3 der Einkommensteuer-Richtlinien a. F. – übergebenes Geld in eine dauernde Last mit dem (nahezu) doppelten Barwert umgewandelt werden sollte (vgl. Senatsentscheidungen vom 27.2.1992, X R 136/88, BFHE 167, 375 = BStBl II 1992, 609; vom 10.11.1999, X R 46/97, BFHE 189, 497 = BStBl II 2000, 188). Der Grund für diese Einschränkung ist durch den Systemwechsel zu einer folgerichtigen Dogmatik des Ertragsvorbehalts entfallen. Der Große Senat hat hierzu unter Bezugnahme auf die Entscheidung des erkennenden Senats in BFHE 189, 497 = BStBl II 2000, 188 in seinem Beschluss in MittBayNot 2004, 306 (unter C. II. 6. der Entscheidungsgründe) ausgeführt: „Sieht man wiederkehrende Leistungen nur unter der Voraussetzung als Sonderausgaben bzw. als wiederkehrende Bezüge i. S. des § 22 Nr. 1 EStG an, dass sie aus den Nettoerträgen des überlassenen Vermögens bestritten werden können, so kann auch die Übertragung von Geldvermögen, Wertpapieren und typischen stillen Beteiligungen in gleicher Weise berücksichtigt werden wie die Übertragung der bisher unter der Bezeichnung ‚existenzwährend‘ zusammengefassten Vermögensarten.“

Dies vorausgesetzt kann Geldvermögen den bisher unter der Bezeichnung „existenzsichernd“ zusammengefassten Vermögensarten gleichgestellt werden. Es muss freilich – ebenso wie der Erlös aus der Veräußerung der vom Großen Senat ausdrücklich erwähnten „ihrer Art nach ertraglosen Wirtschaftsgüter“ – ertragbringend angelegt werden. Aus den somit erzielten Erträgen sind die Versorgungsleistungen zu erbringen. In der Konsequenz der Entscheidung des Großen Senats liegt es, dass sich der Übernehmer im Übergabevertrag verpflichtet, „eine ihrer Art nach bestimmte Vermögensanlage zu erwerben, die einen zur Erbringung der zugesagten Versorgungsleistungen ausreichenden Nettoertrag abwirft“.

4. Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall kann der Senat aufgrund der Feststellungen des FG nicht abschließend entscheiden, ob die vom Kläger an seine Eltern zu erbringenden Versorgungsleistungen aus den erzielbaren Nettoerträgen der überlassenen Eigentumswohnung und eines einvernehmlich angelegten Betrages in Höhe von 330.000 DM bestritten werden können. Diese beiden Vermögenspositionen stehen – anders als der Schenkungsbetrag von 300.000 DM (hierzu unten d) – in sachlichem Zusammenhang mit den vereinbarten Versorgungsleistungen. Die diesbezüglichen Feststellungen sind im zweiten Rechtszug nachzuholen. Hierbei wird das FG nach dem Beschluss des Großen Senats in MittBayNot 2004, 306 Folgendes zu berücksichtigen haben:

a) Bei der Ermittlung des erzielbaren Ertrages der übernommenen Eigentumswohnung sind den nach steuerlichen Regeln ermittelten Einkünften Absetzungen für Abnutzung (AfA), erhöhte Absetzung und Sonderabschreibungen sowie außerordentliche Aufwendungen hinzuzurechnen.

Da der Kläger im Zusammenhang mit der Übertragung der Eigentumswohnung persönliche Verbindlichkeiten seiner Eltern übernommen hat, ist insoweit von einem teilentgeltlichen Erwerb auszugehen. Die gezahlten Zinsen lassen den unentgeltlichen Teil der Übertragung unberührt. Das FG wird daher im zweiten Rechtsgang zu prüfen haben, ob die Erträge, die auf den unentgeltlich übertragenen Teil entfallen – ggf. zusammen mit den Erträgen aus dem zugewendeten Geldbetrag [siehe unten b)] –, zur Erbringung der Versorgungsleistungen ausreichen (Beschluss des Großen Senats des BFH, MittBayNot 2004, 306, unter Bezugnahme auf das Schreiben des BMF vom 26.8.2002, BStBl I 2002, 893 Tz. 16).

b) Wie unter 3. dargelegt, können die Versorgungsleistungen auch aus den Nettoerträgen des überlassenen Geldvermögens in Höhe von 330.000 DM bestritten werden, wenn der Kläger nach den weiteren Feststellungen des FG den Betrag in Absprache mit seinen Eltern angelegt hat. Zudem wird das FG die Höhe des erzielbaren Nettoertrags ermitteln müssen.

c) Für die Ertragsprognose ist insgesamt auf die Verhältnisse des Vertragsabschlusses abzustellen. Sind in der Vergangenheit ausreichende Überschüsse erwirtschaftet worden, so bieten diese einen gewichtigen Anhaltspunkt. In Übereinstimmung mit der Praxis der Finanzverwaltung (BMF-Schreiben, BStBl I 2002, 893 Tz. 15) kann der Ertragsprognose der durchschnittliche Nettoertrag des Jahres der Übergabe und der beiden vorangegangenen Jahre zugrunde gelegt werden (so mit näherer Maßgabe Großer Senat des BFH, MittBayNot 2004, 306). Bei der Ertragsprognose handelt es sich um eine „überschlägige Berechnung“ (Kempermann, DStR 2003, 1736, 1740). Der Sonderausgabenabzug soll nicht daran scheitern, dass die erzielbaren Nettoerträge die Summe der versprochenen Vermögenserträge geringfügig unterschreiten. Soweit die tatsächliche spätere Entwicklung von Bedeutung ist (...), kann allerdings nur ein überschaubarer Prognosezeitraum zugrunde gelegt werden. Dieser umfasst in der Regel neben dem Jahr der Übergabe die beiden folgenden Jahre. Im Übrigen müssen, wenn nicht die tatsächliche spätere Entwicklung als Beweisanzeichen herangezogen werden kann, die eine günstigere Entwicklung versprechenden Umstände im Zeitpunkt der Vermögensübergabe bereits konkret bestimmbar sein. Allein der Hinweis auf die allgemeine Zins- oder Mietpreisentwicklung reicht dazu nicht aus.

d) Es bedarf dagegen keiner weiteren Prüfung, ob der Kläger den ihm von seinen Eltern zum Erwerb einer Immobilie geschenkten Geldbetrag in Höhe von insgesamt 300.000 DM ertragbringend angelegt hat. Denn mögliche Erträge daraus sind schon deshalb nicht in die Ertragsberechnung einzubeziehen, weil dieses Geldvermögen in keinem sachlichen Zusammenhang mit den zugesagten Versorgungsleistungen steht. Die „Zweckschenkung“ wird nur „nachrichtlich“ am Schluss des Vertrags ohne inhaltlichen Zusammenhang mit den in § 2 und § 4 geregelten Versorgungsleistungen erwähnt. Das Schenkungsversprechen sollte, so wird daraus deutlich, außerhalb der Regelungen über die Vermögensübergabe stehen.

e) Für den Fall, dass der Kläger die Versorgungsleistungen aus den Erträgen der Eigentumswohnung und des Geldvermögens in Höhe von 330.000 DM erbringen kann, sind diese, da abänderbar, als dauernde Last abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Die Abänderbarkeit ergibt sich hier aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 323 ZPO (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 15.7.1991, GrS 1/90, BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78).

19. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a (Ablösung eines Nießbrauchs gegen wiederkehrende Leistungen – Ertragsprognose)

1. **Wird ein anlässlich der Übergabe von Vermögen zur Vorwegnahme der Erbfolge zugunsten des Übergabers und/oder dessen Ehegatten vorbehaltener Nießbrauch später abgelöst und werden dabei zugunsten des bisherigen Nießbrauchers auf dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen vereinbart, die aus den Erträgen des übergebenen Vermögens gezahlt werden können, ist im Zweifel davon auszugehen, dass sich der bisherige Ertragsvorbehalt fortsetzt; an die Stelle des vorbehaltenen Nießbrauchs tritt die Versorgungsrente.**
2. **Beruft sich bei Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen der Übernehmer darauf, dass für die Zukunft ausreichend hohe Nettoerträge zu erwarten seien, so sind in die das Jahr der Übergabe und die beiden folgenden Jahre umfassende Ertragsprognose vor allem diejenigen Erträge einzubeziehen, die auf eine veränderte Unternehmensführung bzw. Bewirtschaftung zurückzuführen sind. Soweit die nach der Vermögensübergabe zu erwartende Ergebnissteigerung hingegen die Folge vom Vermögensübernehmer vorgenommener wesentlicher, über die bloße Erhaltung und Reparatur hinausgehender Veränderungen am übergebenen Vermögen ist, bleibt sie für die Ertragsprognose außer Betracht.**

BFH, Urteil vom 16.6.2004, X R 50/01

Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute und wurden für die Streitjahre 1988 und 1990 zur Einkommensteuer zusammen veranlagt. Mit Vertrag vom 29.11.1973 übertrug der Vater der Klägerin dieser das vermietete Grundstück X-Straße in Y unter dem Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauchs für sich und seine Ehefrau. Der Vater der Klägerin verstarb 1980. Mit Vertrag vom 25.3.1988 einigten sich die Klägerin und ihre Mutter über die Aufhebung des Nießbrauchs gegen Zahlung einer monatlichen Rente in Höhe von 6.200 DM. Hierzu heißt es im Vertrag u. a.:

„Wir haben uns im Dezember 1987 darauf geeinigt, dass das Nießbrauchsrecht an dem Grundstück aufgehoben wird und ab 1.1.1988 eine Rente von monatlich 6.200 DM gezahlt wird.“

Der Betrag von 6.200 DM entsprach im Wesentlichen der zu diesem Zeitpunkt erzielten Miete für das Grundstück. Die Rente wurde durch Anknüpfung an den Lebenshaltungskostenindex wertgesichert und durch Eintragung einer Reallast gesichert.

Die Kläger begehrten, die Aufhebung des Nießbrauchs als entgeltliches Geschäft zu behandeln. Dem folgte das beklagte Finanzamt unter Hinweis auf § 12 Nr. 2 EStG nicht. Das Finanzgericht hat der dagegen erhobenen Klage teilweise stattgegeben (EFG 2002, 255).

