

# 1 | **MittBayNot** Begründet 1864

Januar/Februar 2003 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleiterin: Notarassessorin Dr. Helene Förtig  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

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

## Zum 65. Geburtstag von Notar a. D. Dr. Helmut Keidel

Von Notar *Dr. Ulrich Bracker*, Weilheim

Am 24.12.2002 vollendet der Ehrenpräsident der Landesnotarkammer Bayern, Notar a. D. *Dr. Helmut Keidel*, sein 65. Lebensjahr. Die bayerischen Notare verbinden zu diesem Festtag ihren Glückwunsch mit dem Dank für eine ganz im Dienst unseres Berufsstandes stehende Berufslaufbahn.

Schon während seiner Referendarzeit war *Dr. Keidel* tätiger Helfer beim Kongress der Internationalen Union des Lateinischen Notariates in München und Salzburg. Zwei Jahre Anwärterzeit als Notarassessor gingen einer achtjährigen Periode als Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern unter den Präsidenten *Feyock*, *Mittenzwei* und *Schippel* voraus. *Dr. Keidel* hat die erst kurze Zeit vorher errichtete Kammer von der Notarkasse im besten Einvernehmen mit deren Geschäftsführung emanzipiert, ihre Zuständigkeiten mit Leben erfüllt und die Kammer zum Motor und Antreiber gemacht für die Verwirklichung der eigentlichen Aufgabe des Notars, auf den ausgewogenen und gerechten Vertrag hinzuwirken. Seiner Energie ist es zu verdanken, dass ein Bauträgerrecht entstanden ist, welches gleichzeitig Verbraucherschutzrecht und Beweis für die Bedeutung notarieller Beurkundung ist. Die auf dem Schreibtisch *Dr. Keidels* formulierten Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern aus den 60er und 70er Jahren waren Rechtsschöpfung ganz eigener Art. Die in ihnen enthaltenen Richtlinien und Anweisungen waren notwendig, haben aufgrund ihrer Überzeugungskraft Gefolgschaft gefunden und sind schließlich in gesetztes Recht eingeflossen.

Das Bauträgerrecht hat *Dr. Keidel* während seiner gesamten Laufbahn nicht losgelassen. Nach nur sechs Jahren Tätigkeit als Notar in München ohne Ehrengabe wurde er 1981 in den Vorstand der Landesnotarkammer Bayern gewählt, in der Blütezeit der Bauherrenmodelle, deren Auswüchsen sich die Kammer wirkungsvoll entgegenstemmte. Wieder war es nicht der Gesetzgeber, sondern der Berufsstand der Notare unter prägender Mitwirkung *Dr. Keidels*, der gegen heftige Widerstände der interessierten Kreise und der Politik die rechtspolitische Aufgabe übernahm, richtungweisende Vorgaben für

eine dem Verbraucher- und Anlegerschutz genügende Gestaltung solcher Vorgänge zu machen. In den späten 80er Jahren stellte sich die Landesnotarkammer Bayern risikoreichen Gestaltungen durch Trennung von Grundstückserwerb und Bauleistung in „verdeckten Bauherrenmodellen“ entgegen, und bis in die jüngste Zeit hinein sind es immer wieder der Bauträgervertrag und seine Ableger, welche den Einsatz und die Mitwirkung der Kammer bei der Rechtsgestaltung verlangen.

Acht Jahre gehörte *Dr. Keidel* dem Vorstand der Landesnotarkammer Bayern als einfaches Mitglied an, vier Jahre als Vizepräsident und von 1993 bis 2001 führte er die Kammer als Präsident. Während derselben Zeit war er Vizepräsident der Bundesnotarkammer. *Dr. Keidel* suchte in seiner ehrenamtlichen Tätigkeit stets den Konsens, hat nie sein Amt und die damit verbundene Macht herausgestrichen, das menschliche Maß in all seinen Funktionen nicht verloren. In den für das Notariat schwierigen Jahren nach der deutschen Wiedervereinigung hat sein ausgleichendes Wesen entscheidend dazu beigetragen, im deutschen Notariat Gemeinsamkeiten wieder zu finden oder neu zu begründen und so die Bundesnotarkammer als gemeinsame Einrichtung aller deutschen Notare zusammenzuhalten.

Als Präsident der Landesnotarkammer Bayern setzte sich *Dr. Keidel* erfolgreich für eine Ausweitung der Zuständigkeiten der Notare ein. Zusätzliche Aufgaben, in denen sie ihre Kenntnisse und Erfahrungen nutzbar machen und die nur einem Amtsträger, der staatlicher Aufsicht unterliegt, übertragen werden können, haben die Notare mehrfach in den letzten Jahren übernommen, in der außergerichtlichen Schlichtung und bei der Begründung eingetragener Lebenspartnerschaften.

Neue Aufgaben aber auch immer komplexere Sachverhalte, kompliziertere Gesetze und ziseliertere Judikatur erhöhten die Anforderungen an die Notare. *Dr. Keidel* war es ein wichtiges Anliegen, der Bevölkerung eine ihren Aufgaben genügende Arbeitskraft der Notare zur Verfügung zu halten. Die Vermeh-

Die Stellen für Notare in Bayern hat mit den wachsenden Anforderungen stets Schritt gehalten. Während seiner Amtszeit als Vorstandsmitglied und Präsident erhöhte sich die Stellenzahl in Bayern um mehr als ein Viertel. Ebenso wichtig wie die genügende Zahl von Notaren war für *Dr. Keidel* auch ihre genügende Qualifikation. Deshalb hat er das Ausbildungswesen und die Fortbildung des Berufsnachwuchses auf neue Grundlagen gestellt und wesentlich erweitert. Durch intensive Aus- und Fortbildung und nicht zuletzt mit dem deutschen Notarinstitut, welches auf bayerische Anregung hin errichtet wurde, besitzt jeder bayerische Notar Qualifikation und Hilfsmittel, um seinen Gestaltungsaufgaben gerecht zu werden.

Die Zuwendung, die *Dr. Keidel* in seinem ganzen beruflichen Leben den Menschen, die sich ihm anvertrauten, und besonders auch seinem ganzen Berufsstand geschenkt hat, haben die bayerischen Notare mit seiner Wahl zum Ehrenpräsidenten symbolisch erwidert. In hohen und höchsten Orden haben seine Leistungen ihre verdiente Anerkennung gefunden. Sein Ausscheiden aus dem aktiven Notardienst war so leise und unerwartet, dass wir es bis heute nicht recht begriffen haben. Als Teilnehmer an Sitzungen des Vorstandes der Landesnotarkammer Bayern und anderer Gremien bleibt er uns unverzichtbarer Ratgeber. Wir sind ihm für seine Lebensleistung tief verpflichtet. Wir schulden ihm von Herzen Dank und sind glücklich über seine Freundschaft.

## ABHANDLUNGEN

# Notarielle Prioritätsverhandlungen im Urheber- und Computerrecht

Von Dr. Matthias Leistner, München\*

Die Rolle des Notars „im Urheberrecht“ hat durch die Entwicklung zur Informationsgesellschaft zusätzliche wirtschaftliche Bedeutung erlangt. Die hergebrachte – auch in vereinzelt Literaturbeiträgen<sup>1</sup> behandelte – Rolle des Notars im Urheberrecht besteht darin, den Schöpfern urheberrechtlich schutzfähiger Werke, gleichgültig ob aus den „klassischen“ Bereichen der Literatur, Wissenschaft und Kunst oder aus dem Bereich der neuen Informationstechnologien, Hilfe zu leisten bei dem nicht immer leicht zu führenden Beweis, dass ein bestimmtes Werk tatsächlich von ihnen stammt. Hier vermag die notarielle Prioritätsverhandlung wertvolle Dienste zu leisten, indem sie den Beweis erbringt, dass der fragliche Urheber das Werk jedenfalls zu einem bestimmten Zeitpunkt als von ihm stammend dem Notar vorgelegt hat. Der folgende Beitrag sucht den aktuellen Stand der Forschung mit Blick auf notarielle Prioritätsverhandlungen zusammenzufassen und zugleich Querverbindungen zu weiteren Betätigungsfeldern des Notars im Urheber- und Softwarerecht aufzuzeigen.

### I. Einleitung

Im vergangenen Jahrzehnt hat die technologische Entwicklung der Informationstechnik<sup>2</sup> mit ihren aus der Digitalisierung folgenden Möglichkeiten der Darstellung, Verarbeitung und Übertragung von Information einen Stand erreicht, der mit dem Internet eine globale Informationsinfrastruktur mit Potenzial zum Massenmedium<sup>3</sup> hervorgebracht hat<sup>4</sup>. Jenseits inflationärer Begriffsbildung im journalistischen Bereich ist in den Sozialwissenschaften, der Philosophie<sup>5</sup> und in den Wirtschaftswissenschaften<sup>6</sup> von der Entwicklung hin zu einer Informationsgesellschaft<sup>7</sup> die Rede, welche neue politische<sup>8</sup> und rechtliche Herausforderungen mit sich bringt.

Parallel zu diesem Bedeutungsaufschwung der Informationsverarbeitung hat sich die wirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts vervielfacht. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass das Urheberrecht (und die zum Urheberrecht im weiteren Sinne zählenden sogenannten verwandten Schutzrechte<sup>9</sup>) einen nicht an weitere Registrierungserfordernisse (wie etwa im Patentrecht) gebundenen, unkomplizierten, starken und kostenfreien Rechtsschutz bieten und sich somit als „Auffanginstrument“ für neu entstehende Schutzbedürfnisse geradezu aufdrängen. So wurden zuerst durch die Urheberrechtsnovelle von 1985 Computerprogramme als „technische Sprachwerke“ in den Kreis der nach dem Urheberrechtsgesetz von 1965 (UrhG) schutzfähigen „Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst“ aufgenommen<sup>10</sup>; dieser Schutz wurde dann durch die EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen<sup>11</sup> europaweit harmonisiert und für das deutsche Recht noch erheblich ausgeweitet, indem zum einen die traditionell hohen Anforderungen der deutschen Rechtsprechung an die Qualität (die sogenannte „Schöpfungshöhe“) urheberrechtsschutzfähiger Computerprogramme durch den europäischen Gesetzgeber explizit abgesenkt wurden und zum anderen auch der Umfang des urheberrechtlichen Schutzes

\* Referatsleiter am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München. Der Autor dankt Herrn Notar a.D. *Hans-Ulrich Sorge* (Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern) für die Anregung zu diesem Aufsatz sowie Herrn Notar *Georg Mehler*, Trostberg, für die großzügige Zurverfügungstellung umfassender Materialien und Muster zu notariellen Prioritätsverhandlungen.

<sup>1</sup> Vgl. die Nachweise im folgenden Text.

<sup>2</sup> Zur technologischen Seite in verständlicher Darstellung vgl. statt aller *Heindl/Maier*, *Der Webmaster*, Bonn 1999, S. 15 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Leistner/Bettinger*, *Creating Cyberspace – Immaterialgüterrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Schutz des Webdesigners, Computer und Recht (CR)* – Beilage 12/1999, S. 1.

<sup>4</sup> *Fiedler/Ullrich (Hrsg.)*, *Information als Wirtschaftsgut*, V.

<sup>5</sup> Vgl. nur *Spinner*, *Die Architektur der Informationsgesellschaft – Entwurf eines wissensorientierten Gesamtkonzepts*, Bodenheim 1998.

<sup>6</sup> Vgl. statt aller *Pethig*, *Information als Wirtschaftsgut in wirtschaftswissenschaftlicher Sicht* in *Fiedler/Ullrich (Hrsg.)*, *Information als Wirtschaftsgut*, 1–29 und spezifischer zu den durch das Internet bedingten Entwicklungen *Merz*, *Elektronische Dienstleistungen – Modelle und Mechanismen des Electronic Commerce*, Heidelberg 1999.

<sup>7</sup> Zur Begriffsbildung vgl. *Spinner*, a.a.O. (o. Fn. 5).

<sup>8</sup> Vgl. schon das Arbeitsprogramm der Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages, *Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft – Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft*, Bonn 1996; hierzu *Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.)*, *Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft*, Baden-Baden 1996; *Mantwill (Hrsg.)*, *Informationswirtschaft und Standort Deutschland*, Baden-Baden 1997.

<sup>9</sup> Die sogenannten verwandten Schutzrechte sind dem Urheberrecht insofern verwandt, als sie sich entweder auf Leistungen beziehen, die eine gewisse kreative Komponente beinhalten (wie etwa im Falle des Schutzes des Lichtbildners (§ 72 UrhG) und des ausübenden Künstlers (§§ 73 ff. UrhG)) oder die zwar rein organisatorisch-technische Investitionen schützen, die aber doch einen gewissen Zusammenhang mit der Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke aufweisen (so im Falle des Schutzes des Tonträgerherstellers, des Sendeunternehmens und des Filmherstellers). Letztgenannte Schutzrechte werden auch als investitionsbezogene verwandte Schutzrechte bezeichnet. Insgesamt ähneln die verwandten Schutzrechte auch hinsichtlich Voraussetzung und Umfang des Schutzes dem Urheberrecht, ja verweisen häufig umfassend auf die urheberrechtlichen Vorschriften. Vgl. zu alledem ausführlich *Leistner*, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*, 2000, S. 137 ff., 300 f.

<sup>10</sup> S. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG; vgl. näher *Loewenheim in Schrickler*, *Urheberrecht – Kommentar*, München 1999, § 2 UrhG, Rdnr. 117 (im Folgenden *Schricker-Bearbeiter*).

<sup>11</sup> Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. L 122 v. 17.5.1991, 42–46.

in diesem besonderen Bereich ausgedehnt wurde<sup>12</sup>. Faktisch ist damit nach derzeitiger Rechtslage jedes komplexere Computerprogramm urheberrechtlich geschützt.

Mit der Richtlinie von 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken<sup>13</sup> fand dann ein weiterer Schutzgegenstand der Informationsgesellschaft seinen Weg ins Urheberrecht: Datenbanken waren zwar seit jeher als Sammelwerke potenziell urheberrechtlich geschützt<sup>14</sup>; die Richtlinie führte aber nun zusätzlich ein neues Schutzrecht *sui generis* für die Investitionen des Datenbankherstellers ein, welches vom deutschen Gesetzgeber mit Wirkung zum 1.1.1998 in den §§ 87 a ff. UrhG zutreffend als verwandtes Schutzrecht umgesetzt wurde<sup>15</sup>. Datenbanken sind im europäischen (und deutschen) Recht nun also sogar zweigleisig, durch das Urheberrecht und durch das verwandte Schutzrecht des Datenbankherstellers, geschützt. Beide Schutzsysteme ähneln einander aber in den für die hier behandelten Themenkreise relevanten Eigenschaften derart, dass die nachfolgenden Ausführungen im Wesentlichen gleichermaßen für das Urheberrecht (im engeren Sinne) wie auch für das Datenbankherstellerrecht nach §§ 87 a ff. UrhG gelten; soweit sich (insbesondere hinsichtlich der praktischen Bedeutung von Prioritätsverhandlungen) Abweichungen ergeben, wird im jeweiligen Sachzusammenhang darauf eingegangen.

## II. Urheberrechtliche Grundlagen

### 1. Urheberrecht im engeren Sinne

Der urheberrechtliche Schutz gebührt gemäß § 7 UrhG dem Urheber als dem Schöpfer des Werks. Der Nachweis, dass ein bestimmter Urheber ein bestimmtes Werk geschaffen hat, wird im Regelfall durch § 10 UrhG erleichtert, demzufolge derjenige als Urheber des Werkes „angesehen“ wird (widerlegliche Vermutung), der auf den „Vervielfältigungsstücken eines erschienenen Werkes oder auf dem Original eines Werkes der bildenden Künste in der üblichen Weise als Urheber bezeichnet ist“. Ein Nachweisproblem entsteht jedoch für den Urheber (mit Ausnahme der Urheber von Werken der bildenden Künste), wenn es um den Nachweis der Urheberschaft an einem *noch nicht erschienenen* Werk geht<sup>16</sup>. Der Begriff des

„Erscheinens“ setzt nach § 6 Abs. 2 UrhG voraus, dass „mit Zustimmung des Berechtigten Vervielfältigungsstücke des Werks nach ihrer Herstellung in genügender Anzahl der Öffentlichkeit angeboten oder in Verkehr gebracht worden sind“<sup>17</sup>. Fehlt es daher an der Mindestvoraussetzung eines (hinreichend breiten) öffentlichen Angebots, so steht der Urheber vor einem misslichen Nachweisproblem<sup>18</sup>.

Ein Beispiel mag die Situation verdeutlichen<sup>19</sup>:

Der Urheber eines Musikwerks oder eines Werks der Literatur will sein Werk verwerten. Zu diesem Zweck reicht er es bei einem Schallplattenproduzenten oder Radiosender bzw. bei einem Verlag ein. Es erfolgt lediglich eine formularmäßige Absage oder gar keine Reaktion; insbesondere werden die eingereichte CD/das eingereichte Manuskript nicht zurückgesandt. Einige Zeit später publiziert derselbe Verwerter oder ihm verbundene Personen unter anderem Titel ein Werk, im dem der Autor wesentliche Teile seiner Arbeit wiedererkennt. Im Prozess befindet er sich nunmehr in Beweisnot, da § 10 UrhG nur für erschienene Werke gilt, was in seinem Falle mangels Angebotes *an die Öffentlichkeit* nicht der Fall ist.

Für diesen Fall kann die notarielle Prioritätsverhandlung dem Urheber den Nachweis sichern, dass er an einem bestimmten Tag (jedenfalls vor Veröffentlichung der Entlehnung) sein Werk in der mit der Urkunde verbundenen Fassung als von ihm stammend bei einem Notar vorgelegt hat<sup>20</sup>.

Zwar kommt es für den urheberrechtlichen Schutz – anders als etwa im Kartellrecht – genau genommen nicht auf die zeitliche Priorität an (sogar unabhängige „Doppelschöpfungen“ könnten, so sie denn in der Tat auftauchten, unabhängig von ihrer genauen Entstehungszeit parallel nebeneinander geschützt sein), doch erleichtert die notarielle Prioritätsverhandlung dem Urheber im Prozess jedenfalls den Beweis, dass sein Werk „vorhanden“ war und von ihm geschaffen wurde. Dieses Indiz kann dann im Prozess wiederum, im Wege der Grundsätze über den *prima facie*-Beweis – sofern nur die Übereinstimmungen hinreichend evident sind, zugleich die Übernahme durch den Verletzer belegen.