Gründe:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Hierzu hat die Rechtsprechung des BFH u. a. die folgenden Grundsätze entwickelt:

a) Nach Maßgabe des § 12 EStG sind nicht abziehbar u. a. freiwillige Zuwendungen und Zuwendungen aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtspflicht (§ 12 Nr. 2 EStG). Dies gilt auch für die im Einleitungssatz des § 12 EStG nicht er-

währenden Renten und dauernden Lasten (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG), soweit diese – außerhalb der für die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen geltenden Sonderregelung – Unterhaltsleistungen oder Leistungen aufgrund freiwillig begründeter Rechtspflicht sind (Senatsurteil vom 27.2.1992, X R 139/88, BFHE 167, 381 = BStBl II 1992, 612).

b) Die steuerrechtliche Behandlung der Versorgungsleistungen als dauernde Last/sonstige wiederkehrende Bezüge „beruht auf dem Umstand, dass sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen“ (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990, GrS 4–6/89, BFHE 161, 317 = BStBl II 1990, 847). Dem liegt nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH vom 12.5.2003, GrS 1/00 (MittBayNot 2004, 306), die normleitende Vorstellung zugrunde, dass der Übergeber „das Vermögen – ähnlich wie beim Nießbrauchsvorbehalt – ohne die vorbehaltenen Erträge, die ihm nunmehr als Versorgungsleistungen zufließen, übertragen hat“. Der Große Senat des BFH hat hierzu präzisierend ausgeführt, dass der Rechtfertigungsgrund der vorbehaltenen Vermögenserträge nur in den Fällen, in denen er tatsächlich vorliegt, trägt. Maßgebendes Kriterium für die Frage, ob ein Wirtschaftsgut Gegenstand einer unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein kann, ist, so der Große Senat des BFH, „die Vergleichbarkeit mit dem Vorbehaltsnießbrauch. Die Vermögensübergabe muss sich so darstellen, dass die vom Übernehmer zugesagten Leistungen – obwohl sie von ihm erwirtschaftet werden müssen – als zuvor vom Übergeber vorbehaltene – abgespaltene – Nettoerträge vorstellbar sind.“ Dies ist für die Abziehbarkeit – und materiell-rechtlich korrespondierend für die Steuerbarkeit – der privaten Versorgungsrente konstituierend (Senatsurteil vom 31.3.2004, X R 66/98, BFHE 205, 285).

c) Im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte wiederkehrende Leistungen, die nicht aus den erzielbaren Nettoerträgen des übernommenen Vermögens gezahlt werden können, sind nicht als dauernde Last abziehbar. Sie sind Entgelt für das übernommene Vermögen (BFH, MittBayNot 2004, 306).

2. Ein anlässlich der Übergabe von Vermögen zur Vorwegnahme der Erbfolge zugunsten des Übergebers und/oder seines – ggf. überlebenden – Ehegatten vorbehaltenes Nutzungsrecht kann zu einem späteren Zeitpunkt abgelöst werden. Diese Ablösung kann ein entgeltliches Rechtsgeschäft sein. Werden indes wiederkehrende Leistungen auf die Lebenszeit des Übergebers vereinbart, die aus den Erträgen des übergebenen Vermögens gezahlt werden können, ist im Zweifel davon auszugehen, dass sich der bisherige Ertragsvorbehalt fortsetzt; an die Stelle des vorbehaltenen Nießbrauchs tritt die private Versorgungsrente.

a) Handelt es sich beim Verzicht auf den Nießbrauch um ein Veräußerungsgeschäft oder zumindest einen „veräußerungsähnlichen Vorgang“, sind die Aufwendungen grundsätzlich Anschaffungskosten (BFH, Urteile vom 28.11.1991, XI R 2/87, BFHE 166, 283 = BStBl II 1992, 381, und vom 21.7.1992, IX R 14/89, BFHE 169, 313 = BStBl II 1993, 484). Dies ist namentlich anzunehmen, wenn ein Einmalbetrag gezahlt wird. Sofern ein sachlicher Zusammenhang mit einer Einkunftsart besteht, führt dies beim Erwerber zum Abzug von erwerbsicherndem Aufwand (Absetzungen für Abnutzung – AfA – und Schuldzinsen als Betriebsausgaben/Werbungskosten).

b) Eine Entgeltlichkeit des Verzichts auf ein Nutzungsrecht kann auch dann gegeben sein, wenn zur Ablösung wieder-

kehrende Leistungen vereinbart werden. Solches ist dann in Betracht zu ziehen, wenn das Recht in anderer Weise als durch Vorbehalt anlässlich einer Übertragung von Vermögen, namentlich mittels Zuwendung oder aufgrund eines wiederum entgeltlichen Rechtsgeschäfts begründet worden ist und wenn Leistung und Gegenleistung wie unter Fremden nach kaufmännischen Grundsätzen bemessen sind (vgl. Senatsurteil vom 25.11.1992, X R 34/89, BFHE 170, 76 = BStBl II 1996, 663). Dies gilt aber auch für die Ablösung eines vorbehaltenen Nutzungsrechts (Senatsurteil vom 27.11.1996, X R 85/94, BFHE 182, 110 = BStBl II 1997, 284 m. w. N.).

c) Im Anschluss an die Beschlüsse des Großen Senats des BFH in BFHE 161, 317, 326 f. = BStBl II 1990, 847 und vom 15.7.1991, GrS 1/90 (BFHE 165, 225 = BStBl II 1992, 78), hat der erkennende Senat entschieden, dass eine als Sonderausgabe abziehbare dauernde Last auch dann vorliegen kann, wenn im Vermögensübergabevertrag zunächst ein befristeter Vorbehaltsnießbrauch und zeitlich hieran anschließend eine Versorgungsrente vereinbart werden (Urteil vom 3.6.1992, X R 14/89, BFHE 169, 25 = BStBl II 1993, 23). Des Weiteren hat er durch Urteil vom 3.6.1992, X R 147/88 (BFHE 169, 127 = BStBl II 1993, 98), erkannt, dass ein Nießbrauch, den sich der Übergeber eines Vermögens vorbehalten hatte, durch eine private Versorgungsrente abgelöst werden kann. Diese Ablösung muss nicht bereits im Übergabevertrag vereinbart sein. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass ein für die Abziehbarkeit als dauernde Last erforderlicher sachlicher Zusammenhang mit der Vermögensübergabe dann besteht, wenn die Versorgungsrente – wenn auch betragsmäßig eingeschränkt – den ursprünglich vereinbarten Vorbehaltsnießbrauch ersetzt (Senatsurteil in BFHE 170, 76 = BStBl II 1996, 663; sog. gleitende Vermögensübergabe, s. BFH, Urteile vom 27.8.1996, IX R 86/93, BFHE 181, 175 = BStBl II 1997, 47; vom 13.3.1997, III R 300/94, BFH/NV 1997, 659).

d) Mit der Ablösung des Nießbrauchs durch die Versorgungsrente wird ein weiterer Schritt zur endgültigen Vermögensübergabe hin vollzogen (Senatsurteil in BFHE 169, 25 = BStBl II 1993, 23). Der besagte sachliche Zusammenhang tritt insbesondere dann deutlich hervor, wenn die private Versorgungsrente – wenn auch betragsmäßig eingeschränkt – auch wirtschaftlich den ursprünglich vereinbarten Vorbehaltsnießbrauch ersetzt (BFHE 170, 76 = BStBl II 1996, 663) oder wenn Nachtragsvereinbarungen durch eine Änderung der Bedarfslage veranlasst sind (BFHE 181, 175 = BStBl II 1997, 47).

e) Grundsätzlich ist die Frage, ob die zwecks Ablösung vereinbarten wiederkehrenden Leistungen eine private Versorgungsrente oder eine Gegenleistungsrente sind, nach den im Senatsurteil vom 29.1.1992, X R 193/87 (BFHE 167, 95 = BStBl II 1992, 465), zusammenfassend dargestellten allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Die im Verhältnis des Generationennachfolge-Verbundes geltende Vermutung für die private Versorgungsrente – die Rente ist unabhängig vom Wert der übertragenen Vermögenswerte nach dem Versorgungsbedürfnis der weichenden Generation und nach der Ertragskraft des übertragenen Vermögens bemessen worden, hat insofern familiären Charakter und ist kein Entgelt im Rahmen eines Veräußerungsgeschäfts unter kaufmännischer Abwägung von Leistung und Gegenleistung (BFH, BFHE 161, 317 = BStBl II 1990, 847, unter C. I. 1.; Senatsurteil vom 20.10.1999, X R 86/96, BFHE 190, 365 = BStBl II 2000, 602, jeweils mit weiteren Nachweisen der Rechtsprechung) – wirkt sich vorliegend als Vermutung für die Fortführung des Ertragsvorbehalts aus.

3. Das FG ist der im sog. Rentenerlass der Finanzverwaltung vom 23.12.1996 (BStBl I 1996, 1508 Tz. 17, 18) vertre-

tenen Auffassung gefolgt, nach der in den Fällen, in denen die wiederkehrenden Leistungen zwar nicht aus den Erträgen des übernommenen Vermögens erbracht werden können, der Verkehrswert des übertragenen Vermögens jedoch mindestens 50 % des Kapitalwerts der Versorgungsleistungen ausmacht, gleichwohl eine zum Abzug von Sonderausgaben führende private Versorgungsrente vorliegen kann (sog. Typus 2).

Dies steht im Widerspruch zur Entscheidung des Großen Senats des BFH in BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95 (= MittBayNot 2004, 306). Da sich das angefochtene Urteil auch nicht aus anderen Gründen als zutreffend darstellt, war es aufzuheben (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

4. Die nicht spruchreife Sache wird an das FG zurückverwiesen. Dieses wird die Frage prüfen, ob die Versorgungsleistungen aus den Nettoerträgen des übergebenen Grundstücks erbracht werden können.

a) Hierbei wird es berücksichtigen, dass den nach steuerlichen Regeln ermittelten Einkünften zur Bezifferung des maßgeblichen Nettoertrages AfA, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen sowie außerordentliche Aufwendungen, nicht jedoch Erhaltungsaufwendungen hinzuzurechnen sind (Beschluss des Großen Senats des BFH, MittBayNot 2004, 306, unter Bezugnahme auf das BMF-Schreiben vom 26.8.2002, BStBl I 2002, 893 Tz. 14). Für die Ertragsprognose ist auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragschlusses abzustellen.

b) Im hier vorliegenden Fall einer „gleitenden“ Vermögensübergabe im Sinne einer Ablösung eines Vorbehaltsnießbrauchs durch wiederkehrende Leistungen (vgl. Senatsurteil in BFHE 169, 127 = BStBl II 1993, 98) sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Ablösung des Nießbrauchsrechts maßgeblich (Senatsentscheidung vom 3.3.2004, X R 38/01, BFH/NV 2004, 1095; vgl. auch BMF-Erlasse, BStBl I 1996, 1508 Tz. 15, BStBl I 2002, 893 Tz. 15). Sind in der Vergangenheit ausreichende Überschüsse erwirtschaftet worden, so bieten diese einen gewichtigen Anhaltspunkt für die gebotene Ertragsprognose. In Übereinstimmung mit der Praxis der Finanzverwaltung (BMF-Schreiben, BStBl I 2002, 893 Tz. 15) kann dieser der durchschnittliche Nettoertrag des Jahres der Übergabe und der beiden vorangegangenen Jahre zugrunde gelegt werden (BFH, BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95). Bei der Ertragsprognose handelt es sich um eine „überschlägige Berechnung“ (Kempermann, DStR 2003, 1736, 1740). Damit soll der Sonderausgabenabzug nicht daran scheitern, dass die erzielbaren Nettoerträge die Summe der versprochenen Vermögenserträge geringfügig unterschreiten. Jedenfalls die im Steuerrecht allgemein anerkannte Geringfügigkeitsgrenze von 10 v. H. (vgl. dazu Senatsurteil vom 14.1.2004, X R 37/02, BFHE 205, 96 = BStBl II 2004, 493, mit umfangreichen

Nachweisen) ist auch im vorliegenden Zusammenhang anwendbar.

c) Im Übrigen können die Nettoerträge auch nach den günstigeren Prognosen des Übernehmers ermittelt werden, wenn das übergebene Vermögen beim Übergeber – etwa wegen dessen fortgeschrittenen Alters – nur noch geringe Erträge abwarf, beim Übernehmer jedoch ausreichende Erträge erwarten lässt. Zwar liegt die Beweislast dafür beim Übernehmer, jedoch kann, so der Große Senat des BFH (MittBayNot 2004, 306), auch die tatsächliche spätere Entwicklung als Beweisanzeichen herangezogen werden. Insoweit kann allerdings nur ein überschaubarer Prognosezeitraum zugrunde gelegt werden. Dieser umfasst neben dem Jahr der Übergabe die beiden folgenden Jahre (Senatsurteil vom 16.6.2004, X R 22/99, MittBayNot 2005, 250 [in diesem Heft]). In die Ertragsprognose sind vor allem die Erträge einzubeziehen, die auf eine veränderte Unternehmensführung bzw. Bewirtschaftung zurückzuführen sind. Soweit, etwa bei vermieteten Objekten wie im Streitfall, die Ergebnissteigerung Folge vom Übernehmer vorgenommener wesentlicher, über die bloße Erhaltung und Reparatur hinausgehender Veränderungen am übergebenen Vermögen ist, bleibt sie für die Ertragsprognose ohne Bedeutung. Denn in einem solchen Fall handelt es sich nicht mehr um den Ertrag des „übergebenen“ Vermögens.