Aus urheberrechtlicher Sicht ist freilich zu betonen, dass die notarielle Prioritätsverhandlung nicht die Voraussetzungen des urheberrechtlichen Schutzes als solchem ersetzt, die in § 2 Abs. 2 UrhG verankert sind: Demzufolge muss es sich bei schutzfähigen Werken um „persönliche geistige Schöpfungen“ handeln. Hinter diesem Begriff verbirgt sich neben wei-

<sup>12</sup> Vgl. bzgl. des Schutzzumfangs die §§ 69a ff. UrhG. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG regelt also die grundsätzliche Erfassung von Computerprogrammen als Sprachwerke und §§ 69a ff. UrhG regeln nunmehr die nähere Ausgestaltung des Schutzes in diesem spezifischen Bereich. S. näher statt vieler *Lehmann (Hrsg.)*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1993.

<sup>13</sup> Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken ABl. L 77 v. 27.3.1996, S. 20 ff.

<sup>14</sup> Vgl. § 4 UrhG und näher zur Rechtslage vor Umsetzung der Richtlinie etwa *Hoebbel*, Der Schutz von Sammelwerken, Sachprosa und Datenbanken im deutschen und amerikanischen Urheberrecht, 1994.

<sup>15</sup> Das Datenbankherstellerrecht fügt sich perfekt in den Kontext der weiteren investitionsbezogenen verwandten Schutzrechte (des Tonträgerherstellers (§§ 85 f. UrhG), des Sendeunternehmens (§ 87 UrhG) und des Filmherstellers (§ 94 UrhG)), da es – gleichermaßen wie diese – eine unternehmerisch-technische Leistung schützt, die im Zusammenhang mit den Werken der Urheber erbracht wird. S. näher *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht, 2000, S. 128 ff., 300 f.

<sup>16</sup> S. *Nordemann* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 1. Halbband, München 1998, Formular IX/1, S. 891 f.; *ders.* in *Nordemann*, Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswarnehmungsgesetz, Stuttgart, Berlin, Köln 1998, § 10 UrhG, Rdnr. 4 (im Folgenden zitiert als *Nordemann-Bearbeiter*); *Schricker-Loewenheim*, § 10 UrhG, Rdnr. 6.

<sup>17</sup> Es genügt also sowohl das Inverkehrbringen als auch das *öffentliche* Angebot von Vervielfältigungsstücken. Wie viele Vervielfältigungsstücke eine *genügende Anzahl* i.S.d. § 6 Abs. 2 UrhG bilden, ist eine Frage des Einzelfalls. Nach BGH GRUR 1981, 360, 362 – „Erscheinen von Tonträgern“ kommt es entscheidend darauf an, dass dem „interessierten Publikum ausreichend Gelegenheit zur Kenntnisnahme des Werkes“ gegeben wurde. Vgl. näher *Schricker-Katzenberger*, § 6 UrhG, Rdnr. 39 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>18</sup> *Nordemann-Nordemann*, § 10 UrhG, Rdnr. 4, bezeichnet die diesbezügliche Einschränkung des § 10 UrhG deshalb auch als wenig sinnvoll und korrekturbedürftig. Zustimmend *Schricker-Loewenheim*, § 10, Rdnr. 6.

<sup>19</sup> Entlehnt bei *Nordemann* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 1. Halbband, München 1998, Formular IX/1, S. 892.

<sup>20</sup> Vgl. statt aller DNotI-Report 6/1996, S. 45 m.w.N.

teren – in aller Regel vorliegenden<sup>21</sup> – Voraussetzungen urheberrechtlichen Schutzes das Erfordernis der *Individualität* des zu schützenden Werks. Es muss sich für den urheberrechtlichen Schutz um eine individuelle Kreation seines Urhebers handeln. In aller Regel sind in diesem Rahmen auch einfache Schöpfungen erfasst (die sogenannte „kleine Münze“ des urheberrechtlichen Schaffens<sup>22</sup>). Für den Bereich der Computerprogramme und Datenbanken hat der europäische Gesetzgeber diese niedrige Schutzvoraussetzung einfacher Individualität sogar vorgeschrieben. Auch bei Musikwerken hat der Bundesgerichtshof nie überdurchschnittliche Gestaltungen für den Urheberrechtsschutz vorausgesetzt, auch einfache Melodien (Stichwort: „Schlager“) können also geschützt sein. Andererseits hat die Rechtsprechung bei anderen Werkarten, insbesondere im Bereich der angewandten Kunst, gelegentlich einen strengeren Maßstab, im Sinne einer das durchschnittliche („bloß“ handwerkliche) Können übersteigenden besonderen „Schöpfungshöhe“, angelegt. Eine Garantie, dass jede Schöpfung menschlichen Geistes Urheberrechtsschutz genießt, gibt es also nicht.

Deshalb sollte im Rahmen der notariellen Prioritätsverhandlung in jedem Falle darüber belehrt werden, dass die Verhandlung lediglich das Vorhandensein des verhandlungsgegenständlichen „Schutzobjekts“ zu einem bestimmten Zeitpunkt belegen kann. Auswirkung auf die Frage, ob das vorgelegte „Werk“ die materiellen Voraussetzungen des Urheberrechtsschutzes erfüllt, hat die notarielle Prioritätsverhandlung demgegenüber naturgemäß nicht.

## 2. Schutzrechte an Datenbanken

Die vorstehenden Überlegungen lassen sich auf den Rechtsschutz von Datenbanken in *rechtlicher* Hinsicht durchaus übertragen<sup>23</sup>.

Was den im engeren Sinne *urheberrechtlichen* Schutz von Datenbanken (als Unterfall der Sammelwerke) nach § 4 Abs. 2 UrhG angeht, bestehen ohnedies keine Unterschiede zu vorstehend geschilderter Ausgangssituation.

Das praktisch wichtigere, neue und kumulativ neben dem urheberrechtlichen Schutz stehende *Datenbankherstellerrecht* unterscheidet sich zwar vom Urheberrecht im engeren Sinne insofern, als es nicht persönliche Kreationen, sondern „nach Art oder Umfang wesentliche Investitionen“<sup>24</sup> schützt (§ 87a Abs. 1 UrhG). Doch geht es auch hier wiederum um die Er-

mittlung des Datenbankherstellers, d.h. derjenigen (in diesem Falle gegebenenfalls auch juristischen) Person, die die wesentliche Investition in die Erstellung der Datenbank vorgenommen hat. Um insoweit eventuellen Beweisschwierigkeiten vorzubeugen, kann eine notarielle Prioritätsverhandlung – in den oben aufgezeigten Grenzen – theoretisch gleichermaßen nützlich sein wie im Falle urheberrechtlichen Schutzes im engeren Sinne.

Hinzu kommt beim Datenbankherstellerrecht noch die Tatsache, dass auch wesentliche *Neuinvestitionen* in Datenbanken eigenständigen Schutz genießen, um das wirtschaftlich aufwändige ständige *updating* von Datenbanken zu erfassen; dementsprechend bestimmt § 87a Abs. 1 Satz 2 UrhG, dass eine in ihrem Inhalt nach Art oder Umfang wesentlich geänderte Datenbank „als neue Datenbank“ gilt, fingiert also insoweit einen eigenständigen Schutz (mit neuer Schutzdauer)<sup>25</sup>. Deshalb wurde vorgeschlagen, die jeweils aktuelle Version einer regelmäßig „*upgedateden*“ Datenbank in bestimmten Zeitabständen – nämlich immer dann, wenn die vorgenommenen Änderungen die „Wesentlichkeitsschwelle“<sup>26</sup> überschreiten – erneut zum Gegenstand einer notariellen Prioritätsverhandlung zu machen, um so auch das Vorhandensein wesentlicher Neuinvestitionen zu bestimmten Zeitpunkten zu belegen<sup>27</sup>.

Freilich gilt auch insoweit wieder, dass die notarielle Prioritätsverhandlung nur den Beweis des Vorhandenseins einer Datenbank zu einem bestimmten Zeitpunkt erleichtern kann. Das Vorliegen der materiellen Schutzvoraussetzung, d.h. der *Wesentlichkeit der Investition* in die Datenbank, wird auf diese Weise nicht belegt. Und hierin liegt angesichts der abweichenden Schutzvoraussetzung des Datenbankherstellerrechts nun doch eine für das hier behandelte Thema *praktisch entscheidende Abweichung zum Urheberrecht*: Im Rahmen des Datenbankherstellerschutzes muss der Datenbankhersteller im Rahmen der Prüfung der Schutzvoraussetzung nämlich ohnedies beweisen, inwieweit er im Einzelnen *wesentlich* in die Datenbank investiert hat. Dies wird – anders als im Urheberrecht im engeren Sinne, wo die Schutzfähigkeit dem Werk „auf die Stirn geschrieben steht“, sich aus dessen Beschaffenheit also unmittelbar ergibt – im Regelfall einen substantiierten Vortrag erfordern hinsichtlich der aufgewendeten

<sup>21</sup> Neben der Individualität („Schöpfung“) wird klassischerweise weiter vorausgesetzt, dass die Schöpfung „persönlich“ (von einem Menschen stammend) ist, „geistigen Gehalt“ (im Sinne einer menschlichen Aussage oder Botschaft im allerweitesten Sinne, aber über das bloße sinnlich wahrnehmbare Substrat hinaus) besitzt, und eine „wahrnehmbare Formgestaltung“ (in welcher Form auch immer) erhalten hat. Vgl. ausführlich statt aller *Schricker-Loewenheim*, § 2 UrhG, Rdnr. 11 ff.

<sup>22</sup> Vgl. näher (auch zum Begriff, der von *Kohler* in den zwanziger Jahren geprägt wurde), *Schricker-Loewenheim*, § 2 UrhG, Rdnr. 38–40 m.w.N.

<sup>23</sup> So insbesondere *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 178 ff.

<sup>24</sup> Dabei konzentriert sich die gerichtliche Praxis ganz auf das Merkmal der „nach dem *Umfang* wesentlichen Investition“ und sucht insoweit eine Minimalschwelle auszuloten, die sich derzeit sehr niedrig einzupegeln scheint, so dass im Ergebnis jede Datenbank, in die überhaupt mit dem Ziel kommerzieller Amortisation „ernsthaft“ investiert wurde, Schutz genießen dürfte. Vgl. insoweit umfassend zum aktuellen Stand in der Rechtsprechung *Leistner*, Datenbankherstellerrecht in *Wiebe/Leupold* (Hrsg.), Praxishandbuch elektronische Datenbanken, Heidelberg 2002, Rdnr. 14–33.

<sup>25</sup> Die Schutzdauer des Datenbankherstellerrechts beträgt gemäß § 87d UrhG fünfzehn Jahre ab der Veröffentlichung der Datenbank bzw. (wenn die Datenbank innerhalb dieser Frist nicht veröffentlicht worden ist) ab der Herstellung der Datenbank. Durch die (im Rahmen des Urheberrechtssystems erstmalige) Erfassung auch nachfolgender Veränderungen und Weiterentwicklungen der Datenbank im Wege der Fiktion gemäß § 87a Abs. 1 Satz 2 UrhG dürften kontinuierlich gepflegte elektronische Online-Datenbanken im praktischen Ergebnis jedoch häufig „ewigen“ Schutz für die gesamte Dauer ihres Bestehens erlangen (vgl. näher zu der insoweit aber notwendigen differenzierenden Betrachtung hinsichtlich des Schutzzumfangs bei geänderten Datenbanken sowie insgesamt zu diesbezüglichen Diskussion *Leistner*, GRUR Int. 1999, 819, 834 f.). Zum Vergleich: Die Schutzdauer des (insoweit „stärkeren“) Urheberrechts, die sich aber nicht verlängern kann, beträgt 70 Jahre und beginnt erst mit dem Tod des Autors zu laufen (*post mortem auctoris*), so dass im praktischen Ergebnis noch ein weit aus längerer Schutz des Werks gewährleistet ist, vgl. insoweit eingehend (auch rechtspolitisch) *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, 2001.

<sup>26</sup> Vgl. dazu sogleich im folgenden Text.

<sup>27</sup> So insbesondere *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 182; zur urheberrechtlichen Beurteilung der im einzelnen umstrittenen Problemkreise im Zusammenhang mit Voraussetzungen und Umfang des rechtlichen Schutzes bei geänderten Datenbanken, vgl. zusammenfassend *Leistner*, GRUR Int. 1999, 819, 834 f.

Sachmittel-, Finanzierungs- oder Lohnkosten (die als quantitative Aufwendungen finanzieller Mittel für die Beurteilung der Wesentlichkeit entscheidend sind)<sup>28</sup>. Ebendieser substantiierte Vortrag wird aber in der Regel auch – ggf. gestützt durch eidesstattliche Versicherungen der Mitarbeiter – die Herkunft der Datenbank zweifelsfrei belegen.

Hinzu kommt, dass die typische Gefährdungssituation – wie sie oben für das Urheberrecht an Musik- und Literaturwerken beispielhaft geschildert wurde – bei der Herstellung größerer Datenbanken schon deshalb im Regelfall nicht entsteht, weil der investierende Datenbankhersteller – bei dem es sich ohnehin, in grundlegender Abweichung vom Urheberrecht, im Regelfall um eine juristische Person (ein Unternehmen) handeln dürfte – die Datenbank auch selbst kommerzialisiert und verwertet. So kann es zur gefahrträchtigen individuellen „Zusendung“ einer Datenbank an einen „Verwerter“ im Regelfall nicht kommen.

Entsprechend belegt auch die gerichtliche Praxis, dass die Herkunft von Datenbanken wohl allenfalls äußerst selten – soweit ersichtlich bisher noch nie – zum Gegenstand streitiger Verhandlung wird. Das Schwergewicht des Beweisproblems verlagert sich in diesem Bereich vielmehr zu der Frage, ob der „Verletzer“ seine Daten tatsächlich aus der streitgegenständlichen Datenbank entnommen hat oder ob er sie vielmehr unabhängig zusammengestellt hat; und diesem Beweisproblem vermag eher als eine Prioritätsverhandlung die Verwendung bewusst fehlerhafter Einzeleinträge abzuwehren, deren unterschiedslose Übernahme in der fremden Datenbank einen entsprechenden Anscheinsbeweis etabliert<sup>29</sup>.

Aus all diesen Gründen erscheint die praktische Bedeutsamkeit notarieller Prioritätsverhandlungen im Zusammenhang mit dem Schutz von Datenbanken sehr viel zurückhaltender zu beurteilen als bezüglich des Urheberrechtsschutzes im engeren Sinne<sup>30</sup>. Nur in den seltenen Fällen, wenn tatsächlich von einzelnen natürlichen Personen eine außergewöhnlich individuelle Datenbank zusammengestellt wurde, welche nunmehr kommerziellen Anbietern „angedient“ werden soll, mag die notarielle Prioritätsverhandlung – wie im Regelfall des Urheberrechtsschutzes – ihren Sinn haben. Insoweit sind die nachstehenden Überlegungen zur Durchführung einer Prioritätsverhandlung dann in gleicher Weise auch auf den Datenbankschutz nach §§ 87 a ff. UrhG übertragbar.

### III. Möglichkeiten notarieller Prioritätsverhandlungen

Aus der Sicht des Notars kommen für die Durchführung der Prioritätsverhandlung verschiedene Verfahren in Betracht<sup>31</sup>.

#### 1. Unterschriftsbeglaubigung gem. §§ 40, 39 BeurkG

Die einfachste Variante besteht in einer bloßen Unterschriftsbeglaubigung gem. § 40 BeurkG durch einfaches Zeugnis im

Sinne des § 39 BeurkG. Da die Unterschriftsbeglaubigung sich nicht auf Form und Inhalt des Textes bezieht, kann der Urheber schriftlich erklären, dass er ein bestimmtes Werk geschaffen hat und insoweit auch zur Erläuterung bzw. im Wege der Verweisung Zeichnungen, Abbildungen o.ä. in Bezug nehmen, welche Existenz und Beschaffenheit des Werks belegen.

Der Beglaubigungsvermerk ist in einem nachfolgenden Prozess gemäß § 415 ZPO als öffentliche Urkunde, der darüber stehende Text als Privaturkunde (§ 416 ZPO) zu würdigen<sup>32</sup>. Schon aus diesem Grunde (eingeschränkte Beweiskraft einer entsprechenden Privaturkunde des Urhebers im Prozess [in dem er voraussichtlich Partei ist]), erfüllt die bloße Unterschriftsbeglaubigung den Zweck einer notariellen Prioritätsverhandlung im Ergebnis nicht effektiv und kann daher kaum das Mittel der Wahl sein<sup>33</sup>.

#### 2. Tatsachenbescheinigungen gem. §§ 36 ff. BeurkG und gem. § 43 BeurkG

Als erwägens- und empfehlenswerte Möglichkeiten, eine notarielle Prioritätsverhandlung durchzuführen, verbleiben deshalb von den bisher in der Literatur vorgeschlagenen Wegen<sup>34</sup> die Erteilung einer *Tatsachenbescheinigung nach §§ 36 ff. BeurkG in der Form einer Niederschrift*, einer *Tatsachenbescheinigung über die Vorlage einer „Urkunde“ durch Vermerk nach § 43 BeurkG*, oder (bzw. zusätzlich) die Aufnahme einer *eidesstattlichen Versicherung des Urhebers nach § 38 BeurkG* (vgl. unten 3).

Der Weg über einen Vermerk nach § 43 BeurkG kann deshalb im Regelfall beschränkt werden, weil vorlagefähige „Urkunde“ im Sinne dieser Vorschrift bei zutreffender Auslegung (trotz des auf den ersten Blick entgegenstehenden Wortlauts) jedes „Schriftstück“ (ohne Ansehung seiner Form), also nicht etwa nur ein Text, sondern auch Pläne oder Zeichnungen<sup>35</sup>, Musiknoten<sup>36</sup> und wohl auch eine digitalisierte Version von Computerprogrammen, Datenbanken o.ä. auf Diskette oder CD-ROM<sup>37</sup> sein kann.

Daneben kommt eine notarielle Tatsachenbescheinigung durch notarielle Niederschrift nach §§ 36 ff. BeurkG in Betracht, wenn keine „Urkunden“ (nicht einmal im weiten Sinne des § 43 BeurkG), sondern andere Gegenstände vorgelegt werden (wie etwa Werke der bildenden Kunst oder eine Musik-CD). Bei der Niederschrift, die den Bericht des Notars über seine Wahrnehmungen enthält, kann wiederum auf Schriftstücke, also auch Pläne oder Zeichnungen etc., insbesondere aber auf einen in Verwahrung gegebenen Gegenstand<sup>38</sup>, verwiesen werden. Eine Niederschrift kann im Übrigen (mit Blick auf die Zweifel bezüglich der extensiven Interpretation des § 43 BeurkG wegen des Gedankens des „sicheren Weges“ empfehlenswert) auch im Falle der Vorlage von „Urkunden“ erfolgen; § 43 BeurkG eröffnet insoweit nur einen alternativen, einfacheren Weg.

<sup>28</sup> Erw.-Grd. 40; vgl. auch *Schricker-Vogel*, § 87 a, Rdnr. 18.

<sup>29</sup> Vgl. näher *Leistner*, Datenbankherstellerrecht in *Wiebe/Leupold (Hrsg.)*, Praxishandbuch elektronische Datenbanken, Heidelberg 2002, Rdnr. 64 f.

<sup>30</sup> A.A. aber *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 180 f.

<sup>31</sup> Vgl. die ausführlichen Darstellungen in DNotI-Report 6/1996, S. 45 ff.; *Keidel/Winkler*, Beurkundungsgesetz, 1999, § 43, Rdnr. 3 ff. (im Folgenden *Keidel/Winkler*); *Huhn/v. Schuckmann*, Beurkundungsgesetz, 1995, § 43, Rdnr. 2 ff.; sowie die Zusammenfassungen bei *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 182 ff. und in DNotI-Report 9/2001, S. 69 f.

<sup>32</sup> *S. Keidel/Winkler*, § 39 BeurkG, Rdnr. 3.

<sup>33</sup> So zutreffend *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 183. Offengelassen in DNotI-Report 9/2001, S. 70.

<sup>34</sup> Vgl. o. Fn. 31.

<sup>35</sup> Unstreitig, vgl. DNotI-Report 9/2001, 70 m.w.N.

<sup>36</sup> So DNotI-Report 9/2001, S. 70.

<sup>37</sup> So *Keidel/Winkler*, § 43 BeurkG, Rdnr. 7; vgl. auch DNotI-Report 9/2001, S. 70; zweifelnd DNotI-Report 6/1996, S. 46.

<sup>38</sup> Vgl. zur Verbindung mit einem Verwahrungsgeschäft sogleich unten IV 1.

### 3. Zusätzlich: Eidesstattliche Versicherung gem. § 38 BeurkG

Stets ist aus Gründen der erhöhten Beweiskraft im Prozess auch eine eidesstattliche Versicherung der Beteiligten nach § 38 BeurkG über ihre Urheberschaft an dem vorgelegten Werk zu empfehlen, die mit der Niederschrift kombiniert werden kann<sup>39</sup>.

Die Zulässigkeit einer eidesstattlichen Versicherung in diesen Fällen wurde jedoch aus Zuständigkeitsgründen angezweifelt<sup>40</sup>. Voraussetzungen und Umfang der Befugnis des Notars zur Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen regelt § 22 Abs. 2 BNotO. Als Adressat kommt im Falle der notariellen Prioritätsverhandlung die ordentliche Gerichtsbarkeit, die in Zukunft für einen etwaigen Streit zuständig wäre („für den Prozessfall“)<sup>41</sup>, als „Behörde“ im Sinne des § 22 Abs. 2 BNotO in Betracht. Insoweit wurde eingewandt, dass zum Zeitpunkt der Prioritätsverhandlung in aller Regel noch kein behördliches oder gerichtliches Verfahren anhängig ist, in dem die eidesstattliche Versicherung Verwendung finden könnte<sup>42</sup>.

Wie insbesondere *Heyn*<sup>43</sup> überzeugend dargelegt hat, verkennt dieser Einwand jedoch die Praxis des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, wo die eidesstattliche Versicherung typisches Mittel der Glaubhaftmachung in den weit überwiegenden einstweiligen Verfügungsverfahren ist. Es ist in diesem Zusammenhang (insbesondere, aber nicht ausschließlich im Markenrecht) sogar verbreiteter Brauch, schon vor Antragstellung durch den potenziellen Prozessgegner, sogenannte „Schutzschriften“ bei den zuständigen Gerichten zu hinterlegen, die wesentliche Verteidigungsargumente „für den Prozessfall“ bereits liefern. Dem muss die notarielle Praxis hinsichtlich der Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen entsprechen: Demnach ist eine eidesstattliche Versicherung „für den Prozessfall“ insoweit zulässig, da sie sich an einen Adressaten i.S.d. § 22 Abs. 2 BNotO wendet und auch nach Art und Gegenstand als Mittel der Glaubhaftmachung geeignet ist.

Ein weiteres Zuständigkeitsproblem entsteht in Abgrenzung zur Zuständigkeit der Rechtspflege beim Amtsgericht zur Abnahme eidesstattlicher Versicherungen. Die Aufnahme von Zeugnisurkunden, die typischerweise in einem gerichtlichen Verfahren errichtet werden, mit dem sie in innerem Zusammenhang dergestalt stehen, dass sie ihrem Wesen nach nicht von einem Notar, sondern nur von der zuständigen Stelle bei Gericht aufgenommen werden können, soll nicht in den Zuständigkeitsbereich des Notars fallen<sup>44</sup>. Nach den vorstehenden Ausführungen liegt jedoch auf der Hand, dass ein derartiger innerer Zusammenhang im Falle notarieller Prioritätsverhandlungen gerade (noch) nicht besteht. Denn zum Zeitpunkt

der Prioritätsverhandlung ist ein späteres gerichtliches Verfahren ja keinesfalls konkret absehbar, sondern nur abstrakt möglich. Insoweit kann auch die eidesstattliche Versicherung nicht derart in das eventuelle künftige Verfahren (für das nicht einmal die örtliche und sachliche Zuständigkeit feststeht) eingebunden sein, dass die Erklärung ihrem Wesen nach nur bei Gericht abgegeben werden kann. Also ist nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 22 BNotO – wie vorstehend ausgeführt – der Notar als Stelle der vorsorgenden Rechtspflege zuständig<sup>45</sup>.

Nachdem somit der Zulässigkeit einer eidesstattlichen Versicherung im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken entgegenstehen, sollte aus den genannten Gründen stets eine eidesstattliche Versicherung der Beteiligten über deren Urheberschaft aufgenommen werden<sup>46</sup>.

### IV. Problemschwerpunkt: Beweiskräftige Verbindung der Erklärung mit dem Werk

Das eigentliche Problem der notariellen Prioritätsverhandlung besteht darin, eine beweiskräftige Verbindung der Feststellung oder Erklärung mit dem verhandlungsgegenständlichen Werk herzustellen, die dauerhaft belegen kann, dass eine bestimmte Version des Werks dem Notar tatsächlich in dieser Form zum Zeitpunkt der Verhandlung vorlag.

Die einfachste und gewissermaßen naturgegebene Möglichkeit hierfür besteht darin, das vorgelegte Werk – soweit möglich – in Verwahrung zu nehmen (unten 1). Daneben sind auch Wege aufgezeigt worden<sup>47</sup>, eine beweiskräftige Verbindung ohne eine Verwahrung durch den Notar zu erreichen, indem man den Werkträger (typischerweise eine Diskette oder CD-ROM) in einem Behältnis versiegelt und dieses mit der Tatsachenbescheinigung und eidesstattlichen Versicherung beweiskräftig verbindet (unten 3).

#### 1. Verwahrung

Die Verwahrung von Wertgegenständen gehört gemäß § 23 BNotO zu den Amtsgeschäften des Notars auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Da es sich nicht um Urkundstätigkeit handelt, steht das Tätigwerden insoweit im Ermessen des Notars, eine Pflicht zur Amtsausübung besteht deshalb in keinem der folgenden Fälle<sup>48</sup>.

Zu den Wertgegenständen i.S.d. § 23 BNotO gehören zudem nur Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten. Das schließt jedoch nach einhelliger Ansicht die Verwahrung anderer Gegenstände nicht aus<sup>49</sup>. Nur gelten für diese sogenannte *untechnische Verwahrung*, die nicht unter § 23 BNotO fällt, sondern vielmehr als „sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege“ unter § 24 BNotO, nicht die strengen Verfahrensvorschriften der §§ 11–13 DONot (die sich eben nur auf die Verwahrung i.S.d. § 23 BNotO beziehen).

<sup>39</sup> Vgl. DNotI-Report 9/2001, S. 70.

<sup>40</sup> Vgl. die Nachweise in DNotI-Report 6/1996, S. 47.

<sup>41</sup> Vgl. auch das Formulierungsmuster bei *Nordemann* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 1. Halbband, München 1998, Formular IX/1, S. 891.

<sup>42</sup> *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, Kommentar, § 54e BeurkG, Rdnr. 23 (insbesondere Fn. 28); vgl. auch DNotI-Report 9/2001, S. 70.

<sup>43</sup> *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 183. Zutreffend schon *Nordemann* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 1. Halbband, München 1998, Formular IX/1, S. 891 f.

<sup>44</sup> *Keidel/Kuntze/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, München 1997, Teil B, Beurkundungsgesetz, § 38 Rdnr. 8 sowie § 1, Rdnr. 30; vgl. auch DNotI-Report 6/1996, S. 47.

<sup>45</sup> So insbesondere zutreffend *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 183 f.; in der Tendenz auch schon DNotI-Report 6/1996, S. 47; offengelassen in DNotI-Report 9/2001, S. 70.

<sup>46</sup> Vgl. die Muster bei *Nordemann* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 1. Halbband, München 1998, Formular IX/1, S. 891 f.; *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 193 ff.

<sup>47</sup> *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 185 ff.; vgl. auch den Vorschlag bei *Waldner*, Die Kostenordnung für Anfänger, 2000, Rdnr. 299 sowie den Diskussionsbeitrag von *Menzel*, DNotI-Report 1997, 132.

<sup>48</sup> S. DNotI-Report 6/1996, S. 48 m.w.N.

<sup>49</sup> S. DNotI-Report 4/1997, S. 55 m.w.N.

Entsprechend dem vorstehend Gesagten kann der Notar auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege nicht nur Werke in hergebrachter Form, sondern auch elektronische Datenträger (Disketten, CD-ROM, CD-I) oder Musik-CDs bzw. DVDs untechnisch in Verwahrung nehmen<sup>50</sup>. Dabei hat er von Gesetzes wegen nur seine allgemeinen Amtspflichten zu beachten; insbesondere eine Eintragung in das Verwahrungsbuch und das Massebuch gemäß § 13 DNot muss deshalb nicht erfolgen.

Es empfiehlt sich jedoch, bezüglich des Verfahrens die §§ 11 ff. DNot *mutatis mutandis* heranzuziehen<sup>51</sup>. Es sollte (ggf. in Verbindung mit der Tatsachenbescheinigung und der eidesstattlichen Versicherung) ein Protokoll aufgenommen werden, aus dem sich die tatsächlichen Umstände der Übergabe des Werks, d.h. im Regelfall des Datenträgers, Vorgaben für die sachgerechte Lagerung<sup>52</sup> sowie genaue Treuhand- und insbesondere Herausgabeanweisungen an den Notar ergeben, wobei auch auf eine Regelung der Dauer der Verwahrung sowie der Frage zu achten ist, was mit dem Werk/Datenträger geschehen soll, wenn es nach Ablauf der Verwahrzeit nicht abgeholt wird<sup>53</sup>. Unbedingt empfiehlt es sich, die Verwahrung elektronischer Datenträger und sonstiger Werke in ein entsprechendes Ein- und Ausgangsregister aufzunehmen<sup>54</sup>.

Ein derart ausgestaltetes Verwahrungsverhältnis<sup>55</sup> und die entsprechende Lagerung des Werks (ggf. des Datenträgers) beim Notar garantiert auf urheberfreundliche, unübertroffen fälschungssichere Art und Weise, dass es sich bei dem später im Prozess in Bezug genommenen Werk tatsächlich um das dem Notar bei der Prioritätsverhandlung vorgelegte handelt.

## 2. Kritik an der Verwahrungslösung

Dennoch ist diese Methode der beweiskräftigen „Verknüpfung“ des Werks mit der Urkunde zum *Gegenstand der Kritik* geworden und es wurden andere Wege gesucht und gefunden (vgl. insoweit unten 3), die es gestatten, das verhandlungsgegenständliche Werk so mit der Urkunde zu verbinden, dass die Ausfertigung der Urkunde zusammen mit dem Werk dem Urheber ausgehändigt werden kann, ohne den Beweiswert der Prioritätsverhandlung wesentlich zu schmälern.

Soweit sich die erwähnte Kritik an der „Verwahrungslösung“ daran entzündet, dass der Normalfall der notariellen Verwahrung

lediglich auf eine kurze Zeitdauer angelegt sei, während es bei der urheberrechtlichen Prioritätsverhandlung typischerweise auf eine längere Verwahrung ankomme, verdient dies aber nur teilweise Zustimmung. Man wird einschränkend bemerken müssen, dass auch im Urheberrecht schon deshalb jedenfalls keine dauerhafte Verwahrung gefordert ist<sup>56</sup>, weil sich das oben beschriebene Nachweisproblem ja zum Zeitpunkt des „Erscheinens“ des Werks<sup>57</sup> durch die dann eingreifende Urhebervermutung des § 10 UrhG von selbst löst. Deshalb werden auch Verwahrungen im Rahmen notarieller Prioritätsverhandlungen typischerweise allenfalls von mittelfristiger Dauer sein.

Soweit daher weiter befürchtet wird, der Notar könne – wähle er als „notariellen Standard“ die Verwahrungslösung – „zu [einer] regelrechten Datenträgersammlung degenerieren“<sup>58</sup>, überzeugt auch diese Überlegung nicht, da sie eben auf der Grundprämisse beruht, die Verwahrung im Urheberrecht müsse dauerhaft sein und da sie zudem wesentlich von der Annahme ausging, im Bereich des Datenbankschutzes werde es wegen des eigenständigen Schutzes geänderter Datenbanken „zu einer Vielzahl von Ketten- und Anschlussaufbewahrungen kommen“<sup>59</sup>. Wie bereits ausgeführt wurde<sup>60</sup> ist jedoch die praktische Relevanz der notariellen Prioritätsverhandlungen im Bereich des neuen Datenbankschutzes weitaus geringer als ursprünglich erwartet.

Deshalb ist nicht anzunehmen, dass die notarielle Prioritätsverhandlung zu der ernst zu nehmenden Gefahr führt, das Notariat werde zum regelrechten Datenlager und der hiermit verbundene Aufwand unverhältnismäßig. Auch die notwendigen Aufwendungen für eine sachgerechte Lagerung<sup>61</sup> scheinen nicht als Anlass zur Sorge oder gar notariellen Zurückhaltung: Letztlich dürfte es im praktischen Regelfall darum gehen, eine CD-ROM (oder Musik-CD) „sachgerecht“ (*sic!*) zu lagern.

Es gibt einen weiteren Grund, eher berufspolitischer, strategischer Natur, der dafür spricht, die Verwahrungslösung als notarielles „Standardangebot“ zu wählen. Im weiten Bereich der kommerziellen Softwareerstellung ist nämlich in den letzten Jahren ein neuartiges „urheberrechtsaffines“ Betätigungsfeld für Notare entstanden, in dessen Mittelpunkt gerade die Verwahrung von Datenträgern steht.

Zugrunde liegt der typische Interessenkonflikt zwischen Softwareanwendern und Softwareherstellern hinsichtlich der Frage, in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt die Softwareanwender Zugriff auf den Quellcode<sup>62</sup> der verwendeten Software bekommen können. Die Softwareanwender,

<sup>50</sup> Ganz herrschende Meinung, s. *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1991, S. 37 Rdnr. 3; DNotI-Report 4/1997, S. 55; zweifelnd *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 184.

<sup>51</sup> *S. Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, 1991, S. 40 Rdnr. 4; DNotI-Report 4/1997, S. 55.

<sup>52</sup> Vgl. die teils eingehenden Stellungnahmen hierzu aus der zahlreicheren Literatur zu sogenannten *Escrow-Agreements* im Softwarerecht, die sich insoweit auf den hier betrachteten Bereich übertragen lassen, etwa *Sheffield/Leeven*, Computer und Recht 1995, 306, 307 f.; *Bömer*, NJW 1998, 3321 f. Die Anforderungen an die Lagerung moderner Datenträger, insbesondere Diskette und CD-ROM, sollten dabei nicht überspannt gesehen werden; allenfalls die Temperaturempfindlichkeit von Datenträgern ist sensibler als diejenige von Papier. Nach *Bömer*, a.a.O., sind Disketten bereits ab etwa 52 Grad Celsius von Zerstörung bedroht, sollten m.a.W. garantiert schattig gelagert werden. Im Übrigen ist auf die Freiheit von elektromagnetischer Strahlung und auf hinreichend trockene Lagerung zu achten.

<sup>53</sup> S. DNotI-Report 6/1996, S. 48; DNotI-Report 9/2001, S. 70.

<sup>54</sup> S. DNotI-Report 4/1997, S. 55.

<sup>55</sup> S. die Muster bei *Nordemann* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 1. Halbband, München 1998, Formular IX/1, S. 891 f.; *Peter* in Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2001, Rdnr. 46 M (S. 173).

<sup>56</sup> So aber offenbar *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 184 f.

<sup>57</sup> Vgl. zum Begriff oben II 1.

<sup>58</sup> *S. Heyn*, DNotZ 1998, 177, 185.

<sup>59</sup> *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 185.

<sup>60</sup> Vgl. oben II 2.

<sup>61</sup> Vgl. schon o. Fn. 52.

<sup>62</sup> Hierbei handelt es sich um den bei der Programmierung zuerst entstehenden Programmcode, das eigentliche (verständliche) „Computerprogramm“, welches eine weitere Bearbeitung ermöglicht. Dieses liegt dem Anwender in der Regel nicht vor, da der Quellcode im Herstellungsprozess „kompiliert“, d.h. maschinenverständlich verschlüsselt und erst dann als kommerzielle Software vervielfältigt und ausgeliefert oder im Wege der Datenfernübertragung „überspielt“ wird. So ist dem Anwender, dem der Quellcode nicht zur Verfügung steht, eine eigene oder durch Dritte vorgenommene Fehlerbeseitigung oder Weiterentwicklung der Software gar nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich. Vgl. näher *Lensdorf*, Computer und Recht 2000, 80, 81.

die von der ständigen Funktions- und Weiterentwicklungsfähigkeit ihrer Software abhängig sind, bedürfen möglichst einer Garantie, dass zumindest in bestimmten Fällen (insbesondere der Insolvenz des Softwareanbieters, aber auch weiterer relevanter Fälle, wie etwa der Schlechtleistung, Kündigung des Erstellungs- oder Servicevertrags usw.), ein Exemplar des Quellcodes der angewendeten Software zum Zwecke der Störungsbehebung, Weiterentwicklung der Software o.ä. zu ihrer Verfügung steht. Demgegenüber steht das Interesse der Softwarehersteller, das in der von ihnen angebotenen (bzw. erstellten) und gepflegten Software verkörperte Know-how nicht von vornherein dem Kunden in Form des Quellcodes verfügbar zu machen, sondern eben nur in bestimmten, genau definierten „Herausgabefällen“.