5. Kommt das FG bei seiner erneuten Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die vereinbarten Versorgungsleistungen aus den Nettoerträgen des überlassenen Grundstücks bestritten werden können bzw. die erzielbaren Nettoerträge nur geringfügig überschreiten, sind diese als dauernde Last gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG abziehbar.

Können die Versorgungsleistungen nicht aus den erzielbaren Nettoerträgen des übernommenen Vermögens gezahlt werden, sind sie nicht als dauernde Last abziehbar. In Höhe ihres Barwerts liegen Anschaffungskosten vor, die gemäß §§ 7, 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG für den auf das Gebäude entfallenden Anteil zum Abzug von AfA führen. Der in den einzelnen wiederkehrenden Zahlungen enthaltene Zinsanteil ist nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG abziehbar (BFH, Urteil vom 9.2.1994, IX R 110/90, BFHE 175, 212 = BStBl II 1995, 47).

6. Durch die Zurückverweisung erhält das FA ggf. auch Gelegenheit, außerhalb des anhängigen Verfahrens entsprechend dem BMF-Schreiben vom 8.1.2004 (BStBl I 2004, 191) aus Gründen des Vertrauensschutzes hinsichtlich der Frage des Vorhandenseins ausreichender Nettoerträge eine Billigkeitsmaßnahme zu treffen, sofern Übergeberin und Übernehmerin übereinstimmend erklären, an der Behandlung der Vermögensübergabe nach den bisher von der Finanzverwaltung vertretenen Auslegungsgrundsätzen (BMF-Schreiben, BStBl I 2002, 893) festhalten zu wollen.

HINWEISE FÜR DIE PAXIS

1. Streifzug durch die KostO, 6. Aufl. (Stand 1.1.2005) – Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 5. Aufl.

(Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R.)

Mit dieser Übersicht soll dem Praktiker ein Überblick über die wesentlichen Änderungen des Streifzugs gegenüber der Voraufgabe gegeben werden.

1) Aufhebung von Verträgen – Rdnr. 82, 83 – neu:

Die Aufhebung eines Erbvertrages fällt unter § 46 Abs. 2 KostO. Hierzu gehört auch die Aufhebung einer Bindungswirkung (Rdnr. 81). Neu aufgenommen wurden kostenrechtliche Hinweise, wenn lediglich eine im Erbvertrag angeordnete Testamentsvollstreckung aufgehoben wird (Rdnr. 82). Wird durch Erbvertrag lediglich die Ersatzerbenberufung aufgehoben, erfolgt ebenfalls eine Bewertung nach § 46 Abs. 2 KostO. Der Geschäftswert richtet sich nach § 46 Abs. 4 KostO nach dem Reinvermögen. Wird nur eine von mehreren Ersatzerbenbestimmungen aufgehoben, ist der Geschäftswert nach der entsprechenden Quote des Reinvermögens zu bestimmen. Die gleichen Grundsätze sind auch bei der Aufhebung einer Schlusserbenberufung oder der Anordnung einer Nacherbfolge anzuwenden.

2) Auflassung – Rdnr. 94 – neu:

Der Geschäftswert einer gesonderten Auflassung ist in gleicher Weise anzunehmen, wie für das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft. In Fußnote 59 wird insbesondere auch darauf hingewiesen, dass beim Geschäftswert für die Auflassung auch Hinzurechnungen nach § 20 Abs. 1 KostO zu berücksichtigen sind, wie z. B. die Eingehung einer Bauverpflichtung.

3) Auslagen – Rdnr. 117 – neu:

Mit der Einführung der Wertobergrenze von 60 Mio. EUR durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz (KostRMoG) mit Wirkung zum 1.7.2004 wurde in § 152 Abs. 2 Nr. 4 KostO ein neuer Auslagenbestand aufgenommen. Danach ist die gezahlte Prämie für eine für den Einzelfall abgeschlossene Haftpflichtversicherung gegen Vermögensschäden, soweit die Prämie auf Haftungsbeträge von mehr als 60 Mio. EUR entfällt, als Auslagen an den Kostenschuldner weiterzugeben. Zu näheren Ausführungen mit Hinweisen auf die vorhandene Literatur siehe Rdnr. 117.

4) Einsichtnahme in das elektronische Grundbuch – Rdnr. 121 – neu:

Mit Beschluss vom 27.10.2004 hat das BayObLG (MittBayNot 2005, 77 = ZNotP 2005, 38 = NotBZ 2004, 482) entschieden, dass die Kosten, die dem Notar für die Nutzung des automatisierten Abrufverfahrens aus dem maschinellen Grundbuch im Einzelfall in Rechnung gestellt werden, als verauslagte Gerichtskosten i. S. d. § 154 Abs. 2 KostO an den Kostenschuldner weitergegeben werden können. Die Notarkasse hat sich der Auffassung des BayObLG angeschlossen und ihre frühere Meinung aufgegeben (vgl. Rundschreiben der Notarkasse Nr. 13/04). Das BayObLG vertritt den Standpunkt, dass die weitergegebenen Abrufkosten nicht der Um-

satzsteuer unterliegen. Ob dies zutrifft, wird derzeit durch eine Anfrage bei der Finanzverwaltung geklärt (vgl. Rundschreiben Nr. 1/05).

5) Einsichtnahme in das elektronische Handelsregister – Rdnr. 122 – neu:

Auch die Kosten, die dem Notar für die Einsichtnahme in das in maschineller Form geführte Handelsregister in Rechnung gestellt werden, also die Kosten für den Online-Abruf, können ebenfalls (wie schon bisher) an den Kostenschuldner als verauslagte Gerichtskosten weitergegeben werden. Ausführungen hierzu wurden in den Streifzug unter Rdnr. 122 neu aufgenommen.

6) Beitreibung der Kosten – Rdnr. 164–171 – 5. Aufl. Rdnr. 32, 134:

Auf Anregung aus der Praxis wurde das Kapitel „Beitreibung der Kosten und Zinsen“ ausgeweitet. Insbesondere wird nunmehr auch erläutert, durch wen und wie die Beitreibung der Kosten erfolgt, wenn ein Notar ausgeschieden ist, das Amt des Notars verwaltet wird oder der Notar verstorben ist. Darüber hinaus sind Hinweise zur Vollstreckung im Falle der Amtssitzverlegung in Rdnr. 169 enthalten. Schließlich ist in Rdnr. 171 klargestellt, dass der Notar für die sich selbst erteilte Vollstreckungsklausel keine Rechtsnachfolgeklausel erteilen kann.

7) Grundbuchberichtigung – Rdnr. 172 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 135 ff.:

Das Kapitel Berichtigungsantrag (Grundbuchberichtigung) wurde aktualisiert, insbesondere zur Festsetzung des Geschäftswertes. Es ist zu differenzieren, ob der Berichtigungsantrag die fortbestehende Identität des Eigentümers betrifft oder die Eintragung eines neuen Eigentümers. Insbesondere wird unter Rdnr. 181 besprochen, wie das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen GbR zu bewerten ist.

8) Zusammenstellung der aktuellen Satzung – Rdnr. 193, 1068 – 5. Aufl. Rdnr. 149, 859:

Die Notarkasse hat bisher die Auffassung vertreten, dass der Notar bei der Zusammenstellung der aktuellen Satzung, die mit der Bescheinigung gem. § 54 GmbHG oder § 181 AktG der Anmeldung beizufügen ist, eine gebührenfreie Nebentätigkeit vorliegt, wenn der Notar die betreffenden Satzungsänderungen beurkundet hat. Diese Meinung wurde aufgegeben. Nunmehr ist die Notarkasse der Meinung (Rdnr. 193 und Rdnr. 1068), dass für die auftragsgemäße Zusammenstellung der aktuellen Satzung eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Teilwert zu erheben ist.

9) Dauerwohnrecht/Dauernutzungsrecht – Rdnr. 204 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 157:

Die Erläuterungen zur Bewertung der Bestellung eines Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts wurden ausgeweitet. Insbesondere wurde unter Rdnr. 210 die Bewertung erläutert, wenn mit der Einräumung eines Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts die Verpflichtung des Grundstückseigentümers mitbeurkundet wird, auf jederzeitiges Verlangen der Berechtigten das betroffene Grundstück in Wohnungseigentum aufzuteilen mit der Verpflichtung, ein Wohnungseigentumsrecht

auf den Berechtigten zu übertragen. Ergänzt wurde darüber hinaus, dass es sich bei der Begründung eines Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts nicht um ein Rechtsgeschäft handelt, das unter § 146 Abs. 1 KostO einzuordnen ist. In Übereinstimmung mit *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 146 Rdnr. 8, fällt also für Vollzugstätigkeiten neben der Beurkundungsgebühr keine Vollzugsgebühr an.

10) Ehe- und Erbvertrag – Rdnr. 328 – 5. Aufl. Rdnr. 230:

Ehe- und Erbvertrag sind gem. § 46 Abs. 3 KostO gegenstands- gleich. Zu bewerten ist nur ein Vertrag, bei unterschiedlichen Werten der Vertrag mit dem höheren Wert. Gegenstands- gleichheit liegt auch dann vor, wenn der Erbvertrag lediglich die Aufhebung eines früheren Erbvertrages beinhaltet. Dies war schon bisherige Auffassung der Notarkasse, die nunmehr durch das BayObLG (MittBayNot 2003, 238 = RNotZ 2003, 204) bestätigt wurde.

11) Entwurfstätigkeit im Rahmen des § 17 Abs. 2 a BeurkG – Rdnr. 352, 353 – neu:

In den Streifzug wurde die kostenrechtliche Behandlung von Entwurfstätigkeiten im Rahmen des § 17 Abs. 2 a BeurkG neu aufgenommen. Auf die diesbezüglichen Erläuterungen in den Rdnr. 352, 353 wird Bezug genommen.