Zur Auflösung dieses Konflikts liegt eine Hinterlegung des Quellcodes bei einem Dritten nahe, die im Softwarerecht in schlichter Orientierung an der englischen Übersetzung des *terminus technicus* als *Escrow-Agreement* bezeichnet wird und schon heute weite Verbreitung erfahren hat<sup>63</sup>. Der Notar bietet sich als Hinterlegungsstelle naturgemäß an, und viele Notariate sind in diesem Bereich auch schon tätig. Der Notar konkurriert insoweit aber mit kommerziellen Hinterlegungsstellen, sogenannten „*Escrow-Agents*“<sup>64</sup>, deren Angebot zwar in aller Regel im Vergleich zu den beim Notar anfallenden Kosten um ein Mehrfaches teurer ist, die aber mit Blick auf ihr „technisches Know-how“ und die von ihnen zur Verfügung gestellten speziellen „Hinterlegungsräume“ zusehends Befürworter finden<sup>65</sup>. Von den in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumenten sind einige – wie der Verweis auf die dem Notar fehlende Verifizierungsmöglichkeit hinsichtlich der Authentizität des Quellcodes<sup>66</sup> – zutreffend, andere erscheinen demgegenüber als interessengeleitet.

In diesen größeren Zusammenhang gestellt, könnte die Verwahrungslösung im Rahmen notarieller Prioritätsverhandlungen Vorreiter sein und Berührungängste abbauen helfen, um auch im Bereich der *Escrow-Agreements* entsprechende notarielle Dienstleistungen noch breiter anzubieten.

Bedenkt man zudem die unübertroffene Fälschungssicherheit der notariellen Prioritätsverhandlung in Verbindung mit einer untechnischen Verwahrung beim Notar, so erscheint aus den vorstehend genannten Gründen diese Lösungsvariante als die vorzugswürdige. Sie sollte das notarielle „Standardangebot“ bilden<sup>67</sup>.

Den Kritikern der Verwahrungslösung ist es jedoch zu danken, dass sie Wege entwickelt haben, um den notariellen Prio-

ritätsnachweis auch ohne die Verwahrung durch den Notar zu erbringen. Dies ist schon deshalb von besonderem Wert, weil auf diese Weise auch denjenigen Urhebern gedient ist, die eine Wiederaushändigung ihres Werks wünschen. Hinzu kommen noch die Fälle, in denen nach der Natur des Werks eine Verwahrung beim Notar tatsächlich aus praktischen Gründen ausscheidet. Die Wege zum notariellen Prioritätsnachweis ohne Verwahrung durch einen Notar sollen deshalb im Folgenden kurz aufgezeigt werden.

### 3. Andere Wege der beweiskräftigen Verbindung

Im Wesentlichen läuft die Anfertigung einer beweiskräftigen Verbindung in diesen Fällen darauf hinaus, einen Umschlag oder ein anderes Behältnis mit dem Werk – insbesondere dem Datenträger (Diskette oder CD) – zu versiegeln<sup>68</sup> und diesen Umschlag untrennbar mit der Urkunde zu verbinden<sup>69</sup>. Hierüber hat der Notar eine Niederschrift gemäß §§ 36, 37 BeurkG zu erstellen, in der er die Umstände der Siegelung beschreibt<sup>70</sup>. Die Niederschrift kann mit der eidesstattlichen Versicherung des Urhebers bezüglich der Priorität in einer Urkunde verbunden werden<sup>71</sup>.

Der Notar ist anzuweisen, den Werkträger (Diskette, CD, CD-ROM etc.) in einem Umschlag zu versiegeln, auf dem das Datum, die zugehörige Urkunde (URNr.) und der Zweck der Verhandlung zu vermerken sind und der vom Notar abzuzeichnen ist, und sodann diesen Umschlag mit der Urkunde der Prioritätsverhandlung mit Siegelfaden und Handsiegel dergestalt zu verbinden, dass eine Trennung von Umschlag und Urkunde oder eine Entnahme des Datenträgers aus dem Umschlag nicht ohne Zerstörung des Siegelzusammenhangs erfolgen kann. Eine hohe Beweissicherheit bei der sich immer weiter verbreitenden Verwendung von CD, CD-ROM, DVD, CD-I usw. kann hier insbesondere dadurch erzielt werden,

<sup>68</sup> Heyn, DNotZ 1998, 177, 185, weist zutreffend darauf hin, dass das Siegel, insoweit vergleichbar der Siegelung auf dem Umschlag zu einer Verfügung von Todes wegen (§ 34 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) zumindest auch dem Verschließen des Umschlages dient, weshalb die Benutzung von Siegelack und Handsiegel geboten ist.

<sup>69</sup> Waldner, Die Kostenordnung für Anfänger, 2000, Rdnr. 299; DNotI-Report 9/2001, S. 70; vgl. auch Weingärtner, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 1998, Rdnr. 243. Abweichend schlägt Menzel, DNotI-Report 1997, 132, vor, den Datenträger in einem Behältnis zu versiegeln und dieses dann mit einer eindeutigen Bezugnahme auf eine gleichzeitig aufzunehmende Urkunde zu versehen. Hiergegen hat Heyn, DNotZ 1998, 177, 189, zu Recht eingewandt, dass diese Lösung mit Blick auf die „Eindeutigkeit“ des Verweises zu gewissen Unsicherheiten sowie zur Gefahr weiterer Versiegelungen mit der gleichen „eindeutigen“ Bezugnahme führt, welche sich allenfalls unter Entstehung zusätzlicher Kosten durch entsprechende Notarbestätigungen, dass später keine weiteren identischen Beschriftungen erfolgten, wirksam verhindern ließe. Heyn hat seinerseits, a.a.O., 186 ff. (mit Muster), ein Verfahren der „Doppelversiegelung“ vorgeschlagen, welches die körperliche Verbindung zwischen Urkunde und Datenträger dadurch ersetzt, dass beide gemeinsam zunächst in einem ersten Umschlag versiegelt werden, um sodann diesen Umschlag, der mit einer entsprechenden Aufschrift bezüglich seiner Zweckbestimmung und Datum zu versehen ist, seinerseits in einem weiteren Umschlag zu versiegeln. Auf diese Weise soll die Fälschungssicherheit gegenüber der hier dargestellten Verfahrensweise erhöht werden. Im Ergebnis scheint jedoch auch eine Verbindung mit Prägiesiegel und Siegelfaden, wie sie im folgenden Text näher beschrieben wird, die Fälschungssicherheit hinreichend zu garantieren.

<sup>70</sup> Heyn, DNotZ 1998, 177, 185.

<sup>71</sup> Vgl. zur Vorgehensweise im Einzelnen Heyn, DNotZ 1998, 177, 185 ff.

<sup>63</sup> Die juristische Diskussion im Zusammenhang mit den *Escrow-Agreements* rankt sich hauptsächlich um die Frage, inwieweit „insolvenzfeste“ Hinterlegungen insoweit überhaupt vereinbart werden können; doch erschöpft sich die kunstgerechte Gestaltung einer Software-Hinterlegungsvereinbarung bei weitem nicht in der Berücksichtigung dieses Problemfeldes, sondern wirft eine Vielzahl weiterer Gestaltungsprobleme auf. Vgl. zu alledem näher Lensdorf, Computer und Recht 2000, 80 ff. m.w.N.

<sup>64</sup> Eine Auflistung kommerzieller *Escrow Agents* findet sich bei Bömer, NJW 1998, 3321, 3322.

<sup>65</sup> Vgl. differenzierend und die Vor- und Nachteile abwägend Lensdorf, Computer und Recht 2000, 80, 83.

<sup>66</sup> Dieses Problem lässt sich aber durch die Einschaltung eines öffentlich bestellten Sachverständigen, dem ein entsprechendes Einsichtsrecht zur Überprüfung des hinterlegten Codes einzuräumen ist, auf vergleichsweise einfache Art und Weise lösen.

<sup>67</sup> Einfache Muster finden sich bei Nordemann in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 1. Halbband, München 1998, Formular IX/1, S. 891 f.; Peter in Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2001, Rdnr. 46 M (S. 173).

dass der Siegelfaden durch das Mittelloch<sup>72</sup> der im Umschlag befindlichen CD geführt wird.

Der Notar ist weiter anzuweisen, von der Urkunde nur eine einzige Ausfertigung zu erteilen und diese in ihrer oben beschriebenen Verbindung mit dem Datenträger im Umschlag an den oder die Beteiligten auszuhändigen. Damit ein späterer Austausch des Werkträgers sicher ausgeschlossen wird, ist es dem Notar zudem zu verbieten, die erste und einzige Ausfertigung der Urkunde nochmals gemeinsam mit einem Datenträger zu versiegeln, es sei denn er kann aufgrund Anwesenheit bei der Entseigelung durch öffentliche Urkunde bestätigen, dass es sich bei dem erneut mit der Urkunde versiegelten Datenträger um denselben handelt, den er ursprünglich mit der ersten und einzigen Ausfertigung der Urkunde verbunden hatte<sup>73</sup>. Schließlich ist seitens des Urhebers auf das Recht, die vorstehenden Anweisungen an den Notar zu widerrufen, ausdrücklich zu verzichten.

Das vorstehend beschriebene Verfahren einer Kombination aus eidesstattlicher Versicherung und Verbindung mit einem versiegelten Umschlag, der den Werkträger enthält, ist als notarielles „Standardangebot“ zu empfehlen, sofern der Urheber den Wunsch äußert, seinen Werkträger wieder ausgehändigt zu bekommen<sup>74</sup>. Sofern keine eidesstattliche Versicherung, sondern nur eine Tatsachenbescheinigung erfolgen soll, gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend<sup>75</sup>.

## V. Herausgabe bzw. Entseigelung und Verwendung im Prozess

Im Falle der „Verwahrungslösung“ kann die eidesstattliche Versicherung zusammen mit dem hinterlegten Werk im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vorgelegt (vom Notar an das Verletzungsgericht übersandt<sup>76</sup>) werden und so den Nachweis erbringen, dass das Werk zu einem bestimmten Zeitpunkt existent war und vom Urheber beim Notar vorgelegt wurde<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> Soweit dem Autor ersichtlich, stammt dieser Gedanke von Herrn Notar *Georg Mehler*, Trostberg, dem er für den Hinweis herzlich dankt.

<sup>73</sup> *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 186 f.

<sup>74</sup> Vgl. das Formulierungsmuster von *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 193 f., das sich (obwohl es sich auf das von ihm präferierte Verfahren der Doppelversiegelung bezieht) *mutatis mutandis* übertragen lässt.

<sup>75</sup> In diese Richtung der Vorschlag von *Waldner*, Die Kostenordnung für Anfänger, 2000, Rdnr. 299.

<sup>76</sup> Zu diesem Zweck ist der Datenträger, um größtmögliche Fälschungssicherheit zu gewährleisten, mit der Ausfertigung der Identitätsbescheinigung durch Faden und Siegel zu verbinden, vgl. *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 190.

<sup>77</sup> Unmittelbar wird nur der Nachweis über die Abgabe der entsprechenden Erklärung des Urhebers erbracht (vgl. DNotI-Report 6/1996, S. 47), die jedoch im Zusammenhang mit der Vorlage des hinterlegten Werks geeignet ist, den Beweis darüber zu führen, dass der Urheber das Werk in der mit der Urkunde verbundenen Fassung an einem bestimmten Tage als von ihm stammend dem Notar vorgelegt hat. Auf diese Weise wird im oben (II 1) zitierten Beispielfall zudem der Einwand des Verwerters entkräftet, die Übereinstimmungen mit der Entlehnung seien rein zufällig oder der Urheber versuche im Nachhinein von einem fremden Werk zu profitieren. S. *Nordemann* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 1. Halbband, München 1998, Formular IX/1, S. 891 f.

Zu beachten ist, dass die eidesstattliche Versicherung als Mittel der Glaubhaftmachung grundsätzlich nur für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (sowie in den sonst im Gesetz geregelten Einzelfällen) zulässig ist, §§ 920 Abs. 2 i.V.m. 294 ZPO<sup>78</sup>. Nachdem jedoch, wie oben dargestellt, die Mehrzahl der Verfahren im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht ohnedies nur im einstweiligen Rechtsschutz stattfinden, vermag dies den praktischen Wert der notariellen Prioritätsverhandlung nicht wesentlich zu schmälern. Zudem lässt sich im Hauptsacheverfahren die Urkunde gleichermaßen nach § 415, 418 ZPO als Beweismittel einführen und dann durch eine entsprechende Zeugenaussage des Urhebers ergänzen<sup>79</sup>.

Im Falle der „Siegelungslösung“ wird der Prioritätsnachweis in der Regel dadurch geführt werden, dass der Umschlag vor dem erkennenden Verletzungsgericht entseigt wird, welches dann unmittelbar in das gerichtliche Protokoll als öffentliche Urkunde (§§ 415, 418, 165 ZPO) aufnimmt, dass die zu den Akten genommenen Datenträger sich in dem mit der Urkunde verbundenen Umschlag befanden<sup>80</sup>. Eine andere Möglichkeit besteht darin, die Entseigelung in den Amtsräumen des Notars vorzunehmen und darüber eine Niederschrift anzufertigen, die dann – wie im vorigen Absatz geschildert – an das erkennende Gericht zu übersenden ist. Dies dürfte jedoch im Regelfall der kompliziertere Weg sein. Allenfalls, wenn im einstweiligen Verfügungsverfahren ein Beschluss ohne mündliche Verhandlung ergehen soll, mag diese Variante gewählt werden<sup>81</sup>.

## VI. Zusammenfassung

Mit der rasanten Entwicklung zur „Informationsgesellschaft“ hat die wirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts und mit ihr die praktische Verbreitung der notariellen Prioritätsverhandlung zugenommen.

Der Prioritätsnachweis lässt sich durch Verbindung des vorgelegten Werks (i.d.R. in Form eines Datenträgers) mit einer notariellen Urkunde (Tatsachenbescheinigung nach §§ 36 ff. BeurkG in der Form einer Niederschrift oder Tatsachenbescheinigung nach § 43 BeurkG durch Vermerk, in jedem Falle zusätzlich eidesstattliche Versicherung des Urhebers nach § 38 BeurkG) führen. Demgegenüber empfiehlt sich der Weg über eine bloße Unterschriftsbeglaubigung nach § 39, 40 BeurkG nicht.

Die Verbindung kann entweder durch untechnische Verwahrung nach § 24 Abs. 1 BNotO oder durch die Versiegelung des Datenträgers in einem Behältnis (Umschlag) und dessen siegelmäßige Verbindung mit der Urkunde erfolgen. Im Regelfall ist die Verwahrungslösung zu empfehlen, da sie unübertroffen fälschungssicher und unkompliziert ist. Sie weist zudem den Weg zu einem anderen zukunftssträchtigen Tätigkeitsfeld im Softwarerecht: der Hinterlegung von Software im Rahmen sogenannter *Escrow-Agreements*.

<sup>78</sup> *Thomas* in *Thomas/Putzo*, ZPO, München 2001, § 294, Rdnr. 3.

<sup>79</sup> Vgl. eingehend zur Beweiswürdigung der einzelnen Beurkundungen in einem etwaigen Prozess DNotI-Report 6/1996, S. 47 f.

<sup>80</sup> *Heyn*, DNotZ 1998, 177, 190 f.

<sup>81</sup> *S. Heyn*, DNotZ 1998, 177, 190 f.

# Die „einseitige Abhängigkeit“ – zum Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit zusammengesetzter Grundstücksgeschäfte

Von Notarassessor Dr. Bernhard Seeger, Würzburg<sup>1</sup>

Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung (§ 311 b Abs. 1 BGB). Häufig steht ein nach § 311 b Abs. 1 BGB zu beurkundendes Grundstücksgeschäft im Zusammenhang mit weiteren Rechtsgeschäften, die – isoliert betrachtet – nicht beurkundungsbedürftig wären. In solchen Fällen „*zusammengesetzter Rechtsgeschäfte*“<sup>2</sup> stellt sich die Frage nach dem Umfang des Beurkundungserfordernisses. Eine Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung hierzu hat bereits das Urteil des BGH vom 26.11.1999<sup>3</sup> gebracht. Dieser Rechtsprechung zur sog. *einseitigen Abhängigkeit*<sup>4</sup> haben sich der V. Zivilsenat<sup>5</sup> und nunmehr auch der VII. Zivilsenat des BGH<sup>6</sup> angeschlossen.

## I. Einführung

Nach fast einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Literatur unterfällt ein Rechtsgeschäft, das sich aus einem – isoliert betrachtet – nicht beurkundungsbedürftigen Geschäft und einem nach § 311 b Abs. 1 BGB formbedürftigen Geschäft „zusammensetzt“, *insgesamt* dem Erfordernis notarieller Beurkundung. Bereits das Reichsgericht formulierte: „Alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag zusammensetzt, unterliegen dem Formzwang“<sup>7</sup>. Nach der ständig wiederkehrenden Formulierung der neueren Rechtsprechung ist eine Beurkundungsbedürftigkeit auch der an sich nicht beurkundungsbedürftigen Abreden dann gegeben, „wenn sie dem Willen der Parteien gemäß derart voneinander abhängen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen“<sup>8</sup>. Wird trotz einer solchen Abhängigkeit der an sich nicht beurkundungsbedürftige Teil des Rechtsgeschäfts nicht beurkundet, so ist der Vertrag – vorbehaltlich des § 139 BGB – insgesamt nichtig.

Dabei war der Grad der erforderlichen Abhängigkeit zweifelhaft. Früher formulierte die Rechtsprechung, dass Abreden, die *nur aus Anlass* des Grundstückskaufvertrags getroffen wurden und weder mit der Pflicht zur Übertragung des Eigentums noch mit der Gegenleistung zusammenhängen, nicht der Beurkundung bedürftig<sup>9</sup>. Gleiches sollte für Nebenbestimmungen gelten, auf die die Beteiligten erkennbar keinen Wert gelegt und von deren Wirksamkeit sie den Bestand des Vertrages nicht abhängig gemacht haben<sup>10</sup>. In jedem Fall machte schon nach der bisher h.M. eine *wechselseitige Abhängigkeit* den gesamten Vertrag formbedürftig<sup>11</sup>. Eine solche ist dann gegeben, wenn keines der Geschäfte ohne das andere geschlossen worden wäre<sup>12</sup>. Unklar waren hingegen die Fälle *einseitiger Abhängigkeit*. Einige Gerichtsentscheidungen deuteten darauf hin, dass es für die umfassende Beurkundungsbedürftigkeit genüge, wenn der Bestand des nicht formbedürftigen Geschäfts vom Bestand des Grundstücksgeschäfts abhängt<sup>13</sup>. Die neuere Rechtsprechung hat im Anschluss an eine bereits in der Literatur vertretene Ansicht<sup>14</sup> klargestellt, dass entscheidend die Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts von den übrigen Abreden ist<sup>15</sup>. Damit sind für die Praxis nunmehr folgende Grundsätze maßgeblich:

- Hängt der Bestand des Grundstücksgeschäfts vom an sich nicht beurkundungsbedürftigen Geschäft ab, so müssen beide Geschäfte beurkundet werden. Wird das an sich nicht beurkundete Geschäft nicht beurkundet, so führt dies gemäß § 139 BGB regelmäßig zur Nichtigkeit des gesamten Geschäfts.
- Ist das Grundstücksgeschäft vom – isoliert betrachtet – nicht beurkundungsbedürftigen Geschäft unabhängig, wobei umgekehrt der Bestand dieses anderen Geschäfts vom Grundstücksgeschäft abhängig ist, so trifft das Be-

<sup>1</sup> An dieser Stelle sei den Notaren Dr. Heinz Korte und Dr. Dr. Ingo Ludwig für ihre Gesprächsbereitschaft herzlich gedankt.

<sup>2</sup> Vgl. MünchKomm/Kanzleiter, § 313 Rdnr. 53; Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 172. Der vorliegende Aufsatz behandelt nur zusammengesetzte Rechtsgeschäfte. Gemischte Verträge und Nebenabreden sind hingegen nicht Gegenstand dieses Beitrags. Zu diesen vgl. Lichtenberger, DNotZ 1988, 531 ff., Wochner, in: Immobilienrecht 2000, Tagungsband zum RWS-Forum am 16. und 17. November 2000 in Köln, S. 57 ff.

<sup>3</sup> BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951 (V. Zivilsenat).

<sup>4</sup> Vgl. Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 174; Palandt/Heinrichs, § 313 Rdnr. 32.

<sup>5</sup> BGH MittBayNot 2001, 69; NJW 2001, 226.

<sup>6</sup> BGH NJW 2002, 2559.

<sup>7</sup> RGZ 145, 246, 247. Vgl. auch RGZ 51, 180, 181; RGZ 52, 1, 4; RGZ 103, 295, 297.

<sup>8</sup> So wörtlich BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951; ebenso etwa BGH DNotZ 1971, 410, 411; BGH DNotZ 1975, 88, 89; BGHZ 101, 393, 396; BGHZ 78, 346, 349; BGHZ 76, 43, 49; BGH DNotZ 1985, 279; BGH NJW-RR 1989, 198, 199; BGH NJW 1987, 1069; BGH NJW 1994, 2285. OLG Hamm DNotZ 1982, 367; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1045; LG Hamburg, DNotZ 1983, 625, 627. Aus der Literatur: Palandt/Heinrichs, § 313 Rdnr. 32; Staudinger/Wufka, § 313, Rdnr. 173; MünchKomm/Kanzleiter, § 313 Rdnr. 50; Soergel/Wolf, § 313 Rdnr. 67; Kanzleiter, DNotZ 1984, 421, 425. Wochner, a.a.O. (Fn. 2), S. 58. Differenzierend Lichtenberger, DNotZ 1988, 531, 534 ff. A.A.: Korte, Handbuch der Beurkundung von Rechtsgeschäften, 3. Kap. Rdnr. 28 ff., ders. DNotZ 1984, 3, 6 ff. Korte lehnt in seinem überaus instruktiven Beitrag die „Formel“ der h.M. ab und nimmt eine Beurkundungsbedürftigkeit all der Abreden an, die zu einem einheitlichen Schuldverhältnis „verschmolzen“ sind. Hierzu siehe noch unten II.2.

<sup>9</sup> RGZ 97, 219, 221; RGZ 103, 295, 297; BGH DNotZ 1975, 87, 89. Vgl. auch BGH WM 1966, 585, 588. Ebenso RGRK/Ballhaus, § 313 Rdnr. 77.

<sup>10</sup> BGH WM 1966, 585, 588; RGZ 65, 390, 393.

<sup>11</sup> BGH DNotZ 1971, 410, 411; BGH NJW 1987, 1069; Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 173.

<sup>12</sup> Vgl. Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 174.

<sup>13</sup> In diese Richtung RG JW 1934, 3265; OLG Koblenz DNotZ 1994, 771, 773; möglicherweise auch OLG Hamm MDR 1993, 537 und OLG Hamm NJW-RR 1989, 1366. Differenzierend MünchKomm/Kanzleiter, § 313 Rdnr. 54.

<sup>14</sup> Vgl. insbesondere Sigle/Maurer, NJW 1984, 2657, 2660. Zustimmung Erman/Battes, § 313 Rdnr. 46; Palandt/Heinrichs, § 313 Rdnr. 32; Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 174; Soergel/Wolf, § 313 Rdnr. 67 f.; vermittelnd: MünchKomm/Kanzleiter, § 313 Rdnr. 54.

<sup>15</sup> BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951 f.; BGH MittBayNot 2001, 69; NJW 2001, 226; BGH NJW 2002, 2559.

urkundungserfordernis nur das Grundstücksgeschäft. Das andere Geschäft kann formlos geschlossen werden.

- Ist sowohl das Grundstücksgeschäft von dem anderen Geschäft abhängig als auch dieses von jenem, so unterfallen beide Geschäfte dem § 311 b Abs. 1 BGB.

Obwohl der BGH verbal noch darauf abstellt, dass die Abreden „*miteinander*“<sup>16</sup> stehen und fallen, kommt es doch letztlich alleine darauf an, ob das Grundstücksgeschäft mit den übrigen Abreden „steht und fällt“<sup>17</sup>. Beurkundungsbedürftig sind nach der Rechtsprechung daher alle Vereinbarungen, mit deren Geltung das Grundstücksgeschäft steht und fällt<sup>18</sup>.

Im Folgenden soll unter Heranziehung der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre untersucht werden, wie sich die Maßgeblichkeit des Verknüpfungswillens der Beteiligten sowie der einseitigen Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts dogmatisch begründen lässt.

## II. Der „Verknüpfungswille“

### 1. Die Maßgeblichkeit des „Verknüpfungswillens“

Bereits oben<sup>19</sup> wurde erwähnt, dass es für den Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit darauf ankommen soll, ob die im Zusammenhang mit dem Grundstücksgeschäft getroffenen Abreden *nach dem Willen der Beteiligten* miteinander stehen und fallen<sup>20</sup>. Ursprünglich forderte der BGH diesen „Einheitlichkeitswillen“ bei sämtlichen Beteiligten des Vertrages<sup>21</sup>. So führte das Gericht aus, Vereinbarungen mit einem Dritten seien nur für den Fall beurkundungsbedürftig, „dass nach dem Willen aller drei Beteiligten, also des Verkäufers, des Käufers und des Dritten, das Kaufgeschäft die durch die Nebenabrede begründete Verpflichtung des Dritten mitumfassen sollte“<sup>22</sup>. Später formulierte der BGH jedoch, es genüge, „wenn nur der eine Vertragspartner einen solchen Einheitlichkeitswillen hatte, dieser aber dem anderen erkennbar war und von ihm gebilligt oder mindestens hingenommen wurde“<sup>23</sup>.

Festzuhalten bleibt zunächst, dass es entscheidend auf den – so der vom BGH ständig verwendete Begriff – „*Verknüpfungswillens*“ der Beteiligten ankommt<sup>24</sup>. Die Maßgeblichkeit des Willens der Beteiligten erscheint nicht ungewöhnlich, liegt dem BGB doch der Gedanke der Privatautonomie zugrunde<sup>25</sup>. Rechtsfolgen aus Willenserklärungen treten ein, weil

sie gewollt sind<sup>26</sup>. Wie ist nun dieser Verknüpfungswille rechtlich zu qualifizieren?

Willenserklärungen setzen sich aus einem äußeren und einem inneren Tatbestand zusammen<sup>27</sup>. Zum inneren Tatbestand gehört u.a. der *Geschäftswille*<sup>28</sup>. Dieser entscheidet etwa über den Vertragstyp, den Gegenstand des Geschäfts und die Frage, wer überhaupt als Partei an dem Geschäft beteiligt ist. Nichts ist selbstverständlicher, als dass sich der Wille der Beteiligten auch darauf richten muss, welche Regelungen zu dem abzuschließenden Geschäft gehören sollen und welche nicht. Dies zeigt auch § 154 BGB<sup>29</sup>: Solange sich die Parteien nicht über alle Abreden geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Der „Verknüpfungswille“ stellt also nichts anderes als eine besondere Ausprägung des Geschäftswillens dar.

Entscheidend kann freilich nicht der innere Wille der Beteiligten sein. Vielmehr muss der Wille zum Ausdruck kommen<sup>30</sup>. Maßgeblich ist der im Wege der *Auslegung* gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermittelnde Wille der Beteiligten<sup>31</sup>. Dabei hat die Auslegung – jedenfalls bei den hier in Rede stehenden empfangsbedürftigen Willenserklärungen – vom objektiven Empfängerhorizont auszugehen<sup>32</sup>. Diese allgemeinen Grundsätze gelten auch bei der Ermittlung des „Verknüpfungswillens“ im Sinne des § 311 b Abs. 1 BGB<sup>33</sup>. Die Formulierung des BGH, wonach „es genüge, wenn nur der eine Vertragspartner einen solchen Einheitlichkeitswillen hatte, dieser aber dem anderen erkennbar war und von ihm gebilligt oder mindestens hingenommen wurde“<sup>34</sup>, meint nichts anderes, als dass zur Ermittlung des Einheitlichkeitswillens die Erklärungen der Beteiligten nach dem Empfängerhorizont auszulegen sind<sup>35</sup>. Viel deutlicher als der BGH äußerte sich das Reichsgericht<sup>36</sup>:

„Mit Unrecht meint der Berufungsrichter [...], dass ein solcher Zusammenhang in dem vorliegenden Falle von ihm festgestellt sei. Denn er unterstellt beim Kläger, dass er zwar nicht das Vieh ohne den Grundbesitz, wohl aber den Grundbesitz ohne das Vieh gekauft haben würde, und er sieht nur als festgestellt an, dass die Beklagte ihrerseits weder das Grundstück ohne das Vieh noch das Vieh ohne das Grundstück verkauft haben würde. Dass aber dieser Wille der Beklagten bei den Vertragsverhandlungen auch

<sup>16</sup> BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951; BGH NJW 2002, 2559, 2560.

<sup>17</sup> Vgl. *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 64.

<sup>18</sup> So, a.a.O. (Fn. 2), S. 64.

<sup>19</sup> Vgl. I.

<sup>20</sup> Vgl. die in Fn. 8 Genannten.

<sup>21</sup> BGH DNotZ 1954, 188, 191; BGH DNotZ 1966, 736, 737.

<sup>22</sup> BGH DNotZ 1966, 736, 737.

<sup>23</sup> BGH DNotZ 1971, 410. Ebenso etwa BGHZ 76, 43, 49; BGHZ 78, 346, 349; BGH NJW 1983, 565; BGHZ 101, 393, 396; BGH NJW 1987, 1069; BGH NJW-RR 1993, 1421; BGH NJW 1995, 2547, 2548; OLG Hamm DNotZ 1982, 367; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1045; LG Hamburg, DNotZ 1983, 625, 627. Ebenso, allerdings nicht zur Frage der Formbedürftigkeit BGH DNotZ 1976, 683 f. Aus der Literatur: *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 175.

<sup>24</sup> So bereits RGZ 51, 180, 181. Vgl. ferner sämtliche in der Fn. 8 genannten Fundstellen.

<sup>25</sup> Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Auflage 1992, Bd. II, S. 1; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Auflage, 1997, S. 432; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Auflage, 1997, Rdnr. 174, 195 ff.; *Palandt/Heinrichs*, Überbl. v. § 104, Rdnr. 1.

<sup>26</sup> *Medicus*, a.a.O. (Fn. 25), Rdnr. 195.

<sup>27</sup> Vgl. *Flume*, a.a.O. (Fn. 25), S. 49 f.; *Larenz/Wolf*, a.a.O. (Fn. 25), S. 433 f., 473 ff.; *Palandt/Heinrichs*, Einf. v. § 116, Rdnr. 1.

<sup>28</sup> *Flume*, a.a.O. (Fn. 25), S. 47; *Larenz/Wolf*, a.a.O. (Fn. 25), S. 475; *Palandt/Heinrichs*, Einf. v. § 116 Rdnr. 1. Vgl. auch BGHZ 21, 102, 106 f.

<sup>29</sup> Vgl. *Korte*, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 12 und 113.

<sup>30</sup> Vgl. allgemein: *Flume*, a.a.O. (Fn. 25), S. 49; *Larenz/Wolf*, a.a.O. (Fn. 25), S. 433 f., 473 ff.; *Palandt/Heinrichs*, Einf. v. § 116, Rdnr. 1. Konkret zu § 311 b Abs. 1 BGB spricht auch BGH DNotZ 1975, 87, 89 vom „zum Ausdruck gebrachten Willen der Beteiligten“; vgl. auch *Keim*, DNotZ 2001, 827, 832, *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 67 und *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 176 („erklärter Wille“).

<sup>31</sup> *Larenz/Wolf*, a.a.O. (Fn. 25), S. 533, 537.

<sup>32</sup> *Medicus*, a.a.O. (Fn. 25), Rdnr. 323; *Larenz/Wolf*, a.a.O. (Fn. 25), S. 535; *Palandt/Heinrichs*, § 133 Rdnr. 9.

<sup>33</sup> Vgl. BGH NJW 1994, 721, 722; *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 15.

<sup>34</sup> BGH DNotZ 1971, 410.

<sup>35</sup> So auch *Korte*, DNotZ 1984, 3, 19 f.

<sup>36</sup> RGZ 103, 295, 298 f.

nur in einer für den Kläger nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte nicht zu verkennenden Weise hervorgetreten und dadurch zur stillschweigenden Vertragsbedingung geworden wäre, ist nicht festgestellt. Es würde also, soweit bisher festgestellt, nur ein nicht zum Vertragsinhalte gewordener Beweggrund oder eine einseitige Voraussetzung vorliegen, die rechtlich nicht in Betracht kommen kann [...]. Etwas anderes ist aus dem Urteil Bd. 27 S. 220/221 nicht zu entnehmen. Wenn dort an der vom Berufungsrichter in Bezug genommenen Stelle gesagt ist, die Frage, ob ‚die Parteien‘ das eine Rechtsgeschäft ohne das andere vorgenommen haben würden, so sollte damit nicht der Wille nur der einen Partei als maßgebend für die rechtliche Gestaltung des Rechtsgeschäfts erklärt, sondern der Gedanke zum Ausdruck gebracht werden, es komme darauf an, ob von beiden Parteien durch übereinstimmende ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen der Abschluss eines Geschäfts zur Bedingung des anderen Geschäfts gemacht worden ist.“

Die Feststellung, dass der Verknüpfungswille im Wege der Auslegung nach dem Empfängerhorizont ermittelt werden muss, entspricht auch der Literatur und Rechtsprechung, ohne dass dieser Umstand besonders hervorgehoben würde<sup>37</sup>. Eine an sich nicht beurkundungsbedürftige Abrede wird also unter folgenden Voraussetzungen mit einem nach § 311 b Abs. 1 BGB zu beurkundenden Rechtsgeschäft zu einer rechtlichen Einheit verknüpft:

1. muss der zumindest bei einem Beteiligten vorhandene Verknüpfungswille dem anderen Beteiligten bei Auslegung der Erklärungen nach dem Empfängerhorizont erkennbar sein.
2. müssen sich die Beteiligten über die Maßgeblichkeit dieses Willens einigen<sup>38</sup>, wobei es genügt, dass der andere Beteiligte dies billigend oder zumindest hinnimmt.

## 2. Die Rechtsnatur des Verknüpfungswillens

Bereits § 139 BGB zeigt, dass ein Rechtsgeschäft aus *mehrerer Teilen* bestehen kann<sup>39</sup>. Rechtstechnisch lässt sich die Verknüpfung mehrerer Rechtsgeschäfte auf verschiedene Weise herstellen. So ist etwa eine Verbindung durch Bedingungen (§ 158 BGB) oder Rücktrittsvorbehalte (§ 346 BGB) denkbar. Ferner kann eine Abrede Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) der anderen sein oder eine Verpflichtung zum Abschluss eines anderen Rechtsgeschäfts enthalten<sup>40</sup>.

Nach der wohl herrschenden Literaturansicht<sup>41</sup> ist die rechtstechnische Art der Verknüpfung ohne Belang, wenn nach dem

Willen der Beteiligten die Geschäfte nur zusammen gelten sollen. Der Zusammenhang könne daher durch Bedingungen, Rücktrittsvorbehalte, Abschlussverpflichtungen oder mittels Bestimmung zur Geschäftsgrundlage hergestellt werden.

Die Gegenansicht vertritt *Korte*<sup>42</sup>. Entscheidend für den Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit sei, ob ein *einheitliches Schuldverhältnis* oder mehrere Schuldverhältnisse vorliegen. Eine Verknüpfung durch Bedingungen (§ 158 BGB) oder Rücktrittsvorbehalte (§ 346 BGB) führe zwar dazu, dass die beiden Verträge miteinander stehen und fallen, habe aber nicht zur Folge, dass der verknüpfte Vertrag Teil des Grundstücksvertrags werde und zu beurkunden sei<sup>43</sup>, denn es liege nur ein „Vertragsbündel“ rechtlich selbstständiger Abreden vor. Maßgeblich sei weder, ob die Verträge zusammen „stehen und fallen“ noch ob sie nur zusammen gelten sollen. Vielmehr komme es auf die „*Verschmelzung zu einem Schuldverhältnis*“ an. Eine derartige Verschmelzung setze voraus, dass eine gegenseitige Abhängigkeit aller Leistungen hinsichtlich ihrer Begründung und Abwicklung bei Störungen der Leistungsverpflichtung vereinbart ist. Einseitige Abhängigkeiten würden ebenso wenig genügen wie eine auf die Begründung oder den Fall von Abwicklungsstörungen beschränkte Abhängigkeit.

Die Rechtsprechung spricht dagegen von einem „rechtlichen Zusammenhang“<sup>44</sup>, von einer „rechtlichen Einheit“<sup>45</sup>, von einem „einheitlichem Vertrag“<sup>46</sup>, von einem „einheitlichem Vertragswerk“<sup>47</sup>, von einem „einheitlichen Rechtsgeschäft“<sup>48</sup>, bzw. davon, dass die Abrede „Bestandteil des beabsichtigten Kaufvertrages“ sein soll<sup>49</sup>. Ein bloßer wirtschaftlicher Zusammenhang genügt indessen nicht<sup>50</sup>.

Welcher Art nun ist dieser rechtliche Zusammenhang, der die Abreden zu einer „rechtlichen Einheit“ macht? Bisweilen heißt es, entscheidend sei, ob die Beteiligten die Abrede zur „*Bedingung*“ für den anderen Vertrag gemacht haben<sup>51</sup>. Je-

spricht. Vgl. auch *Kanzleiter*, DNotZ 1984, 421 ff. Möglicherweise zustimmend *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 176. *Wufka* spricht aber davon, dass ein Vertrag, auf den sich das Rücktrittsrecht bezieht und der vom Verknüpfungswillen erfasst ist, mit zu beurkunden ist und nicht ein etwa gar nicht gewolltes Rücktrittsrecht. Dagegen meint *Lichtenberger*, DNotZ 1988, 531, 536, 541, dass die Formel vom „gemeinsamen Stehen und Fallen“ für die Verknüpfung durch Bedingungen, Rücktrittsvorbehalte und Abschlussverpflichtungen nicht passe und der abzuschließende Vertrag dem Formzwang nicht unterliege. A.A. hinsichtlich Abschlussverpflichtung auch OLG Hamm, DNotZ 1996, 1048, 1049 f.