12) Erbschaftsausschlagung – Rdnr. 429–434 – neu:

Neu enthalten sind kostenrechtliche Erläuterungen zur Bewertung von Erbschaftsausschlagungen samt Nebengeschäften. Auch die Anfechtung der Annahme oder der Ausschlagung der Erbschaft oder Anfechtung des Versäumnisses der Ausschlagungsfrist sind behandelt.

13) Land- und forstwirtschaftliche Betriebe bei Eheverträgen und letztwilligen Verfügungen – Rdnr. 252, 446 5. Aufl. – neu:

Bei einem Ehevertrag (Vereinbarung eines neuen Güterstandes) ist gem. § 39 Abs. 3 KostO das Reinvermögen der Ehegatten maßgebend. Der Geschäftswert einer letztwilligen Verfügung ist gem. § 46 Abs. 4 KostO nach dem Reinvermögen des Erblassers zu bestimmen, wenn zur Gesamtrechtsnachfolge verfügt wird. Gehört ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb i. S. d. § 19 Abs. 4 KostO zum Vermögen, sind die betriebsbezogenen Verbindlichkeiten nicht in voller Höhe abzuziehen, sondern in dem Verhältnis zu mindern, das dem Verhältnis des 4-fachen Einheitswertes zum Verkehrswert entspricht (entsprechend BayObLG, MittBayNot 2003, 316).

14) Gebührenfreiheit nach § 143 Abs. 2 Satz 2 KostO – Rdnr. 563 – 5. Aufl. Rdnr. 466:

Unverändert gilt gem. § 143 Abs. 2 Satz 2 KostO auch für den Gebührennotar die dort geregelte Gebührenfreiheit. Die Gebührenfreiheit wirkt sich in der Praxis der Notare insbesondere bei Grundschuldbestellungen zur Absicherung von Leistungen im Sozialhilferecht usw. aus. Der Kreis der begünstigten Geschäfte ergibt sich aus der Bezugnahme auf § 64 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 des 10. Buches Sozialgesetzbuch (SGB X). § 64 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X wurde neu gefasst. Die Neufassung ist unter Rdnr. 563 abgedruckt (u. a. Ausweitung: „Geschäfte im Recht der Grundsicherung für Arbeitsuchende, im Recht der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung ...“).

15) Verjährung des Kostenanspruchs – Rdnr. 584 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 468 ff.:

Die neuen Verjährungsbestimmungen gem. § 17 Abs. 1, 2, 3 Satz 1 KostO seit 1.1.2002 mit Inkrafttreten der Schuldrechts-

modernisierung sind bereits in der 5. Auflage unter Rdnr. 478 ff. enthalten. Diese Ausführungen wurden in der 6. Auflage grundlegend überarbeitet, insbesondere auch im Hinblick auf weitere Maßnahmen, durch welche der Neubeginn der Verjährung herbeigeführt werden kann (Rdnr. 592 ff.). Berücksichtigt wurde unter Rdnr. 598 die neue Rechtsprechung des BGH (ZNotP 2004, 492 = NJW-RR 2004, 1578), wonach eine Kostenforderung des Notars auch dann nicht der 30-jährigen Verjährungsfrist unterliegt, wenn die Kostenberechnung unanfechtbar geworden ist. Die Notarkasse hat ihre noch im Streifzug, 5. Aufl., Rdnr. 487 vertretene gegenteilige Auffassung aufgegeben.

16) Handelsregistergebührenneuordnungsgesetz/Handelsregistergebührenverordnung – Rdnr. 609 – neu:

Durch das Gesetz zur Neuordnung der Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen wurden die Gebühren für die Eintragungen in die betreffenden Register neu geregelt. Die bisherigen wertbezogenen Gebühren für die Registereintragungen wurden entsprechend den Vorgaben des EuGH auf aufwandsbezogene Eintragungsgebühren umgestellt. Das entsprechende Kostenverzeichnis über die Eintragungsgebühren ist als Anhang I beigefügt. Für die Notare haben sich keine strukturellen Änderungen ergeben. Lediglich die §§ 26, 26 a und 27 KostO wurden aufgehoben und, für die Notare inhaltlich und strukturell unverändert, als §§ 41 a, 41 b und 41 c KostO wieder in die Kostenordnung eingefügt.

17) Zweigniederlassungen, § 41 a Abs. 5 KostO – Rdnr. 721 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 584 ff.:

Durch das HRegGebNeuOG ist die kostenrechtliche Behandlung der Anmeldung von Zweigniederlassungen nunmehr in § 41 a Abs. 5 KostO enthalten. Inhaltliche Änderungen gegenüber dem früheren § 26 Abs. 6 KostO ergaben sich insoweit, dass Satz 4, der bei Prokurenanmeldung betreffend Zweigniederlassungen die Teilung des Wertes durch die Anzahl der eingetragenen Zweigniederlassungen vorsah, entfallen ist. Entsprechende Hinweise sind in Rdnr. 723 aufgenommen. Neu aufgenommen wurde in Rdnr. 730 die Bewertung von Anmeldungen betreffend Zweigniederlassungen einer ausländischen Kapitalgesellschaft (u. a. englische *Limited*). Soweit gebührenpflichtige Nebentätigkeiten in Betracht kommen, sind auch diesbezügliche Hinweise enthalten.

18) Geschäftsanteile an einer GmbH – Rdnr. 819–822 – 5. Aufl. Rdnr. 647 ff.:

Ab Rdnr. 806 sind kostenrechtliche Hinweise zur Bewertung von Geschäftsanteilen ausgeführt. Erweitert wurden die Erläuterungen bezüglich Bewertungshinweisen bei Verkauf eines Geschäftsanteils zu einem symbolischen Kaufpreis von 1 € (Rdnr. 819), Ableitung des Geschäftswertes aus anderweitigen Kaufverträgen (Rdnr. 820) und Wertermittlung aufgrund einer Bilanz (Rdnr. 821).

19) Zustimmungsbeschluss zur Veräußerung eines Geschäftsanteils – Rdnr. 833–835 – neu:

Neu aufgenommen wurden in den Streifzug kostenrechtliche Hinweise für Zustimmungsbeschlüsse, wenn zur Veräußerung eines Geschäftsanteils die Satzung einen Beschluss der Gesellschafter vorsieht. Die kostenrechtlichen Differenzierungen sind in den Rdnr. 833 ff. erläutert. Erfolgt die Abtretung eines Geschäftsanteils durch den Alleingesellschafter oder bei einer zweigliedrigen GmbH die Veräußerung des Geschäftsanteils des einen Gesellschafter an den anderen, wird man

auch aus Nachweisgründen keine Notwendigkeit für die Beurkundung eines Zustimmungsbeschlusses begründen können. Auf die Literaturangaben in der Fußnote 449 zu Rdnr. 834 und die ebenfalls genannten Gutachten des DNotI wird hingewiesen.

20) Kaufvertrag und Gesellschaftsvertrag – Rdnr. 859 – neu:

Unter Rdnr. 859 wird die kostenrechtliche Behandlung eines Kaufvertrages bei Mitbeurkundung des Gesellschaftsvertrages, wenn mehrere Käufer in GbR erwerben, behandelt. Kaufvertrag und Gesellschaftsvertrag sind gegenstandsverschieden. Der Geschäftswert für den Gesellschaftsvertrag richtet sich jedoch nach dem Umfang der mitbeurkundeten gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen. Auf die Differenzierungen, je nach Ausgestaltung des GbR-Vertrages, wird Bezug genommen.

21) Nebengeschäfte in Handels-, Gesellschafts- und Registerangelegenheiten – Rdnr. 1043 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 838 ff.:

Die Gründungsprüfung bei Errichtung einer AG wurde durch § 33 Abs. 3 AktG neu gestaltet. Danach kann in einem bestimmten Umfang die Prüfung des Hergangs der Gründung einer AG durch den Notar anstelle eines gerichtlich bestellten Gründungsprüfers erfolgen. Erläuterungen zur kostenrechtlichen Behandlung einer Gründungsprüfung sind in Rdnr. 1072 und 1073 enthalten.

22) Gewinnabführungsvertrag – Rdnr. 1082 – neu:

In der 5. Auflage des Streifzugs ist unter Rdnr. 860 ff. die Bewertung des Zustimmungsbeschlusses zu einem Unternehmensvertrag besprochen. Diese Ausführungen sind in die 6. Auflage unter Rdnr. 1074 ff. übernommen. Neu aufgenommen wurde die Bewertung eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages sowie anderer Unternehmungsverträge. Die Bewertung derartiger Verträge wurde vor allem deshalb aufgenommen, weil in der notariellen Praxis die Beurkundung derartiger Verträge und nicht nur der Beschlüsse zunimmt.

23) Grundstückswert – Rdnr. 1151–1175 – 5. Aufl. Rdnr. 918–926:

Die Bewertung von Grundstücken bereitet in der Praxis zunehmend Probleme. Das Kapitel Grundstückswert wurde deshalb in der 6. Auflage des Streifzugs ausgeweitet. Nachdem Gebäude weiterhin auf der Grundlage der Brandversicherungs- oder Brandkassenwerte bewertet werden können und die Richtzahlen neu veröffentlicht wurden, ist die Richtwerttabelle als Anhang II mit Bewertungshinweisen aufgenommen worden. Gleiches gilt für die Bewertung von Wohngebäuden nach den Preisindizes für Wohngebäude, herausgegeben vom Statistischen Bundesamt in Wiesbaden, Fachserie 17 Reihe 4. Bewertungshinweise, Berechnungsbeispiele und tabellarische Übersichten sind in Rdnr. 1162 und Anhang III enthalten.

24) Höchstwerte – allgemeine Höchstgrenze – Rdnr. 1204 ff. – neu:

Durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz wurde zum 1.7.2004 durch Einfügung eines Satzes 2 in § 18 Abs. 1 KostO eine generelle Wertobergrenze eingeführt. Die Auswirkungen auf die Berechnung der Beurkundungsgebühren, insbesondere im Hinblick auf § 44 KostO bei Gegenstandsgleichheit und Gegenstandsverschiedenheit, sind in den Rdnr. 1204 ff. erläutert.

25) Kaufvertrag und Erschließungskostenregelungen – Rdnr. 1275 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1003–1005:

In Streifzug Rdnr. 1275 ff. werden Hinweise zur kostenrechtlichen Behandlung von Erschließungskostenregelungen gegeben. Nunmehr wurde auch die Bewertung eines Ablösungsvertrages gem. § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB aufgenommen (Rdnr. 1279).

26) Kaufvertrag und Umsatzsteueroption – Rdnr. 1294 – 5. Aufl. Rdnr. 1007–1009:

Nach § 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG n. F. schuldet der Käufer die Umsatzsteuer, wenn der Verkäufer zur Umsatzsteuer optiert. Nachdem der Käufer nunmehr gesetzlicher Schuldner ist, scheidet eine Hinzurechnung nach § 20 Abs. 1 KostO aus. Nach Auffassung der Notarkasse liegt eine Vertragsbedingung bzw. eine nicht zu bewertende Nebenleistung vor, so dass gem. § 18 Abs. 2 Satz 1 KostO eine zusätzliche Bewertung ausscheidet (Rdnr. 1294). Anzumerken ist jedoch, dass diese Auffassung nicht ganz unumstritten ist.

27) Kaufvertrag und Löschungserklärungen des Käufers bezüglich seiner Vormerkung – Rdnr. 1303–1314 – neu:

In der Praxis häufen sich Vertragsgestaltungen im Rahmen von Grundstückskaufverträgen, wonach der Käufer Erklärungen bezüglich der Löschung der zu seinen Gunsten zur Eintragung kommenden Auflassungsvormerkung für den Fall des Scheiterns des Kaufvertrages abgibt (sog. Schubladenlöschung). Die kostenrechtliche Behandlung je nach Gestaltungsweise (Löschungsvollmacht, Löschungsbewilligung samt Haftungsanweisung, auflösend bedingte Vormerkung) wird in den Rdnr. 1302 ff. erläutert. Die Schubladenlöschungsbewilligung, also die Bewilligung außerhalb des Kaufvertrages, ist in den Rdnr. 1310 ff. behandelt. Zu diesem Problemkreis wird auch auf eine nach Drucklegung des Streifzugs veröffentlichte Abhandlung von *Fembacher/Klinger*, MittBayNot 2005, 105, hingewiesen. Ergänzende Hinweise finden sich im Hinblick auf Nebentätigkeitsgebühren nach § 147 Abs. 2 KostO in den Rdnr. 1499 und 1500.

28) Kaufvertrag und befreiende Schuldübernahme – Rdnr. 1315 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1525 ff.:

Die Notarkasse hat ihre Ansicht zur Kostenbewertung der Übernahme von nur teilvaluierten Grundpfandrechten samt gesicherten Forderungen in Anrechnung auf den Kaufpreis mit schuldbeitragender Wirkung im Rahmen von Kaufverträgen neu überdacht. Es werden nunmehr Differenzierungen vorgenommen je nach Fallgestaltung, nämlich

- a) Unterwerfung bei Übernahme der Grundsuld nur in Höhe des noch geschuldeten Betrages (hier liegt Gegenstands-gleichheit vor) und
- b) Übernahme der Grundsuld und Unterwerfung in Höhe des Nennbetrages, wenn diese über den geschuldeten Betrag hinausgeht (Gegenstandsverschiedenheit gem. § 44 Abs. 2 KostO, siehe Rdnr. 1320).

Auch alternative Regelungen zur Haftungsfreistellung des Verkäufers sind erläutert (Rdnr. 1319).

29) Kaufvertrag und Belastungsvollmacht – Rdnr. 1329 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1034 ff.:

In Rdnr. 1329 ff. wird dargelegt, wie eine im Kaufvertrag enthaltene Belastungsvollmacht kostenrechtlich einzuordnen ist, insbesondere, wenn die vorgesehene Belastung den Kaufpreis übersteigt oder die Vollmacht so ausgestaltet ist, dass der Käufer zu Belastungen in beliebiger Höhe ermächtigt ist.

30) Kostenberechnung – Rdnr. 1374 ff. – 5. Aufl.
Rdnr. 1074 ff.:

Kostenberechnungen, mit denen der Notar die für seine notarielle Tätigkeit entstandenen Kosten einfordert, müssen die in § 154 Abs. 2 KostO geforderten Angaben enthalten. Die Rechtsprechung hat an die Erstellung formgerechter Kostenberechnungen strenge Maßstäbe gestellt. Seit der 5. Auflage ist eine Reihe von Kostenentscheidungen zum Zitiergebot ergangen. Hinweise zu den formellen Anforderungen an eine Kostenberechnung sind in der 6. Auflage in Rdnr. 1374 ebenso enthalten, wie Hinweise zum Erfordernis der Rechnungsnummer gem. § 14 Abs. 4 Nr. 4 UStG (Rdnr. 1376) und Angaben nach § 14 Abs. 1 a UStG (Umsatzsteuer-Identnummer, Rdnr. 1377). Berücksichtigt ist auch die Entscheidung des BayObLG (MittBayNot 2004, 298), wonach die Kostenberechnung mit der Unterschrift des Notars abschließt. Den Anforderungen nach § 154 Abs. 2 KostO entspricht eine Kostenberechnung dann nicht, wenn sich erhaltene Zahlungen nicht aus der Kostenberechnung selbst, sondern nur aus Begleitschreiben ergeben (Rdnr. 1388). Insofern musste die bisherige Auffassung geändert werden.

31) Kostenbeschwerde – Rdnr. 1389–1411 – neu:

Auf vielfache Anregung von Notaren sind nunmehr im Streifzug auch Grundzüge zum Kostenbeschwerdeverfahren nach § 156 KostO aufgenommen worden. Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass Grundlage eines Beschwerdeverfahrens nach § 156 KostO nur eine formgerechte Kostenberechnung sein kann und eine Kostenberechnung, die gegen das Zitiergebot verstößt, ohne Sachprüfung aufgehoben wird (Rdnr. 1390), der Notar bis zur Rechtskraft des Beschwerdeverfahrens zur Behebung der Formmängel befugt ist (Rdnr. 1391), Hinweise zur Zuständigkeit, zur Frist und Form usw. (Rdnr. 1392 ff.). In Rdnr. 1403 und 1404 wird hingewiesen, dass die weitere Beschwerde nur dann eingelegt werden kann, wenn das Landgericht diese zugelassen hat. Bei Nichtzulassung besteht auch keine Möglichkeit einer außerordentlichen Beschwerde. Hinweise zu den Kosten des Verfahrens und den Voraussetzungen zur Auferlegung von gerichtlichen und außergerichtlichen Auslagen werden in den Rdnr. 1409–1411 gegeben.

32) Lebenspartnerschaften – Rdnr. 1432 ff. – 5. Aufl.
Rdnr. 1118:

Die kostenrechtliche Behandlung der Begründung einer Lebenspartnerschaft durch Art. 1 des Gesetzes zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes ist in den Rdnr. 1432 ff. erläutert. Hinweise finden sich auch zur Bewertung einer Erklärung zur Aufhebung der Lebenspartnerschaft (Rdnr. 1436 ff.). Teile der kostenrechtlichen Hinweise sind mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts mit Wirkung zum 1.1.2005 (BGBl. I 2004, 3396) entfallen. Bei Drucklegung des Streifzuges war das Gesetz noch nicht verkündet und konnte damit nicht eingearbeitet werden. Ein entsprechender Hinweis findet sich aber in Fußnote 948 a. Erfolgt die Begründung der Lebenspartnerschaft auf Ersuchen der Beteiligten außerhalb der Notarstelle oder außerhalb der üblichen Geschäftsstunden, fällt eine Zusatzgebühr nach § 58 Abs. 1 und/oder § 58 Abs. 3 KostO an. Gibt ein Lebenspartner seine Erklärungen in fremder Sprache ab, fällt neben den sonstigen Gebühren und Auslagen eine Zusatzgebühr nach § 59 KostO an (Rdnr. 1434).

33) Versenden eines Löschungsentwurfs – Rdnr. 1442 – neu:

Fertigt der Notar im Auftrag den Entwurf einer Urkunde, z. B. Löschungsbewilligung oder Freigabeerklärung, fällt gem.

§ 145 Abs. 1 Satz 1 KostO die in § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO bestimmte Gebühr an. Für das Versenden des Entwurfs z. B. an den Gläubiger zur Einholung der Löschungs- oder Freigabebewilligung, fällt daneben keine weitere Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an. Das Versenden ist gebührenfreies Nebengeschäft zur Entwurffertigung (so auch Pfälzisches OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 334 = ZNotP 2002, 152 für den vergleichbaren Fall des Versendens des Entwurfs einer Registeranmeldung).

34) Mediation – Rdnr. 1458–1460 – neu:

Bewertungshinweise zum Mediationsverfahren sind in Rdnr. 1458 ff. enthalten, insbesondere zur begrifflichen Definition, zum Geschäftswert und zur Gebühr. Nach Auffassung der Notarkasse ist § 148 KostO auf ein Mediationsverfahren nicht anwendbar.

35) Mehrwertsteuer/Umsatzsteuer – Rdnr. 1462–1464 – 5. Aufl. Rdnr. 1146 ff.:

Die Gebühren und Auslagen des Notars unterliegen der Umsatzsteuer (§ 151 a KostO). Bei ausländischen Auftraggebern gilt unter den Voraussetzungen des § 3 a Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 Nr. 3 UStG eine Steuerbefreiung. Hinweise hierzu sind in Rdnr. 1464 zu finden.

36) Nebengeschäfte, Nebentätigkeiten – Rdnr. 1481 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1164 ff.:

Die kostenrechtlichen Hinweise zur Frage, welche Nebentätigkeiten des Notars gebührenfrei oder gebührenpflichtig sind, wurden angepasst und überarbeitet. Hinzuweisen ist insbesondere auf Rdnr. 1502, wonach die Einholung von Löschungsbewilligungen ohne Entwurf getrennte Gebühren auslösen, wenn die Löschungsbewilligungen von verschiedenen Gläubigern eingeholt werden, zusätzliche Betreuungsgebühren nach § 147 Abs. 2 KostO entstehen, wenn dem Notar erst zu einem späteren Zeitpunkt eine Treuhandaufgabe erteilt wird und wie die Einholung einer Nichtvaluierungserklärung zu bewerten ist (Rdnr. 1506).

37) Versenden von unterschriftsbeglaubigten Erklärungen – Rdnr. 1516 – neu:

Nimmt der Notar eine Unterschriftsbeglaubigung vor, fällt hierfür eine Gebühr nach § 45 KostO an. Diese Beglaubigungsgebühr entsteht ausschließlich für die reine Unterschriftsbeglaubigung. Wird der Notar daneben beauftragt, die unterschriftsbeglaubigte Erklärung an bestimmte Personen oder sonstige Stellen zu übersenden, fällt zusätzlich eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an (so OLG Hamm, NotBZ 2002, 266 mit Anm. *Lappe* = RNotZ 2002, 516 mit Anm. *H. Schmidt* – dieser mit der Einschränkung, dass die Übersendung an den Unterzeichneten selbst gebührenfrei ist). Zum Geschäftswert werden in Rdnr. 1516 Hinweise gegeben.

38) Grundschuldbestellung und Rangänderungserklärungen – Rdnr. 1529 – 5. Aufl. Rdnr. 1203:

Erneut wird darauf hingewiesen, dass Grundschuldbestellung und Rangänderungserklärungen, wenn diese zusammen beurkundet werden, gem. § 44 Abs. 3 KostO gegenstandsgleich sind. Sofern die Rangänderungserklärungen gesondert beurkundet werden (oder Entwurf mit Unterschriftsbeglaubigung), kann im Einzelfall unrichtige Sachbehandlung vorliegen (siehe hierzu die Hinweise unter Rdnr. 1529).