<sup>42</sup> *Korte* a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 57 ff., *ders.*, DNotZ 1984, 3, 7 ff.

<sup>43</sup> Deshalb lehnt *Korte* die Formel der Rechtsprechung vom gemeinsamen „Stehen und Fallen“ ab.

<sup>44</sup> RG JW 1934, 3265; RGZ 145, 246, 248; BGH NJW 1983, 565; BGH DNotZ 1985, 279; BGHZ 101, 393, 396. Zu § 139 BGB vgl. auch BGH DNotZ 1976, 683, 684. Ebenso: *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 56.

<sup>45</sup> RG JW 1934, 3265; BGH WM 1966, 585, 588; BGH BB 1987, 714; BGH NJW 1988, 1781, 1782; BGH NJW-RR 1989, 198, 199; BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951; BGH NJW 2002, 2559 f.; OLG Köln MittRhNotK 1989, 191, 192. Aus der Literatur vgl. *Keim*, DNotZ 2001, 827; *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 56.

<sup>46</sup> BGHZ 78, 346, 349. Vgl. auch RGZ 97, 219, 220. Aus der Literatur vgl. *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 13.

<sup>47</sup> BGHZ 101, 393, 396.

<sup>48</sup> BGHZ 101, 393, 397; BGH NJW 1987, 730.

<sup>49</sup> RG JW 1934, 3265; BGH DNotZ 1966, 736, 737.

<sup>50</sup> RG JW 1934, 3265; zu § 139 BGB vgl. auch BGH MDR 1966, 749. Aus der Literatur vgl. *Korte*, DNotZ 1984, 3, 8; *ders.*, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 105.

<sup>51</sup> RG JW 1934, 3265; RGZ 97, 219, 223.

<sup>37</sup> *Keim*, DNotZ 2001, 827, 832; *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 15. So stellt auch das LG Hamburg, DNotZ 1983, 625, 627 ausdrücklich auf die §§ 133, 157 BGB ab. Nach *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 176: ist der Verknüpfungswille unter Berücksichtigung der Interessen der Vertragsteile und ihres erklärten Willens mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln. Vgl. auch BGH NJW 1987, 1069; BGH NJW 1994, 721, 722.

<sup>38</sup> *Korte*, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 113, *Keim*, DNotZ 2001, 827, 832; *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 67; *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 15. Vgl. auch *Korte*, DNotZ 1984, 3, 8: „Die Verbindung bedarf der Vereinbarung“.

<sup>39</sup> *Korte*, DNotZ 1984, 3, 6; vgl. auch *Korte*, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 17 ff.

<sup>40</sup> Vgl. MünchKomm/Kanzleiter, § 313 Rdnr. 53; *Korte*, DNotZ 1984, 3, 7 ff.; *Korte*, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 17 ff., 27.

<sup>41</sup> MünchKomm/Kanzleiter, § 313 Rdnr. 53; *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 61; *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 14; *Keim*, DNotZ 2001, 827, 840, der allerdings von einem „offenen Rechtsproblem“

doch hat der BGH mehrmals schon klargestellt, dass eine Bedingung im Rechtssinne (§ 158 BGB) nicht erforderlich ist<sup>52</sup>. Mehrere Abreden können jedoch nicht nur durch Bedingungen miteinander verknüpft werden, sondern auch dadurch, dass sie *ein* Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB bilden. So entspricht es der ganz h.M., dass sich bei nur teilweiser Beurkundung eines zusammengesetzten Geschäfts *dem Umfang nach* die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 311 b Abs. 1 BGB nach § 139 BGB richten<sup>53</sup>. Fraglich ist, ob umgekehrt auch immer dann eine Beurkundung erforderlich ist, wenn ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB vorliegt. Diese eher selten ausdrücklich thematisierte Frage hat der BGH etwa im Urteil vom 31.5.1974 bejaht. Das Gericht führte – etwas missverständlich – aus, mit der „rechtlichen Selbständigkeit“ der Verträge alleine entfielen noch nicht das Beurkundungserfordernis. Würden „an sich selbstständige Vereinbarungen“ in einem Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit dergestalt stehen, dass keine für sich alleine gelten soll, sondern beide miteinander stehen und fallen, so bildeten sie im Sinne von § 139 BGB Teile eines Gesamtgeschäfts, *was wiederum zur Folge habe, dass die Formbedürftigkeit des einen von ihnen auch das andere ergreift*<sup>54</sup>. Das Gericht scheint also davon auszugehen, dass der Begriff des einheitlichen Rechtsgeschäfts bei § 139 BGB und bei § 311 b Abs. 1 BGB identisch ist<sup>55</sup>. Gleiches gilt für das Urteil vom 10.12.1993<sup>56</sup>. Hier führt der BGH aus, nach dem festgestellten Parteiwillen habe eine Nebenabrede mit dem Grundstücksgeschäft eine „rechtliche Einheit im Sinne des § 139 BGB“ gebildet. Deshalb sei der ganze Vertrag beurkundungsbedürftig. Für die Gleichsetzung spricht ferner, dass es auch für die Frage, ob „ein Rechtsgeschäft“ im Sinne des § 139 BGB vorliegt, auf den „Einheitlichkeitswillen“<sup>57</sup> der Beteiligten ankommen soll. Entscheidend auch bei § 139 BGB ist es, dass „nach den Vorstellungen der Vertragsparteien die Vereinbarungen nicht für sich alleine gelten, sondern gemeinsam miteinander ‚stehen und fallen‘“<sup>58</sup>. Wie bei § 311 b Abs. 1 BGB genügt es dabei, dass nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitlichkeitswillen hat, dieser aber für den anderen erkennbar war und von diesem zumindest hingenommen wurde<sup>59</sup>. Die von der Rechtsprechung für ein einheitliches Rechtsgeschäft im Rahmen von § 139 BGB und § 311 b BGB herangezogenen Kriterien sind also identisch.

Zumindest im Ausgangspunkt ist dieser Rechtsprechung zuzustimmen. Liegt ein „einheitliches Rechtsgeschäft“ vor, so muss dieses – vorbehaltlich der noch zu überprüfenden Rechtsprechung zur einseitigen Abhängigkeit – *insgesamt* beurkundet werden. Der hierzu erforderliche Verknüpfungswille der Beteiligten ist dogmatisch nichts anderes als ein „*Vertragsbestandteil*“<sup>60</sup>. Es handelt sich um die vertragliche Abrede darüber, was alles zu dem Rechtsgeschäft gehören soll und was nicht.

Die erforderliche Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts wird zum einen durch die Verknüpfung im *Entstehen* des Geschäfts hergestellt. Soll der Vertrag nach dem Willen eines der Beteiligten nur dann zustande gekommen sein, wenn weitere Vereinbarungen getroffen werden, so liegt ein einheitliches Rechtsgeschäft vor. Dies drückt die Rechtsprechung mit der Formulierung „gemeinsam stehen und fallen“ aus. Die Rechtsprechung spricht bisweilen auch davon, entscheidend sei die gemeinsame „*Geltung*“<sup>61</sup> bzw. der gemeinsame „*Bestand*“<sup>62</sup> der Abreden.

Eine Einheitlichkeit dürfte jedoch zum anderen auch durch eine Verknüpfung in der „*Abwicklung*“ bzw. in den Leistungsstörungen begründet werden<sup>63</sup>. Diese These findet in der Rechtsprechung zwar keine ausdrückliche Stütze. Gleichwohl kann bezweifelt werden, ob sie im Widerspruch zur Judikatur des BGH steht. Denn sollen mehrere Abreden nach dem Willen der Beteiligten gemeinsam „stehen und fallen“ und liegt daher ein einheitliches Rechtsgeschäft vor, so sind nach Ansicht des BGH auch „*Störungen*“ des Vertrages einheitlich abzuwickeln<sup>64</sup>. Dies legt den Schluss zumindest nahe, dass umgekehrt von der einheitlichen Abwicklung auf die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses geschlossen werden kann. Entgegen der Ansicht von *Korte*<sup>65</sup> genügt es, dass sich die Verknüpfung *alternativ* auf den Bestand oder die Abwicklung des Vertrages bezieht<sup>66</sup>. So erscheint es etwa denkbar, dass die Beteiligten des Grundstückskaufvertrags in der oben<sup>67</sup> zitierten Reichsgerichtsentscheidung den Kaufvertrag über das Grundstück zwar auch ohne den Mitverkauf des Viehs abgeschlossen hätten, sie aber ein einheitliches Rücktrittsrecht für den Fall von Leistungsstörungen vereinbart haben. Obwohl die Abreden nicht in ihrem Entstehen, sondern nur in ihrer Abwicklung verknüpft sind, erscheint infolge der Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses eine den gesamten Vertrag erfassende Beurkundungsbedürftigkeit gerechtfertigt.

Dagegen ist *Korte* darin zu folgen, dass eine Verknüpfung durch rechtsgeschäftliche Bedingungen (§ 158 BGB)<sup>68</sup>, Abschlussverpflichtungen<sup>69</sup> oder Rücktrittsvorbehalte die erforderliche Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses nicht herzustellen vermag<sup>70</sup>. Kann der Käufer oder Verkäufer des Grund-

<sup>52</sup> BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951; zu § 139 BGB vgl. auch BGH DNotZ 1976, 683, 684; BGH MDR 1966, 749. Eine andere Frage ist es, ob umgekehrt eine die Beurkundungsbedürftigkeit auslösende Verbindung überhaupt durch rechtsgeschäftliche Bedingung hergestellt werden kann, vgl. hierzu unten II.2.

<sup>53</sup> RGZ 65, 390, 393; BGH DNotZ 1971, 410 f.; BGH NJW 1983, 565; BGH NJW 1985, 730; BGH NJW-RR 1989, 198, 199; BGH WM 1966, 585, 588; BGH NJW 1994, 2285; *Korte*, DNotZ 1984, 3, 5. Differenzierend hingegen *Keim*, DNotZ 2001, 827, 841 f.

<sup>54</sup> BGH DNotZ 1975, 87, 89. Auch *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, S. 72, spricht davon, dass Verträge, die eine rechtliche Einheit im Sinne des § 139 BGB bilden, insgesamt beurkundungsbedürftig sind.

<sup>55</sup> So deutet wohl auch *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 173 die Rechtsprechung des BGH, wobei er diese allerdings in der Sache ablehnt, vgl. *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 176 a.E. In der Sache a.A. *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 56.

<sup>56</sup> BGH WM 1994, 598, 599. Vgl. ferner BGH NJW 2000, 2017 f.

<sup>57</sup> BGH DNotZ 1976, 683, 684.

<sup>58</sup> BGH DNotZ 1976, 683, 684; ferner BGH MDR 1966, 749; BGH NJW 1990, 1474; BGH NJW-RR 1990, 442, 443; OLG Schleswig NJW-RR 1995, 554 f.; BGH NJW 1983, 2027 f. Vgl. auch BGH NJW 1987, 2004, 2007. Ebenso *Palandt/Heinrichs*, § 139 Rdnr. 5; *Erman/Palm*, § 139 Rdnr. 21; *Staudinger/Roth*, § 139 Rdnr. 37.

<sup>59</sup> BGH DNotZ 1976, 683, 684; BGH NJW-RR 1990, 442, 443.

<sup>60</sup> RGZ 103, 295, 298 f.; *Korte*, DNotZ 1984, 3, 19; *ders.*, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 12.

<sup>61</sup> BGH DNotZ 1953, 188, 190.

<sup>62</sup> RG JW 1934, 3265.

<sup>63</sup> So auch *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 176.

<sup>64</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 2004, 2007.

<sup>65</sup> *Korte*, DNotZ 1984, 3, 7 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 22.

<sup>66</sup> So wohl auch *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 176 a.E. Auch nach *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 60, soll es genügen, wenn die Verknüpfung nur die Begründung, nicht aber die Abwicklung des Geschäfts umfasst.

<sup>67</sup> Vgl. II.1.

<sup>68</sup> Auch im Bereich des § 139 BGB genügen rechtsgeschäftliche Bedingungen nicht zur Herstellung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, vgl. *Staudinger/Roth*, § 139 Rdnr. 46.

<sup>69</sup> So auch OLG Hamm, DNotZ 1996, 1048, 1049 f.

<sup>70</sup> So wohl auch *Lichtenberger*, DNotZ 1988, 531, 541.

stücks von dem Kaufvertrag *zurücktreten*, wenn nicht auch eine andere Abrede getroffen wird, so kann von einem gemeinsamen „Stehen und Fallen“ dieser Rechtsgeschäfte nicht gesprochen werden. Der Grundstücksvertrag kommt vielmehr nur dann zum Fall, wenn das Rücktrittsrecht ausgeübt wird. Erforderlich ist also ein gesonderter Willensentschluss des Rücktrittsberechtigten, ohne den es beim Fortbestand des Vertrages bleibt.

Ähnlich verhält es sich bei der Verknüpfung mehrerer Verträge durch *rechtsgeschäftliche Bedingungen*. Erfolgt die Schenkung eines Grundstücks unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 BGB), dass der Beschenkte mit seinem Ehegatten die Gütertrennung vereinbart, so muss der Ehevertrag nicht zusammen mit dem Grundstücksgeschäft beurkundet werden. Der entscheidende Unterschied liegt in Folgendem: Ist das Grundstücksgeschäft durch den Abschluss eines anderen Rechtsgeschäfts bedingt, so haben die Beteiligten bereits jetzt eine vollständige Einigung über das Grundstücksgeschäft erzielt, wobei das Rechtsgeschäft jedoch erst unter der Bedingung des Zustandekommens eines weiteren Geschäfts wirksam werden soll. Wie *Korte* mit Recht ausführt hängt der Eintritt der Bedingung von einem *gesonderten Willensentschluss*<sup>71</sup> ab. Dabei liegt die Einigung über die weitere Abrede in der Zukunft und ist noch ungewiss. Dagegen fehlt bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft i.S.d. § 311 b Abs. 1 BGB solange überhaupt noch eine Einigung, als die andere Abrede nicht getroffen wurde. Die andere Abrede soll nicht erst in der Zukunft aufgrund eines gesonderten Willensentschlusses getroffen werden. Vielmehr soll zumindest nach dem erkennbaren Willen eines Beteiligten bereits eine Einigung hinsichtlich des Grundstücksgeschäfts scheitern, wenn nicht *schon jetzt* auch über die andere Abrede Einigkeit erzielt wird.

Gleiches gilt, wenn das Grundstücksgeschäft eine *Verpflichtung zum Abschluss eines weiteren Vertrages* enthält<sup>72</sup>. Auch hier sind sich die Beteiligten bereits jetzt über das Grundstücksgeschäft einig, und zwar ohne dass das andere Rechtsgeschäft schon abgeschlossen sein müsste. Schließt der Verpflichtete den weiteren Vertrag nicht freiwillig ab, so kann der Vertragsabschluss klageweise durchgesetzt werden (§ 894 ZPO). Gegebenenfalls stehen dem anderen Beteiligten Rechte wegen Leistungsstörungen zu. Beurkundungsbedürftig ist dieser andere Vertrag jedoch nicht. Freilich muss sein Inhalt – soweit er feststeht – in der Urkunde niedergelegt sein, da einer der Beteiligten insoweit eine Leistungspflicht einget<sup>73</sup>. Hingegen setzt eine Einheitlichkeit gemäß § 311 b Abs. 1 BGB voraus, dass eine Einigung schon über das Grundstücksgeschäft erst dann erzielt ist, wenn auch eine Einigung über die Nebenabreden getroffen wurde. Dabei sollen die Nebenabreden schon jetzt Vertragsbestandteil sein, ihr Scheitern soll also nicht nur Sekundäransprüche auslösen. Diese Ergebnisse werden auch den Schutzzwecken des § 311 b BGB gerecht. Wie *Korte*<sup>74</sup> ausführt, hat das Scheitern des Vertrages, von dem das Grundstücksgeschäft durch Rücktrittsvorbehalt, Bedingungszusammenhang oder Abschlussverpflichtung abhängt, die „Ent-Bindung“ von den vertraglichen Verpflichtungen zur Folge, weshalb aus Sicht der Entscheidungsfreiheit und des Übereilungsschutzes kein Grund zur Einbeziehung besteht. Gültigkeitsgewähr und Vertragsgerechtigkeit beschränken sich auf den „regelnden Inhalt“ des Vertrages, der die formauslösende Bindung enthält.

<sup>71</sup> *Korte*, DNotZ 1984, 3, 11.

<sup>72</sup> Vgl. OLG Hamm, DNotZ 1996, 1048, 1049 f.

<sup>73</sup> Vgl. *Korte*, DNotZ 1984, 3, 12 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 71.

<sup>74</sup> *Korte*, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 62 f.

Nach hier vertretener Ansicht muss also bei einem Kaufvertrag, der einen Rücktrittsvorbehalt für den Fall enthält, dass ein bestimmter Darlehensvertrag nicht zustande kommt, entgegen der h.L. der Darlehensvertrag nicht beurkundet werden. Auch kann im Fall einer Grundstücksschenkung unter der Bedingung, dass der Beschenkte die Gütertrennung vereinbart, entgegen der h.L. eine gemeinsame Beurkundung bzw. Verlautbarung des Verknüpfungswillens<sup>75</sup> unterbleiben. Dieses Ergebnis dürfte im Wesentlichen auch mit der Rechtsprechung übereinstimmen. So sieht der BGH in einem Rücktrittsvorbehalt gerade ein Indiz für die rechtliche Selbstständigkeit der verknüpften Abreden<sup>76</sup>. Hinsichtlich einer Abschlussverpflichtung hat etwa das OLG Hamm eine zur Beurkundungsbedürftigkeit führende rechtliche Einheit abgelehnt<sup>77</sup>. Zu Frage der Verknüpfung durch Bedingungen äußern sich nur zwei der in diesem Beitrag zitierten Entscheidungen: So war in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 13.6.1932<sup>78</sup> ein Mietvertrag durch die Einräumung eines Vorkaufsrechts aufschiebend bedingt. Das Reichsgericht ging dennoch davon aus, dass der Mietvertrag nicht formbedürftig sei, weil eine Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufsrechts nicht geschaffen wurde. In Richtung der h.L. deutet jedoch die Entscheidung des BGH vom 17.3.1988<sup>79</sup>. Hier war ein Kaufangebot durch die Beendigung eines Pachtvertrages aufschiebend bedingt. Der BGH leitete aus dem Bedingungszusammenhang die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts ab. Allerdings war Bedingung für das Angebot nicht das Zustandekommen, sondern die Beendigung des Pachtvertrages.