39) Schlichtungsverfahren – Rdnr. 1540–1548 – 5. Aufl. Rdnr. 1214–1219:

Zur Bewertung eines Schlichtungsverfahrens nach dem BaySchlG haben sich keine Änderungen gegenüber der Vor-

aufgabe ergeben. Neu aufgenommen wurden Hinweise zur Bewertung eines Schlichtungsverfahrens außerhalb des BaySchlG (Rdnr. 1546–1548). Nach Auffassung der Notarkasse ist die Beurkundung eines Schlichtungsverfahrens zur Aufhebung einer Rechtsgemeinschaft nach § 148 KostO zu bewerten. Der Wert ist nach § 39 KostO zu bestimmen (Rdnr. 1547). Schlichtungsverfahren zu anderen Gegenständen unterfallen nach Auffassung der Notarkasse der Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO (Rdnr. 1548).

40) Übergabevertrag/Überlassungsvertrag – Rdnr. 1567 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1258:

Das Kapitel Übergabevertrag und Überlassungsvertrag wurde grundlegend überarbeitet. Hinzuweisen ist insbesondere auf folgende Punkte:

- a) Rdnr. 1570 und 1571: Keine Privilegierung nach § 19 Abs. 4 KostO bei Erwerb durch juristische Personen und sonstige anonyme Rechtsträger, dagegen Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO bei Erwerb durch eine GbR, wenn der Gesellschaftsvertrag Regelungen über die Fortführung im Falle des Ausscheidens einzelner Gesellschafter oder die Auflösung der Gesellschaft beinhaltet.
- b) Rdnr. 1577–1579: Klarstellung, dass auch Gartenbaubetriebe, Fischteichwirtschaften und Pensionstierhaltungen zu den landwirtschaftlichen Betrieben zählen, sofern Einheitswertbescheide vorgelegt werden, wonach diese Betriebe als Betriebe der Landwirtschaft nach Bewertungsgesetz qualifiziert werden.
- c) Rdnr. 1593: Definition des Begriffs Hofstelle, zu welcher auch ein ausreichendes Wohngebäude des Betriebsinhabers und seiner Familie gehört, ferner auch Altenteilshäuser. Weitere Abgrenzungsmerkmale, insbesondere bei Vermietung von Ferienwohnungen, sind ebenfalls enthalten.
- d) Rdnr. 1601: Hinweise zur Nichtanwendung des § 19 Abs. 4 KostO bei Verpachtung landwirtschaftlicher Nutzflächen, die als Stückländerei einen eigenen landwirtschaftlichen Betrieb des Pächters ohne Hofstelle bilden.
- e) Rdnr. 1613 ff.: Beispielhafte Zusammenstellung einzelner Gegenleistungen, welche im Rahmen eines Austauschvertrages gem. § 39 Abs. 2 KostO zu bewerten sind mit Hinweisen auf die Sachbezugsverordnung. Die Sachbezugsverordnung ist als Anhang IV beigefügt.

41) Versicherung an Eides statt – Rdnr. 1687 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1383 ff.:

Die Prüfungsabteilung setzt sich hier mit den kostenrechtlichen Differenzierungen in Bezug auf die Geschäftswertermittlung für Vollerbscheine, gegenständlich beschränkte Erbscheine, Erbscheine zur Berichtigung des Grundbuchs und Erbscheine zur Vorlage beim Handelsregister auseinander. Darüber hinaus ist die Bewertung eines Auseinandersetzungszeugnisses (Überweisungszeugnisses) behandelt (Rdnr. 1696).

42) Verzinsung der Kostenforderungen – Rdnr. 1733 ff. – neu:

Durch das KostRMoG (BGBl. I 2004, 718), zum 1.7.2004 in Kraft getreten, wurde in die Kostenordnung ein neuer § 154 a KostO eingefügt. Geregelt ist nun ausdrücklich, unter welchen Voraussetzungen und ab welchem Zeitpunkt Kostenschuldner rückständige Kostenforderungen zu verzinsen haben. Es werden ferner Formulierungsvorschläge für Zinsklauseln auf der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung unterbreitet. In Rdnr. 1739 wird auch erläutert, ab wann und unter welchen Voraussetzungen der Notar Rückzahlungs-

ansprüche des Kostenschuldners gem. § 157 Abs. 1 Satz 2 KostO zu verzinsen hat.

43) Vollmacht – Rdnr. 1740 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1425:

Die Bewertungshinweise zu Vollmachten wurden grundlegend überarbeitet und ergänzt. Auf folgende Punkte ist besonders hinzuweisen:

- a) Rdnr. 1747: Hinweise, bei welchen Fallgestaltungen mehrere Vollmachten vorliegen (wie z. B. bei gegenseitigen Vollmachten in einer Urkunde) und ggf. mehrfacher Höchstwert gem. § 41 Abs. 4 KostO, da kein Austausch nach § 39 Abs. 2 KostO vorliegt.
- b) Rdnr. 1750 ff.: Ausführungen zur Bewertung von Vorsorgevollmachten unter Berücksichtigung der inzwischen ergangenen Rechtsprechung und Anwendung des § 44 Abs. 1 KostO bei Mitbeurkundung von Betreuungsverfügung und/oder Patientenverfügung (Berechnungen wegen unterschiedlicher Gebührensätze – 5/10 Vollmacht, 10/10 für die Verfügungen).
- c) Rdnr. 1757: Hinweise, bei welchen Gestaltungen für Überwachungstätigkeiten eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt.
- d) Rdnr. 1758: Hinweis auf die Änderung des § 147 Abs. 4 KostO durch Einfügung einer neuen Nr. 6, wonach die Übermittlung von Anträgen sowie die Stellung von Anträgen im Namen der Beteiligten an das Zentrale Vorsorgeregister gebührenfrei ist, wenn der Notar die Vorsorgevollmacht beurkundet, entworfen oder die Unterschrift beglaubigt hat. In anderen Fällen ist die Übermittlung und Antragstellung zum Zentralen Vorsorgeregister gebührenpflichtig nach § 147 Abs. 2 KostO.

44) Vollstreckbarerklärungen und Bescheinigung in besonderen Fällen – Rdnr. 1774 ff. – neu:

Neu aufgenommen wurde in den Streifzug die Bewertung des Verfahrens über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung einer notariellen Urkunde nach § 55 Abs. 3 des Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetzes vom 30.1.2002 (BGBl. I, 564). Für die Bewertung ist § 148 a Abs. 3 KostO anzuwenden.

45) Vollstreckbare Räumungspflicht – Rdnr. 1777–1779 – 5. Aufl. Rdnr. 1455 ff.:

Die kostenrechtlichen Ausführungen zur Bewertung einer isoliert beurkundeten vollstreckbaren Räumungspflicht wurden überarbeitet. In analoger Anwendung des § 16 Abs. 2 GKG ist der Geschäftswert im Rahmen der Wertschätzung nach § 30 Abs. 1 KostO auf den Jahresbetrag der Leistungen des Mieters festzusetzen. Die frühere Auffassung (drei bis sechs Bruttomonatsmieten) wurde aufgegeben.

46) Vollzugsgebühr – Rdnr. 1780 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1458 ff.:

Neben allgemeinen Anpassungen der kostenrechtlichen Ausführungen zur Berechnung von Vollzugsgebühren wurde insbesondere die Erhebung einer Vollzugsgebühr bei unterschrittsbeglaubigten Grundpfandrechtsbestellungen überarbeitet. Bewertungshinweise sind in Rdnr. 1808–1812 erläutert. Entgegen der früher vertretenen Auffassung liegen nach nunmehriger Meinung der Notarkasse die Voraussetzungen für die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 2 KostO vor, wenn der Notar auf Antrag der Beteiligten in deren Namen den Vollzugsantrag stellt, die Vollzugsmitteilungen und zur Vorbereitung das Grundbuch überprüft. Die bloße Übermittlung der Eintragungsbewilligung als Boten löst dagegen die Gebühr nach § 146 Abs. 2 KostO noch nicht aus. Ein Hinweis an die Beteiligten auf die kostenrechtlichen Folgen eines ausdrücklichen Vollzugauftrages ist anzuraten (Rdnr. 1811).

47) Vorkaufsrechte – Rdnr. 1817 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1486:
Die Notarkasse hat die Bewertung der gegenseitigen Einräumung von Vorkaufsrechten durch mehrere Miteigentümer überarbeitet, wonach je nach Sachverhalt zu differenzieren ist. Ausführungen hierüber sind in Rdnr. 1820 und 1821 enthalten.

48) Vorvertrag – Rdnr. 1829 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1493 ff.:
Neu gestaltet wurde das Kapitel über die Bewertung von Vorverträgen. Insbesondere wurden die Bewertungsunterschiede bei Vereinbarung von Bedingungen differenzierter herausgearbeitet, auch was die Anwendung des § 38 Abs. 1 KostO für den endgültigen Vertrag in Erfüllung des Vorvertrages angeht.

49) Zurückbehaltungsrecht – Rdnr. 1903 ff. – 5. Aufl. Rdnr. 1556 ff.:

Der Notar kann Ausfertigungen, Abschriften sowie zurückzubehaltende Urkunden zurückbehalten, bis die in der Angelegenheit erwachsenen Kosten bezahlt sind (§ 10 KostO). Entgegen OLG Naumburg (NotBZ 2003, 241 = ZNotP 2004, 334) ist die Notarkasse der Auffassung, dass auch die Zurückbehaltung des Grundbuchvollzugs mit § 10 KostO vereinbar ist (so auch *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2004, 258 ff.). Allerdings kann das Zurückbehaltungsrecht nicht durch Rücknahme eines einmal gestellten Eintragungsantrags ausgeübt werden.

2. Urkundenprüfungen bei fehlenden Legalisationsvoraussetzungen

Auszug aus dem Schreiben der Regierung von Mittelfranken vom 9.10.2002, Gz. 205 – 2002 – 28/02

Bei der Begründung von Lebenspartnerschaften unter Beteiligung von Ausländern hat sich der Notar in der Regel nach Art. 2 Satz 1 AGLPartG, § 4 Abs. 1 Satz 2 VollzVAGLPartG ausländische Urkunden vorlegen zu lassen. Ob er diese Urkunden als echt anerkennt, bleibt zwar seiner Entscheidung überlassen (*Brandhuber*, MittBayNot-Sonderheft Lebenspartnerschaften, S. 12); da der Notar die Voraussetzungen für die Entgegennahme von Erklärungen nach § 1 LPartG jedoch sorgfältig zu prüfen hat, sollte ein der Bedeutung des Rechtsgeschäfts angemessener Maßstab angelegt werden. Bestehen Zweifel an der Echtheit der Urkunde, sollte deren Anerkennung daher von einer Legalisation durch die zuständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland im Ausland abhängig gemacht werden. Der nachfolgende Auszug aus einem an die Standesamtsaufsicht gerichteten Schreiben der (insoweit für ganz Bayern zuständigen) Regierung von Mittelfranken schildert den für Standesämter üblichen – und hier auch Notaren als Behörden offen stehenden – Verfahrensweg der Amtshilfe für eine Urkundenüberprüfung bei fehlenden Legalisationsvoraussetzungen (vgl. hierzu auch *Brandhuber*, a. a. O.)

Urkundenprüfungen bei fehlenden Legalisationsvoraussetzungen

Das Auswärtige Amt geht aufgrund der dort vorliegenden Information weiter davon aus, dass in den in der Anlage aufgeführten Ländern die Voraussetzungen für eine Legalisation nach § 13 Abs. 2 und 4 Konsulargesetz bis auf Weiteres nicht gegeben sind. Die Einstellung der Legalisation und die Anwendung des Amtshilfeverfahrens wird für die vorgenannten Länder unbefristet fortgeführt. Dies gilt auch für das Verfahren zur Auslagenerstattung. (...)

Um zu vermeiden, dass Urkunden mehrfach geprüft und dadurch die Urkundeninhaber erneut belastet werden, werden die Auslandsvertretungen künftig den geprüften Urkunden eine Referenzangabe begeben. Dadurch ist für eine neu befasste Behörde erkennbar, dass bereits eine andere Behörde über den Beweiswert einer Urkunde zu entscheiden und hierzu ein Amtshilfeersuchen gestellt hatte. In diesen Fällen kann gegebenenfalls eine Abstimmung der betroffenen In-

landsbehörden eine erneute Urkundenüberprüfung über die deutsche Auslandsvertretung entbehrlich machen. Das Auswärtige Amt hat darauf aufmerksam gemacht, dass die deutschen Auslandsvertretungen im Visumverfahren nur dann die vorgelegten Urkunden überprüfen, wenn dies von der zuständigen Ausländerbehörde gewünscht wird. Der Umstand, dass die Auslandsvertretung ein Visum zur Familienzusammenführung oder zur Eheschließung erteilt hat, ist also keine Aussage hinsichtlich des Beweiswerts der Identitätspapiere und der Urkunden. Soweit im Visumverfahren eine Prüfung der Urkunden erfolgte, wird ihnen ebenfalls eine entsprechende Referenzangabe beigegeben. Die Referenzangabe wird in allen Fällen ungeachtet des Ergebnisses der Prüfung erteilt und ist somit keine Gewähr für die Echtheit und/oder inhaltliche Richtigkeit der Urkunde. Der Mustertext für die auf den Original-Urkunden maschinenschriftlich oder durch Stempelaufdruck angebrachte Referenzangabe lautet:

„Diese Urkunde wurde von der Botschaft xyz-Ort auf Veranlassung der/des ... – Angabe der Behörde – ... xyz-Stadt zum dortigen Gz. 123-456/7 geprüft. Diese Referenzangabe wurde ungeachtet des Ergebnisses der Prüfung erteilt. Die Stellungnahme der Botschaft liegt der ersuchenden Behörde vor und kann dort abgefragt werden.“

Die Überprüfung von Urkunden in Amtshilfe durch die deutschen Auslandsvertretungen nimmt leider oft mehrere Monate in Anspruch, da hierbei u. a. Rechtsanwälte, örtliche Behörden und Vertrauenspersonen zu beteiligen sind. Die eingeholten Auskünfte werden anschließend von den Konsularbeamten ausgewertet und in einer abschließenden Stellungnahme zusammengefasst. Hinzu kommen manchmal noch lange Kurier- und Postlaufzeiten. Eine Verfahrensbeschleunigung kann erreicht werden, wenn die Inlandsbehörden ihr Ersuchen künftig noch genauer auf die zu prüfenden Fragen begrenzen und in geringerem Maß Globalüberprüfungen fordern.

Gelegentlich wurden die deutschen Auslandsvertretungen lediglich um eine allgemeine Einschätzung der Echtheitswahrscheinlichkeit einer Urkunde, nicht aber um deren konkrete Prüfung ersucht. Damit sollte ein kostenpflichtiges Amtshilfeverfahren vermieden, gleichwohl aber die Befassung der Auslandsvertretung sichergestellt werden. Nach der Berichterstattung der Auslandsvertretungen ist diese Vorgehensweise jedoch wenig zweckmäßig: Durch die bloße Inaugenscheinnahme lassen sich nur ganz offenkundige Fälschungen herausfiltern. Solche groben Fälschungen können oftmals ebenso gut im Inland erkannt werden.

Eine positive Feststellung der Echtheit der Urkunde ist in den Ländern auf der anliegenden Liste letztlich *nur* dann möglich, wenn die Urkunde durch Rückfrage beim Aussteller bzw. durch Einsichtnahme in das Personenstandsregister geprüft wird. Überdies stellt sich recht häufig heraus, dass Urkunden zwar äußerlich echt, jedoch mit formalen Mängeln behaftet und/oder inhaltlich falsch sind. Auch dies ist nicht durch eine nur oberflächliche Prüfung auf Fälschungsmerkmale feststellbar. Das Auswärtige Amt empfiehlt daher, von dem Ersuchen auf Einschätzung der Echtheitswahrscheinlichkeit Abstand zu nehmen, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls keine Zweifel hinsichtlich der Identität des Urkundenverwenders, der Zuständigkeit des Ausstellers der Urkunde und sonstiger Formvorschriften sowie des Inhalts der Urkunden bestehen. *Bestehen jedoch Zweifel, so ist eine Sachaufklärung durch ein Amtshilfeersuchen angezeigt.*

Der erforderliche Schriftwechsel mit den Auslandsvertretungen sollte direkt durch die ersuchenden Behörden, *nicht* durch die Urkundsinhaber geführt werden. Dies gilt sowohl für Auskünfte zum Sachstand als auch für Rückfragen zum Sachverhalt. Die Inlandsbehörden können hierfür – im Unterschied zu Privatpersonen – den amtlichen Kurierweg des Auswärtigen Amtes in Anspruch nehmen. Die Anschrift lautet:

Auswärtiges Amt

für _____ (exakte Angabe der Vertretung, z. B. Botschaft New Delhi oder Generalkonsulat Karachi o. a.)

11013 Berlin

Das Auswärtige Amt hat darum gebeten, Privatpersonen weder auf diese Kurierschrift hinzuweisen noch ihnen zu empfehlen, sich zwecks Ausnahmegenehmigung an das Auswärtige Amt zu wenden. Weil Sendungen von Privatpersonen auf dem amtlichen Kurierweg nicht versandt werden dürfen, müssen diese ggf. die kommerziellen Kurierdienste, die weltweit tätig sind, in Anspruch nehmen. Das Verzeichnis der Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland nebst Angabe ihrer Anschriften und konsularischen Amtsbezirke erscheint jährlich als Beilage zum Bundesanzeiger. Das Verzeichnis kann auch von der Homepage des Auswärtigen Amtes heruntergeladen werden (Rubrik: Länder- und Reiseinformationen/Adressen der deutschen Auslandsvertretungen).

Gelegentlich kommt es vor, dass die ersuchte Auslandsvertretung noch um ergänzende Unterlagen/Dokumente bittet, die erst noch in dem ausländischen Staat beschafft werden müssen. In diesen Fällen spricht nichts dagegen, die Unterlagen unmittelbar bei der Auslandsvertretung einzureichen, wenn der Überbringer hinreichend deutlich machen kann, auf welches laufende Amtshilfeersuchen Bezug genommen wird. Ohne Angabe des Geschäftszeichens der Auslandsvertretung ist eine Zuordnung von nachgereichten Unterlagen – insbesondere in Ländern mit häufigen Namensgleichheiten – jedoch oft nicht möglich.

Die Auslandsvertretungen sind angewiesen, den Eingang des Ersuchens zu bestätigen, die voraussichtliche Bearbeitungsdauer mitzuteilen sowie – falls sich im Einzelfall eine längere Bearbeitungszeit abzeichnet – der ersuchenden Behörde eine entsprechende Sachstandsmitteilung zukommen zu lassen.

Die Beantwortung direkter oder zusätzlicher Anfragen durch den Urkundsinhaber führt bei den Auslandsvertretungen in aller Regel zu Verzögerungen des Verfahrens.

Anlage: Staaten mit fehlendem Legalisationsverfahren

Urkunden aus	Zuständige Auslandsvertretung
Äquatorialguinea	Botschaft Jaunde in Kamerun
Aserbaidshjan	Botschaft Baku
Bangladesh	Botschaft Dhaka
Benin	Botschaft Cotonou
Côte d'Ivoire	Botschaft Abidjan
Dominikanische Republik	Botschaft Santo Domingo
Dschibuti	Botschaft Sanaa im Jemen
Gambia	Botschaft Dakar im Senegal
Ghana	Botschaft Accra
Guinea	Botschaft Conakry
Guinea-Bissau	Botschaft Dakar im Senegal
Haiti	Botschaft in Santo Domingo in der Dom. Rep.
Indien	Botschaft New Delhi; Generalkonsulate Chennai, Kalkutta und Mumbai
Kamerun	Botschaft Jaunde
Kenia	Botschaft Nairobi
Kongo (Demokratische Rep.)	Botschaft Kinshasa
Kongo (Republik)	Botschaft Libreville
Liberia	Botschaft Abidjan in Côte d'Ivoire
Nepal	Botschaft Kathmandu
Nigeria	Botschaft – Außenstelle Lagos
Pakistan	Botschaft Islamabad; Generalkonsulat Karachi
Philippinen	Botschaft Manila
Ruanda	Botschaft Kigali
Senegal	Botschaft Dakar
Sierra Leone	Botschaft Conakry in Guinea
Sri Lanka	Botschaft Colombo
Togo	Botschaft Lomé
Tschad	Botschaft Jaunde in Kamerun
Uganda	Botschaft Kampala
Vietnam	Botschaft Hanoi; Generalkonsulat Ho-Chi-Minh-Stadt
Zentralafrikanische Republik	Botschaft Jaunde in Kamerun

Anmerkung der Schriftleitung:

Laut Webseite des Auswärtigen Amtes (<http://www.auswaertiges-amt.de/www/de/laenderinfos/konsulat/urkundenverkehr.html>) sind hier inzwischen hinzuzufügen Afghanistan, Kambodscha, Laos, Mongolei und Usbekistan. Keine Legalisation ist ferner für Urkunden aus Somalia und dem Irak möglich.

3. Erbschaft- und Schenkungsteuer; Ansatz eines niedrigeren gemeinen Werts in Erbbaurechtsfällen und in Fällen mit Gebäuden auf fremdem Grund und Boden

Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 1.12.2004 (Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, 34 – S 3014 – 017 – 49739/04; Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, S 3014 A – 447), BStBl I, 1194

Im Hinblick auf die Urteile des BFH vom 5.5.2004, II R 45/01 (BStBl II, 1036), vom 2.7.2004, II R 9/02 (BStBl II, 1039), und vom 29.9.2004, II R 57/02 (BStBl II, 1041), gilt für den Ansatz eines niedrigeren gemeinen Werts in Erbbaurechtsfällen und in Fällen mit Gebäuden auf fremdem Grund und Boden das Folgende:

1. Wertermittlung in Erbbaurechtsfällen

1.1 Wert des belasteten Grundstücks (§ 148 Abs. 1 Satz 1 BewG)

Der Ansatz des nachgewiesenen niedrigeren gemeinen Werts ist gesetzlich nicht vorgesehen. Für den Fall, dass der nach § 148 Abs. 1 Satz 1 BewG sich ergebende Wert gegen das Übermaßverbot verstößt, ist eine verfassungskonforme Auslegung vorzunehmen. Dies geschieht abweichend von R 182 Abs. 5 ErbStR durch den Nachweis und Ansatz des niedrigeren gemeinen Werts entsprechend §§ 146 Abs. 7, 145 Abs. 3 Satz 3 BewG.