### 3. Zur Dispositionsmöglichkeit der Beteiligten über den Verknüpfungswillen

Wie sich gezeigt hat, handelt es sich bei dem Verknüpfungswillen der Beteiligten rechtsdogmatisch um einen Vertragsbestandteil des Grundstücksgeschäfts. Zweifellos können die Beteiligten nicht über das Formbedürfnis des § 311 b Abs. 1 BGB verfügen, da es sich hierbei um zwingendes Recht handelt<sup>80</sup>. Jedoch folgt aus der Vertragsfreiheit, dass die Beteiligten ohne weiteres über ihren Verknüpfungswillen verfügen können, indem sie das Grundstücksgeschäft rechtlich unabhängig von den weiteren Abreden ausgestalten<sup>81</sup>. Sehr häufig wünschen die Beteiligten lediglich eine Beurkundung des Grundstücksgeschäfts, während die weiteren Abreden v.a. aus Kostengründen nicht beurkundet werden sollen. In solchen Fällen erscheint die Aufnahme folgender Klausel in den Vertrag als erwägenswert:

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass alle rechtsgeschäftlichen Abreden, mit denen der Kaufvertrag stehen und fallen soll, beurkundungsbedürftig sind und dass bei einem Verstoß hiergegen möglicherweise der gesamte Vertrag nichtig ist. Im Hinblick darauf erklären die Beteiligten, keinerlei Absprachen getroffen zu haben, von denen der heute abgeschlossene Kaufvertrag abhängig ist.

<sup>75</sup> Vgl. V.

<sup>76</sup> So etwa BGHZ 78, 346, 350 f. Vgl. auch LG Hamburg DNotZ 1983, 625, 628; OLG Köln NJW-RR 1996, 1484, 1485. Allerdings waren die Rücktrittsvorbehalte jeweils nicht im Grundstücksvertrag, sondern in der anderen Abrede enthalten.

<sup>77</sup> OLG Hamm, DNotZ 1996, 1048, 1049 f.

<sup>78</sup> RGZ 137, 29 ff.

<sup>79</sup> BGH NJW 1988, 2880 ff.

<sup>80</sup> RGZ 61, 264, 267; BGH WM 1966, 585, 587; BGH DNotZ 1954, 188, 190; BGH NJW 1987, 1069, 1070. *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 158; *Soergel/Wolf*, § 313 Rdnr. 60. Vgl. auch *Keim*, DNotZ 2001, 827, 831 f.

<sup>81</sup> Vgl. RGZ 97, 219, 221; BGH WM 1966, 585, 588; BGH NJW 1987, 1069, 1070; OLG Koblenz DNotZ 1994, 771, 773.

Der Nutzen einer derartigen Formulierung ist jedoch äußerst begrenzt. Denn zu Recht hat der BGH einer ganz ähnlichen Klausel die Anerkennung versagt<sup>82</sup>. Es handele sich – so der BGH – nur um einen rechtlich unbeachtlichen Versuch, die zwingenden Folgen des Formverstößes abzuwenden. Es stehe nicht in der Gestaltungsmacht der Parteien, einen Teil des als zusammenhängend gewollten Geschäfts unbeurkundet zu lassen, ohne dass das ganze Geschäft nichtig wird. Anderes gelte nur, wenn die Klausel einen *tatsächlich vorhandenen Willen* der Parteien wiedergebe<sup>83</sup>. Dem ist zu folgen. Entspricht die Klausel – wie es sehr oft der Fall sein wird – nicht dem tatsächlichen Willen der Beteiligten, so handelt es sich um ein Scheingeschäft (§ 117 BGB). Zwar kann sich der Notar grundsätzlich auf die rein tatsächlichen Angaben der Beteiligten verlassen<sup>84</sup>. Die Tatfrage des Vorliegens eines Verknüpfungswillens ist aber stark von rechtlichen Wertungen abhängig. Bei der erforderlichen Auslegung handelt es sich um *Rechtsanwendung*<sup>85</sup>. Zumindest dann, wenn die Umstände des Einzelfalls Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Behauptung eines fehlenden Verknüpfungswillens aufkommen lassen, darf der Notar die Angaben der Beteiligten nicht unbesehen als wahr zugrunde legen. In Zweifelsfällen sollte daher selbstverständlich die Beurkundung als sicherster Weg gewählt werden. Ob ein Einheitlichkeitswille vorliegt, ist letztlich Tatfrage. Nur in den seltensten Fällen kann ex-ante eindeutig beurteilt werden, ob ein Gericht den Einheitlichkeitswillen bejahen oder verneinen wird.

Aus demselben Grund sind auch Versuche zum Scheitern verurteilt, die Beurkundungsbedürftigkeit der weiteren Abreden durch Bedingungen, Rücktrittsvorbehalte oder Abschlussverpflichtungen zu umgehen. Zwar lösen diese Verknüpfungen – wie oben<sup>86</sup> gezeigt wurde – als solche eine Beurkundungsbedürftigkeit nicht aus. Jedoch bedarf es stets einer sorgfältigen Prüfung, ob in Wahrheit nicht doch ein einheitliches Rechtsgeschäft im erläuterten Sinne gewollt ist<sup>87</sup>. Gelangt der Notar zu diesem Ergebnis, so hat er entweder die an sich nicht beurkundungsbedürftige Abrede mit zu beurkunden oder die Beurkundung abzulehnen.

### III. Die „einseitige Abhängigkeit“

#### 1. Die dogmatische Begründung der einseitigen Abhängigkeit

Wie verhält sich nun das bisher Ausgeführte zur neueren Rechtsprechung, derzufolge maßgeblich auf die Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts von den übrigen Abreden abzustellen ist? Die angeführten Entscheidungen des BGH<sup>88</sup> zeigen, dass die Grundsätze zur einseitigen Abhängigkeit ausschließlich aus den *Schutzzwecken* des § 311 b Abs. 1 BGB hergelei-

tet werden<sup>89</sup>, während sich hinsichtlich der Ermittlung des Verknüpfungswillens nichts geändert hat. So führt der BGH aus, im Falle einer einseitigen Abhängigkeit der weiteren Abrede vom Grundstücksgeschäft lägen „aus der Sicht“ des für das Beurkundungserfordernis maßgeblichen Grundstücksvertrages jeweils eigenständige Regelungen vor. Ein hinreichender Grund, die weitere Vereinbarung zum Gegenstand der notariellen Aufklärung, der Beratung und des Urkundsbeweises zu machen, bestünde deshalb nicht. Die „aus der Sicht“ des abhängigen Geschäfts *bestehende Vertragseinheit* könne die Beurkundungspflicht nicht begründen, da dieses dem Formfordernis nicht unterliege<sup>90</sup>. In der Entscheidung vom 13.6.2002 führt das Gericht aus, maßgeblich sei, ob die mit dem *Normzweck* verbundenen Funktionen des § 311 b Abs. 1 BGB eine Erstreckung des Formgebots auf das verbundene Geschäft erfordern<sup>91</sup>. Dies sei bei einer einseitigen Abhängigkeit des formfreien Vertrags vom Grundstücksgeschäft nicht der Fall.

Es sind also zwei Stufen zu unterscheiden:

Auf der *ersten Stufe* ist der Verknüpfungswille zu ermitteln. Dieser kann wechselseitig sein. Möglich ist aber auch, dass nur das Grundstücksgeschäft einseitig von der weiteren Abrede oder umgekehrt die weitere Abrede nur einseitig von dem Grundstücksgeschäft abhängig ist. Auch im letzteren Fall liegt zumindest „aus der Sicht“ des formfreien Geschäfts eine *Vertragseinheit* vor<sup>92</sup>. Für die Ermittlung des Verknüpfungswillens gelten jedoch die schon bisher maßgeblichen Grundsätze.

Auf der *zweiten Stufe* ist sodann zu prüfen, ob das Formerfordernis des § 311 b Abs. 1 BGB eingreift. Entscheidend ist das auf der ersten Stufe gefundene Ergebnis: Bei einer wechselseitigen Abhängigkeit bzw. bei einer einseitigen Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts von der weiteren Abrede soll nach Ansicht des BGH das gesamte Geschäft zu beurkunden sein. Dagegen löst eine einseitige Abhängigkeit des formfreien Geschäfts vom Grundstücksgeschäft ein Beurkundungsbedürfnis hinsichtlich der an sich nicht beurkundungsbedürftigen Abrede nicht aus. Nur insoweit brachte die neuere Rechtsprechung eine Präzisierung.

Dieser Rechtsprechung muss mit Skepsis begegnet werden. Die vom BGH angeführten Schutzzwecke sind lediglich gesetzgeberisches Motiv und nicht tatbestandsmäßige Voraussetzungen des § 311 b Abs. 1 BGB<sup>93</sup>. Unerheblich für das Eingreifen des Formerfordernisses ist es daher, ob im konkreten Einzelfall sämtliche Schutzzwecke dieser Vorschrift berührt sind<sup>94</sup>. Geltungsgrund des Beurkundungserfordernisses ist die durch den Verknüpfungswillen hergestellte *Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses*. Auch in den Fällen, in denen lediglich die an sich formfreie Abrede vom Grundstücksgeschäft abhängt, liegt – wie es der BGH formuliert – „aus der Sicht“ dieser Abrede eine Vertragseinheit vor. Dass trotz gegebener Vertragseinheit das Beurkundungserfordernis nur einen Teil des Vertrages erfassen soll, erscheint zumindest verwunderlich. Maßgeblich sollte daher sein, was die Beteiligten vereinbart haben, nicht, was sie möglicherweise vereinbart hätten.

<sup>82</sup> So lautete im Falle BGH NJW 1987, 1069, 1070 die entsprechende Klausel: „Den Beteiligten ist bekannt, dass alle Nebenabreden und sonstigen Vereinbarungen, die in einer rechtlichen Einheit mit dem Optionsvertrag stehen, der notariellen Beurkundung bedürfen. Sie erklärten ausdrücklich, dass derartige Nebenabreden nicht bestehen, der Optionsvertrag vielmehr rechtlich selbständig ist.“ A.A. trotz fast identischen Sachverhalts OLG Köln MittRhNotK 1989, 191 f.

<sup>83</sup> BGH NJW 1987, 1069, 1070.

<sup>84</sup> Vgl. Keidel/Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 72.

<sup>85</sup> Vgl. Palandt/Heinrichs, § 133 Rdnr. 29.

<sup>86</sup> Vgl. II. 2.

<sup>87</sup> Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 174.

<sup>88</sup> BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951; BGH MittBayNot 2001, 69; NJW 2001, 226; BGH NJW 2002, 2559.

<sup>89</sup> BGH NJW 2002, 2559 f.; vgl. auch Sigle/Maurer, NJW 1984, 2657, 2660; Pohlmann, EWiR 2000, 323, 324.

<sup>90</sup> BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951, 952.

<sup>91</sup> BGH NJW 2002, 2559, 2560.

<sup>92</sup> So ausdrücklich BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951, 952.

<sup>93</sup> Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 4.

<sup>94</sup> Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 4; MünchKomm/Kanzleiter, § 313 Rdnr. 5.

Im Übrigen sind entgegen der Ansicht des BGH die Schutzzwecke des § 311 b Abs. 1 BGB auch im Falle einer nur einseitigen Abhängigkeit des an sich nicht formbedürftigen Geschäfts zumindest partiell berührt. Das Beurkundungserfordernis soll den Beteiligten reifliche Überlegungsfrist gewähren sowie rechtskundige und unparteiische Beratung durch den Notar gewährleisten (*Warn- und Schutzfunktion*). Außerdem soll im Dienste der Rechtssicherheit ein Beweis über die Art und den Inhalt der Vereinbarungen ermöglicht werden (*Beweisfunktion*). Schließlich soll gewährleistet werden, dass der Wille der Beteiligten rechtswirksam, richtig und vollständig ausgedrückt wird (*Gewährsfunktion*)<sup>95</sup>. Aus der Beweis- und Gewährsfunktion lässt sich ableiten, dass § 311 b Abs. 1 BGB einen *Vollständigkeitsgrundsatz* enthält<sup>96</sup>. Wird trotz gegebener, wenn auch nur einseitiger Vertragseinheit ein Teil des Rechtsgeschäfts nicht beurkundet, so ist die Beweis- und Gewährsfunktion der notariellen Urkunde beeinträchtigt. Es kann daher nicht davon gesprochen werden, dass bei nur einseitiger Abhängigkeit der an sich formfreien Abrede vom Grundstücksgeschäft die Schutzzwecke des § 311 b Abs. 1 BGB nicht tangiert sind.

## 2. Einseitige Abhängigkeit im Drei-Personen-Verhältnis

Fraglich ist, ob die Grundsätze zur einseitigen Abhängigkeit auch in Drei-Personen-Verhältnissen gelten, also in Fällen, in denen der Grundstücksvertrag zwischen zwei Beteiligten und die an sich formfreie Vereinbarung mit einem Dritten geschlossen wird. Ursprünglich formulierte die Rechtsprechung, Vereinbarungen mit Dritten seien „regelmäßig formlos gültig und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie den Abschluss des Kaufvertrags erst ermöglichen und herbeigeführt haben“<sup>97</sup>. Später hieß es, für die Beurkundungsbedürftigkeit sei es nicht erforderlich, dass an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt seien. Vielmehr gelte § 311 b Abs. 1 BGB auch dann, wenn die Abreden zum Teil zwischen verschiedenen Personen geschlossen werden<sup>98</sup>. Gerade hier gilt der bereits oben<sup>99</sup> genannte Grundsatz, wonach es genügt, wenn nur der eine Vertragspartner einen Verknüpfungswillen hat, dieser aber dem anderen Beteiligten erkennbar ist und von ihm gebilligt oder zumindest hingenommen wurde<sup>100</sup>.

Ob sich hier infolge der neueren Rechtsprechung zur einseitigen Abhängigkeit Änderungen ergeben haben, war zunächst unklar. So vertrat *Keim* die Ansicht, eine unbesehene Ausdehnung dieser Grundsätze auf Drei-Personen-Verhältnisse widerspreche der Privatautonomie, da ein unbeteiligter Dritter

„in die Beurkundungsbedürftigkeit gedrängt“ würde<sup>101</sup>. Dennoch könne auch hier eine wechselseitige Abhängigkeit nicht gefordert werden. Eine Beurkundungsbedürftigkeit des mit dem Dritten abzuschließenden Geschäfts werde jedoch nur dann ausgelöst, wenn entweder ein echter mehrseitiger Vertrag vorliege oder die Leistungen an den Dritten zu den Pflichten gehören, die eine Partei gegenüber der anderen Partei des Grundstücksvertrages ausdrücklich übernehmen wolle. Indizielle Bedeutung komme hierbei der wirtschaftlichen Verflechtung zwischen einer Partei des Grundstücksvertrags und dem Dritten zu. Ferner seien die Risikosphären der Beteiligten von wesentlicher Bedeutung: Mache ein Beteiligter des Grundstücksgeschäfts den Vertragsabschluss davon abhängig, dass er selbst einen weiteren Vertrag mit einem Dritten abschließt, so spreche dies gegen eine Beurkundungsbedürftigkeit. Beruhe die Abhängigkeit des Grundstücksvertrags von der Drittabrede dagegen auf der Initiative der anderen Partei, so werde hieraus der Einheitlichkeitswille deutlich<sup>102</sup>.

Nach der Ansicht von *Hartmann*<sup>103</sup> ist die Anwendung der Grundsätze zur einseitigen Abhängigkeit nur in Zwei-Personen-Verhältnissen oder dann unproblematisch, wenn bei den nicht identischen Parteien eine auf die Verknüpfung gerichtete Interessenparallelität anzunehmen ist. Dies sei etwa dann der Fall, wenn der Verkäufer des Grundstücks und der Werkvertragsunternehmer personell verflochten sind. Wo es an diesen Voraussetzungen fehle, sei eine „Vereinnahmung des anderen Vertrags in den Bereich des § 313 BGB ohne entsprechenden Verknüpfungswillen der Parteien dieses Vertrags nicht zulässig“<sup>104</sup>. Jedoch komme es auf die Umstände des Einzelfalls an. Fehle es an einer Interessenparallelität von Verkäufer und Werkvertragsunternehmer, so werde der Verkäufer regelmäßig kein Interesse an der Einheitlichkeit haben. Ein stillschweigender Verknüpfungswille könne hier nur angenommen werden, wenn der Käufer sein Interesse an der Einheitlichkeit besonders deutlich zum Ausdruck gebracht habe<sup>105</sup>.

Nach der Ansicht von *Wochner* liegt eine Einheitlichkeit in Drei-Personen-Verhältnissen dann nahe, wenn die verschiedenen Vertragspartner „rechtlich oder wirtschaftlich miteinander verflochten sind“<sup>106</sup>. Doch auch bei voneinander unabhängigen Beteiligten könne eine Einheitlichkeit gegeben sein, wobei der Verknüpfungswille von allen Beteiligten hingenommen werden müsse. Hierbei sei zu verlangen, dass der Käufer den Willen zur Verknüpfung deutlich macht, bevor er das Schweigen des Grundstücksverkäufers als Hinnahme des Einheitlichkeitswillens verstehen darf.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 13.6.2002 die präzisierten Grundsätze zur einseitigen Abhängigkeit ohne weiteres auch auf Drei-Personen-Verhältnisse angewandt<sup>107</sup>. Dabei sei, so der BGH, die zeitliche Reihenfolge unerheblich. Es kommt also nicht darauf an, ob der Bau- oder der Kaufvertrag zuerst abgeschlossen wurde<sup>108</sup>. Im zu Grunde liegenden Sachverhalt hatten die Beklagten mit dem Kläger einen Werkvertrag und mit einem Dritten einen Kaufvertrag geschlossen.

<sup>95</sup> *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 3; *MünchKomm/Kanzleiter*, § 313 Rdnr. 1; *Erman/Battes*, § 313 Rdnr. 1; *Sigle/Maurer*, NJW 1984, 2657, 2658.

<sup>96</sup> *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 3; *Keim*, DNotZ 2001, 827; *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 13.

<sup>97</sup> RGZ 145, 246, 248; RGZ WarnRspr. 1912 Nr. 419; BGH WM 1966, 585, 587; BGH DNotZ 1966, 736, 737; BGH DNotZ 1985, 279, 280.

<sup>98</sup> BGHZ 101, 393, 396; BGH NJW-RR 1989, 198, 199; OLG Köln NJW-RR 1996, 1484; OLG Köln MittRhNotK 1989, 191, 192; BGH BB 1987, 714; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1045. *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 179.

<sup>99</sup> Vgl. II.1.