Das Übermaßverbot ist verletzt, wenn die Folgen einer schematisierenden Bewertung extrem über das normale Maß hinausgehen, das der Schematisierung zugrundeliegt. Diese Grenze ist umso früher erreicht, je höher im Einzelfall die letztlich anzulegenden Steuertarife sind.

Der Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts für erbbaurechtsbelastete Grundstücke kann durch ein Gutachten nach den Grundsätzen der R 163 Abs. 1, R 177 Abs. 1 ErbStR geführt werden. Das Erbbaurecht ist bei der Wertermittlung zu berücksichtigen.

Der Nachweis eines niedrigeren gemeinen Werts kann auch durch einen im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zustande gekommenen Kaufpreis für das belastete Grundstück erfolgen, wenn dieser innerhalb eines Jahres vor oder nach dem Besteuerungszeitpunkt vereinbart worden ist. Wertkorrekturen sind in diesem Falle regelmäßig nicht vorzunehmen. Ist ein Kaufpreis außerhalb dieses Zeitraums im gewöhnlichen

Geschäftsverkehr zustande gekommen und sind die maßgeblichen Verhältnisse hierfür gegenüber den Verhältnissen zum Besteuerungszeitpunkt unverändert geblieben, so kann auch dieser als Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts dienen (vgl. BFH, Urteil vom 2.7.2004, BStBl II, 703).

1.2 Wert des Erbbaurechts (§ 148 Abs. 1 Satz 2 BewG)

Der Ansatz eines niedrigeren gemeinen Werts für das Erbbaurecht ist gesetzlich nicht vorgesehen. Verstößt der für das Erbbaurecht nach § 148 Abs. 1 Satz 2 BewG ermittelte Wert gegen das Übermaßverbot, gelten die Rechtsgrundsätze der Tz. 1.1 entsprechend.

1.3 Bewertung in Fällen mit Untererbbaurechten

Ist ein Erbbaurecht mit einem Untererbbaurecht belastet (H 183 ErbStH), gelten die Tz. 1.1 und 1.2 auf der jeweiligen Bewertungsstufe entsprechend.

2. Wertermittlung in Fällen mit Gebäuden auf fremdem Grund und Boden

2.1 Wert des Grund und Bodens (§ 148 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BewG)

Der Ansatz eines niedrigeren gemeinen Werts für den Grund und Boden ist abweichend von R 186 Satz 2 ErbStR zulässig. Tz. 1.1 gilt entsprechend.

2.2 Wert des Gebäudes auf fremdem Grund und Boden (§ 148 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 BewG)

Weist der Steuerpflichtige den niedrigeren gemeinen Wert für das Gebäude auf fremdem Grund und Boden nach, gilt Tz. 1.2 entsprechend.

3. Schlussbestimmungen

Dieser Erlass ist in allen noch offenen Fällen der Bedarfsbewertung anzuwenden. Die gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 4.12.2002 (BStBl I, 1381) zur Aussetzung der Vollziehung von Feststellungsbescheiden der Bedarfsbewertung in Erbbaurechtsfällen und bei Gebäuden auf fremdem Grund und Boden werden aufgehoben.

Dieser Erlass ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden des Bundes und der anderen Länder.

4. Zweifelsfragen zum Eigenheimzulagengesetz

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 21.12.2004, IV C 3 – EZ 1010 – 43/04

Das Schreiben, das wegen seiner Länge hier nicht abgedruckt werden kann, ist in BStBl I 2005, 305 veröffentlicht und kann im Internet unter http://www.bundesfinanzministerium.de/cln_03/nm_302/DE/Aktuelles/BMF_Schreiben/29226.html heruntergeladen werden.

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Herrn Notar Martin Kreßel, Nürnberg, wurde am 23.6.2004 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Gerhard Schmatz, Neu-Ulm, verstorben am 28.3.2005

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.6.2005:

Notar Jobst von Heynitz, München

Mit Wirkung vom 4.7.2005:

Notar Dr. Werner Herrmann, Straubing

Mit Wirkung vom 1.9.2005:

Notar Dr. Klaus Hoffmann, Amberg

Notar Jochen Laue, Augsburg

Mit Wirkung vom 1.10.2005:

Notar Herbert Friederich, Würzburg

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.3.2005:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Friedrich Schalk- haußer)	der Notarassessorin Dr. Sibylle Wenner (bisher in München, Notar- stelle Wilfert-Kammer)
---	---

Parsberg	dem Notarassessor Michael Inninger (bisher in München, Notar- stellen Dr. Asam/Thiede)
----------	---

Mit Wirkung vom 1.4.2005:

Landshut	dem Notarassessor Dr. Markus Krebs (bisher in München, Landesnotarkammer Bayern)
----------	---

Pfaffenhofen a. d. Ilm (in Sozietät mit Notar Heinrich Saalfeld)	dem Notarassessor Wolfgang Grosser (bisher in München, Notar- stellen Dr. Korte/Dr. Basty)
--	---

Mit Wirkung vom 1.5.2005:

Lindenberg i. Allgäu	dem Notarassessor Dr. Lothar Hipler (bisher in Würzburg, Dt. Notarinstitut)
----------------------	--

Rotthalmünster (in Sozietät mit Notar Georg Meier-Kraut)	dem Notar Gottfried Braun (bisher in Passau)
--	--

Vilshofen (in Sozietät mit Notar Dr. Anton Huber)	dem Notarassessor Wolfgang Hoffmann (bisher in München, Notar- stellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)
---	---

Mit Wirkung vom 1.6.2005:

München (in Sozietät mit Notar Horst Bender)	dem Notar a. D. Dr. Till Schemmann (bisher in Berlin, Geschäftsführer der Bundesnotarkammer)
--	--

München (Notarstelle Prof. Dr. Gantzer)	dem Notar Dr. Manfred Schmied (bisher in Kitzingen)
---	---

Selb	dem Notarassessor Dr. Christian Roßner (bisher in Torgau, Notariatsverwalter)
------	--

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.2005:

Ralp-Roman Bachner, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/
Dr. Wälzholz)

Matthias Bierhenke, Pappenheim (Notarstelle Dr. Gottwald)

Jens Haßelbeck, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Frauke Katharina Wedemann, Landshut (Notarstelle
Dr. Schervier)

Mit Wirkung vom 1.4.2005:

Dr. Katja Fahl, Bad Griesbach i. Rottal (Notarstelle
Dr. Roman Forthauer)

Mit Wirkung vom 1.5.2005:

Dr. Manuela Müller, Bamberg (Notarstellen Hillmann/
Dr. Eue)

6. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung vom 1.4.2005:

Stefanie Bürger, München (Notarstelle Zehetmeier)

Margot Dischler, Neumarkt-St. Veit (Notarstelle Becker)

Martin Eder, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/
Dr. Westermeier)

Manja Fischer, München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Matthias Fruck, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/
Dr. Thalhammer)

Carola Gaschke, Rosenheim (Notarstellen Richter/Karl)

Thomas Hacke, zur Zeit Zivildienst

Josef Hirsch, Neuburg a. d. Donau (Notarstellen Leitenstern/
Walter)

Simon Kirchleitner, München (Notarstellen Dr. Kössinger/
Dr. Bräu)

Tobias Langbauer, Wegscheid (Notarstelle Grauel)

Leopold Lichtenberger, Tegernsee (Notarstelle Dr. Brach-
vogel)

Andrea Mederer, Neumarkt i. d. OPf. (Notarstellen Leitenstorfer/Dr. Mickisch)

Gerald Müller, München (Notarstellen Dr. Bader/Uhlig)

Thorsten Roth, Roth (Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Sieghörtner)

Bastian Sack, Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)

Karin Schindler, Miesbach (Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner)

Jutta Schlesinger, Erlangen (Notarstelle Dr. Odersky)

Michaela Stark, Donauwörth (Notarstelle Dr. Auer)

Petra Steingruber, Weilheim (Notarstellen Dr. Drasch/Dr. Klöcker)

Gertrud Strobl, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler)

Andrea Vollmann, Memmingen (Notarstellen Erber-Faller/Voran)

Markus Weber, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler)

Notarassessor Rolf Metzger, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Brenner/Dr. Pannhausen), ab 1.4.2005 in München (Notarstellen Dr. Korte/Dr. Basty)

Notarassessor Thomas Philipp Ihrig, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz), ab 4.4.2005 in München (Notarstelle Dr. Karl)

Inspektorin i. N. Adelgunde Schmidt, München (zur Zeit im Sonderurlaub), ab 28.4.2005 in Türkheim (Notarstelle Elstner)

Oberinspektor i. N. Stefan Gegner, Kitzingen (Notarstellen Dr. Schmied/Dr. Münch), ab 1.5.2005 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl)

Oberinspektorin i. N. Petra Wettstein, Neustadt a. d. Weinstraße (Notarstelle Eisenburger), ab 1.6.2005 in Rockenhausen (Notarstellen Schneider/Dr. Schmidt)

Inspektor i. N. Martin Eder, München (Notarstellen Dr. Reiß/Dr. Hepp), ab 1.4.2006 in Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Inspektorin i. N. Nicole Pläge, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard), ab 1.4.2006 in Bamberg (Notarstelle Dr. Desch)

7. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Thomas Philipp Ihrig, München (Notarstelle Dr. Karl), wurde mit Wirkung vom 16.3.2005 promoviert.

Notarassessorin Marion Ampenberger, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter), ab 1.2.2005 in Hof (Notarstelle Dr. Krauß)

Notarassessor Dr. Martin T. Schwab, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier), ab 15.2.2005 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessorin Verena Maier, Weiden (Notarstelle Baltzer), ab 21.2.2005 in Kaufbeuren (Notarstelle Lang)

Notarassessor Hans-Dieter Miedaner, Kaufbeuren (Notarstelle Lang), ab 21.2.2005 in Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Westermeier)

Notarassessor Christian Steer, Pappenheim (Notarstelle Dr. Gottwald), ab 1.3.2005 in Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Notarassessor Sebastian Franck, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue), ab 21.3.2005 in Vilshofen (Notarstelle Dr. Huber)

Notarassessor Christian Braun, Regensburg (Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer), ab 1.4.2005 in Würzburg (Dt. Notarinstitut)

Notarassessor Thomas Grund, Landshut (Notarstelle Häusler), ab 1.4.2005 in Volkach (Notarstelle Dr. Wolf)

8. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2005:

Zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IVb BAT):

Nadine Jost, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jakob)

9. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Peter Steinberger, Landshut (Notarstelle Schmidmeister/Suttner), ab 1.5.2005 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Kempton, Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle, E-Mail: office@notare-zmd.de

Ludwigsstadt, Notarstelle Rosendorfer, Lauensteiner Straße 5, 96337 Ludwigsstadt

Eggenfelden, Notarstelle Lutz Feller, Fischergasse 3 d, 84307 Eggenfelden

Würzburg, Notarstelle Hans-Peter Holderbach, Telefon 0931 3590200, Fax 0931 35902090

Regensburg, Notarstelle Dr. Merznicht, Fax 0941 5957532

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab

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.