<sup>100</sup> BGHZ 78, 346, 349; BGHZ 101, 393, 396; BGH NJW 1987, 1069; BGH NJW-RR 1993, 1421; BGH NJW 1995, 2547, 2548; OLG Hamm DNotZ 1982, 367; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1045; OLG Köln NJW-RR 1996, 1484; LG Hamburg, DNotZ 1983, 625, 627. Aus der Literatur: *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 179.

<sup>101</sup> *Keim*, DNotZ 2001, 827, 834.

<sup>102</sup> *Keim*, DNotZ 2001, 827, 835.

<sup>103</sup> *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 14.

<sup>104</sup> *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 14.

<sup>105</sup> *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 15 f.

<sup>106</sup> *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 67.

<sup>107</sup> BGH NJW 2002, 2559 f.

<sup>108</sup> Ebenso bereits *Pohlmann*, EwIR 2000, 323 f.; *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 65. A.A.: *Keim*, DNotZ 2001, 827, 837; *MünchKomm/Kanzleiter*, § 313 Rdnr. 54.

Hält man den Ausgangspunkt der Rechtsprechung für zutreffend, so müssen die Grundsätze zur einseitigen Abhängigkeit auch auf Drei-Personen-Verhältnisse angewendet werden. Eine Beeinträchtigung der Privatautonomie des Dritten durch die Ausdehnung des Formerfordernisses ist bei Beachtung der allgemeinen Grundsätze<sup>109</sup> nicht zu besorgen. Dies soll folgender Fall verdeutlichen:

V verkauft an K ein Grundstück. Die Beteiligten sind sich einig, dass der Vertrag nur dann gelten soll, wenn ein Werkvertrag mit D zustande kommt. Später wird der Werkvertrag zwischen K und D formlos geschlossen.

Hinsichtlich der Beurkundungsbedürftigkeit des Werkvertrags gilt Folgendes: Muss der Dritte nach dem objektiven Empfängerhorizont erkennen, dass sein Vertragspartner das Grundstücksgeschäft von dem Vertragsabschluss mit ihm abhängig macht, so unterliegt auch der Werkvertrag dem § 311 b Abs. 1 BGB. Wurde das Formerfordernis nicht beachtet, so sind Werk- und Kaufvertrag nichtig. Musste der Dritte die Abhängigkeit des Grundstücksvertrags von dem Werkvertrag nicht erkennen, so ist der formlos geschlossene Werkvertrag zwar wirksam. Das Grundstücksgeschäft bleibt jedoch unwirksam, was freilich zu Störungen auf Ebene des Werkvertrags führen kann. Die Privatautonomie des Dritten wird mithin nicht beeinträchtigt.

Hinsichtlich der Anforderungen, die an die Erkennbarkeit des Verknüpfungswillens zu stellen sind, ist *Wochner*<sup>110</sup> zu folgen: Sind der Dritte und ein Beteiligter des Grundstücksvertrages rechtlich oder wirtschaftlich verflochten oder besteht eine Interessenparallelität, so liegt eine Erkennbarkeit des Verknüpfungswillens für den Dritten nahe. Bei voneinander unabhängigen Beteiligten kann eine rechtliche Einheit dagegen regelmäßig nur dann angenommen werden, wenn der Verknüpfungswille dem Dritten hinreichend deutlich gemacht wurde.

#### IV. Fallgruppen des „Einheitlichkeitswillens“

##### 1. Allgemeine Grundsätze

Nach dem bisher Ausgeführten ist für die Beurkundungsbedürftigkeit des zusammengesetzten Geschäfts der im Wege der Auslegung zu ermittelnde Verknüpfungswille der Beteiligten entscheidend. Wann nun ein solcher Verknüpfungswille vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls oder – wie es die Rechtsprechung aus prozessualer Sicht formuliert – *Tatfrage*<sup>111</sup>. Vorrangig sind die ausdrücklichen Abreden der Beteiligten zu berücksichtigen. Diese müssen freilich ernsthaft gewollt sein, da es sich ansonsten um ein Scheingeschäft (§ 117 Abs. 1 BGB) handelt<sup>112</sup>. Fehlen – wie in den meisten Fällen – ausdrückliche Abreden über die Einheitlichkeit, so hat eine Auslegung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu erfolgen.

In *formeller Hinsicht* muss die erforderliche Auslegung beachten, dass bei Niederlegung der Abreden in einer Urkunde nach ständiger Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung

für das Bestehen einer rechtlichen Einheit spricht<sup>113</sup>. Umgekehrt soll die tatsächliche Vermutung gelten, dass bei getrennten Urkunden die Abreden „nicht als eine einheitliche Vereinbarung, sondern als verschiedene selbstständige Rechtsgeschäfte gewollt sind und dies gerade durch die Trennung zum Ausdruck gebracht werden sollte“<sup>114</sup>. Zudem gilt die *Andeutungstheorie*. Vor allem bei getrennten Urkunden muss nach Ansicht des BGH der Verknüpfungswille bzw. die bestehende Abhängigkeit zwischen den Teilen des einheitlichen Geschäfts urkundlichen Ausdruck finden, wobei es genügt, dass sich das Gewollte andeutungsweise im Beurkundeten wiederfindet<sup>115</sup>. Dies darf freilich nicht so verstanden werden, dass es an der Einheitlichkeit des Geschäfts fehlt, wenn der Verknüpfungswille nicht zumindest andeutungsweise aus der Urkunde hervorgeht<sup>116</sup>. Denn auf diese Weise könnten die Beteiligten über das zwingende Beurkundungserfordernis verfügen, indem sie von einer Beurkundung der Verknüpfung absehen. Vielmehr ist zunächst der Verknüpfungswille der Beteiligten im Wege der Auslegung zu ermitteln, wobei auch Umstände außerhalb der Urkunde heranzuziehen sind. Ist ein solcher Wille vorhanden, so muss er in der Urkunde zumindest angedeutet werden. Andernfalls ist die Beurkundung unvollständig, was zur Nichtigkeit gemäß § 125 BGB führt<sup>117</sup>. In der Literatur wird zu Recht vertreten, die Niederlegung in selbstständigen Urkunden sei nur ein schwaches Indiz für die rechtliche Selbstständigkeit der Abreden, da die Beteiligten zahlreiche Gründe für die Trennung gehabt haben können<sup>118</sup>. Jedenfalls ist stets der reale Verknüpfungswille der Beteiligten entscheidend<sup>119</sup>.

In *materieller Hinsicht* hat die zur Ermittlung des Verknüpfungswillens erforderliche Auslegung die Interessen der Beteiligten, ihren erklärten Willen sowie die Verkehrssitte und Treu und Glauben zu berücksichtigen<sup>120</sup>. Zu beachten sind insbesondere die vertraglichen Risikosphären der Beteiligten<sup>121</sup>. So spricht es gegen eine Beurkundungsbedürftigkeit der mit einem Dritten abzuschließenden Abrede, wenn der Vertrag ein Risiko betrifft, das typischerweise nur von einem Beteiligten des Grundstücksvertrages zu tragen ist. Zum Beispiel ist die Finanzierung grundsätzlich Sache des Käufers.

<sup>113</sup>BGH DNotZ 1975, 87, 89; BGH NJW 1970, 1414, 1415; *Korte*, DNotZ 1984, 3, 17; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 182; *MünchKomm/Kanzleiter*, § 313 Rdnr. 54; *Sigle/Maurer*, NJW 1984, 2657, 2660.

<sup>114</sup>RG JW 1934, 3265; RGZ 103, 295, 297; BGH WM 1966, 585, 588; BGH DNotZ 1953, 188, 189; BGHZ 78, 346, 349; BGHZ 101, 393, 396; BGH NJW 1988, 1781, 1782; OLG Hamm DNotZ 1982, 367; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1045; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 182; *Korte*, DNotZ 1984, 3, 17; *Sigle/Maurer*, NJW 1984, 2657, 2660. Zu § 139 BGB vgl. auch BGH MDR 1966, 749.

<sup>115</sup>BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951. *Lichtenberger*, DNotZ 1988, 531, 541.

<sup>116</sup>So deutet möglicherweise *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 66, die Ausführungen des BGH.

<sup>117</sup>BGH NJW-RR 1989, 198, 199; BGH NJW 1988, 1781; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 155, 173, 174. Vgl. auch BGH NJW 1987, 1069, 1070: „Es kommt nicht darauf an, ob ein Einheitlichkeitswille der Parteien in den Urkunden irgendeinen Ausdruck gefunden hat. Maßgebend ist das Vorhandensein eines solchen Willens, der unter Berücksichtigung der Interessen der Vertragsschließenden und ihres erklärten Willens mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln ist.“

<sup>118</sup>*MünchKomm/Kanzleiter*, § 313 Rdnr. 54; *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 15; *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 66.

<sup>119</sup>Vgl. BGHZ 101, 393, 396. *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 15.

<sup>120</sup>BGH NJW 1987, 1069. *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 176.

<sup>121</sup>*Korte*, DNotZ 1984, 3, 8; *Keim*, DNotZ 2001, 827, 835.

<sup>109</sup>S.o. II.

<sup>110</sup>*Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 67.

<sup>111</sup>RG WarnR 1933, Nr. 36; BGHZ 76, 43, 49; BGHZ 78, 346, 349; BGHZ 101, 393, 397; BGH NJW 1987, 1069; BGH BB 1987, 714; BGH WM 1966, 585, 588; BGH NJW 1994, 2285; OLG Hamm DNotZ 1982, 367; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 176.

<sup>112</sup>Vgl. II.3.

Ohne besondere Absprachen wird man daher in der Regel nicht davon ausgehen können, dass der Verkäufer einen Verknüpfungswillen hinsichtlich des mit einem Dritten abzuschließenden Darlehensvertrages hinnimmt. In Drei-Personen-Verhältnissen stellen eine wirtschaftliche oder personelle Verflechtung bzw. eine Interessenparallelität zwischen zwei der Beteiligten ein starkes Indiz für eine rechtliche Einheit dar<sup>122</sup>. Hier wird sich die Leistung der beiden Beteiligten aus Sicht der Gegenpartei oftmals als einheitlich darstellen. Ferner ist eine gemeinsame Werbung für das Grundstück und den weiteren Leistungsgegenstand ein wichtiger Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Verknüpfungswillens<sup>123</sup>. Dies gilt v.a. dann, wenn die Gegenstände gleichsam „als Paket“ angeboten wurden<sup>124</sup>.

Die für die umfassende Beurkundungspflicht erforderliche rechtliche Einheit wird durch einen bloßen wirtschaftlichen Zusammenhang nicht begründet<sup>125</sup>. Jedoch kann ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem Grundstücksgeschäft und der weiteren Abrede ein starkes Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen Vertrags darstellen<sup>126</sup>. Dies gilt etwa dann, wenn verschiedene Verträge nur in ihrer Gesamtheit die von den Beteiligten erstrebten steuerlichen Vorteile bringen können<sup>127</sup>.

Zu beachten ist, dass sämtliche der genannten Umstände nur Indizien zur Ermittlung des Verknüpfungswillens sind. Maßgeblich ist stets der real vorhandene Verknüpfungswille der Beteiligten, wie er im Wege der Auslegung ermittelt werden kann<sup>128</sup>. Im Folgenden sollen die genannten Indizien auf in der Praxis häufig anzutreffende Fälle zusammengesetzter Rechtsgeschäfte angewandt werden.

## 2. Kaufvertrag und Darlehensvertrag

Soll neben dem Grundstücksvertrag ein Darlehensvertrag zu dessen Finanzierung abgeschlossen werden, so ist zu differenzieren: In *Zwei-Personen-Verhältnissen* liegt eine rechtliche Einheit nahe, wenn das Darlehen – hinüber oder herüber – Teil der Gegenleistung ist<sup>129</sup>. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Kaufpreis verzinslich gestundet wurde. In diesen Fällen ist es bereits zweifelhaft, ob es sich um ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft oder nicht vielmehr um ein gemischtes Rechtsgeschäft bzw. eine Nebenabrede handelt<sup>130</sup>. Dennoch bleibt es denkbar, dass der Kaufvertrag auch bei Darlehensgewährung durch den Verkäufer rechtlich unabhängig vom Darlehensvertrag im Sinne der präzisierten Rechtsprechung ausgestaltet ist.

Im klassischen *Drei-Personen-Verhältnis*, bei dem eine Bank den Grundstückskauf finanziert, wird regelmäßig ein entsprechender Verknüpfungswille der Beteiligten fehlen. Wie oben<sup>131</sup> ausgeführt wurde, sind bei der erforderlichen Auslegung auch die Risikosphären der Beteiligten zu beachten. Die Finanzierung des Kaufpreises liegt grundsätzlich ausschließlich im Risikobereich des Käufers<sup>132</sup>. Es kann daher in der Regel nicht davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer einen etwa vorhandenen Verknüpfungswillen des Käufers stillschweigend billigt. Die herrschende Literaturansicht<sup>133</sup> lässt entgegen der hier vertretenen Meinung für die erforderliche rechtliche Einheit auch eine Verknüpfung durch Rücktrittsvorbehalte genügen. Demnach wäre der Darlehensvertrag – auch bei Beachtung der präzisierten Rechtsprechung – zumindest dann mit zu beurkunden, wenn der Kaufvertrag einen Rücktrittsvorbehalt für den Fall enthält, dass ein bestimmtes Darlehen nicht gewährt wurde.

Auch im Drei-Personen-Verhältnis ist jedoch eine Verknüpfung zur rechtlichen Einheit denkbar. Indizien sind eine wirtschaftliche Verflechtung von Verkäufer und Darlehensgeber sowie eine gemeinsame Werbung für Finanzierung und Grundstückskauf. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalles.

Das OLG-Vertretungsänderungsgesetz (§ 358 Abs. 3 BGB) dürfte hinsichtlich der Frage der Beurkundungsbedürftigkeit von Darlehensverträgen zu keiner Änderung der Rechtslage geführt haben. Denn § 358 Abs. 3 BGB enthält objektive Tatbestandsvoraussetzungen, während über die Verknüpfung zu einem zusammengesetzten Geschäft im Sinne des § 311 b Abs. 1 BGB der im Wege der Auslegung zu ermittelnde Wille der Beteiligten entscheidet<sup>134</sup>. Zuzugeben ist jedoch, dass § 358 Abs. 3 BGB Tatbestandsvoraussetzungen enthält, die auch Indizien für einen Verknüpfungswillen darstellen können.

## 3. Kaufvertrag und Werkvertrag

Besonders häufig stellt sich die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit eines mit einem Dritten abzuschließenden *Werkvertrages*<sup>135</sup>. Auch hier kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. Die Rechtsprechung hat oftmals eine zur Anwendbarkeit des § 311 b Abs. 1 BGB führende rechtliche Einheit zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag bejaht bzw. für naheliegend erachtet und deshalb an die Tatsacheninstanz zurückverwiesen<sup>136</sup>.

Als Indizien für einen Einheitlichkeitswillen wurden u.a. folgende Umstände gewertet: Bezieht sich der Bauvertrag auf ein bestimmtes Grundstück, und kann er deshalb auf einem anderen Grundstück nicht erfüllt werden, so liegt nach Ansicht des BGH in der „auf das bestimmte Grundstück beschränkten Leistungspflicht“ ein „gewichtiges Indiz“ für den

<sup>122</sup>Wochner, a.a.O. (Fn. 2), S. 67; Hartmann, MittRhNotK 2000, 11, 15; Keim, DNotZ 2001, 827, 834 f.

<sup>123</sup>BGHZ 78, 346, 349 (Werbung durch Zeitungsanzeige); OLG Schleswig NJW-RR 1991, 1175; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1045; OLG Köln NJW-RR 1996, 1484; Palandt/Heinrichs, § 313 Rdnr. 33; Koebler, NJW 1992, 1142, 1143; Wochner, a.a.O. (Fn. 2), S. 62; Hartmann, MittRhNotK 2000, 11, 15.

<sup>124</sup>Wochner, a.a.O. (Fn. 2), S. 62; Hartmann, MittRhNotK 2000, 11, 15.

<sup>125</sup>RG JW 1934, 3265; BGH MittBayNot 2000, 101; NJW 2000, 951. Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 177.

<sup>126</sup>BGH NJW 1987, 1069; Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 177 m.w.N.; MünchKomm/Kanzleiter, § 313 Rdnr. 54; Korte, DNotZ 1984, 3, 8; Wochner, a.a.O., S. 60. Zu § 139 BGB vgl. auch BGH MDR 1966, 749.

<sup>127</sup>BGH NJW 1987, 1069 ff.

<sup>128</sup>Dies betonend Lichtenberger, DNotZ 1988, 531, 538.

<sup>129</sup>Palandt/Heinrichs, § 313 Rdnr. 33; vgl. auch BGH DNotZ 1985, 280 ff.

<sup>130</sup>Zu dieser Differenzierung vgl. Fn. 2.

<sup>131</sup>Vgl. IV.1.

<sup>132</sup>Vgl. unter dem Aspekt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage BGH NJW 1983, 1489, 1490; Palandt/Heinrichs, § 242 Rdnr. 140.

<sup>133</sup>S.o. IV.1.

<sup>134</sup>So wohl auch: Litzemberger, RNotZ 2002, 444, 446 f.; Schmucker, DNotZ 2002, 900, 905 f.; Volmer, MittBayNot 2002, 336, 341 f.

<sup>135</sup>Zur Sonderproblematik von Fertighäusern vgl. BGHZ 76, 43 ff. und Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 194.

<sup>136</sup>BGHZ 78, 346 ff.; BGH NJW 1994, 721 f.; OLG Hamm DNotZ 1982, 367 ff.; OLG Schleswig NJW-RR 1991, 1175; LG Hamburg DNotZ 1983, 625 ff. Zum Bauherrenmodell vgl. auch BGH DNotZ 1980, 348.

Verknüpfungswillen der Beteiligten<sup>137</sup>. Ein weiteres gewichtiges Indiz für den Einheitlichkeitswillen ist in der gemeinsamen Werbung für Bauleistung und Grundstückskauf – etwa in Zeitungsannoncen – zu erblicken<sup>138</sup>. Dies gilt v.a. dann, wenn es sich um einen „Paketverkauf“<sup>139</sup> handelt und etwa ein Gesamtpreis genannt wird. In diesen Fällen ist der BGH ausdrücklich davon ausgegangen, dass der Beteiligte nur das Haus *und* das Grundstück erwerben wollte, mithin eine wechselseitige Abhängigkeit vorliegt. Die präzisierte Rechtsprechung zur einseitigen Abhängigkeit sollte hier also zu keinen Änderungen führen. Nicht ganz eindeutig erscheint es, ob die Entscheidung des BGH vom 13.6.2002<sup>140</sup> mit dieser bisherigen Rechtsprechung im Widerspruch steht. Denn im zugrunde liegenden Sachverhalt wurde ebenfalls in einer Zeitungsannonce für Grundstück und Bauleistung geworben, wobei der Bauvertrag auf das konkrete Grundstück Bezug nahm. Gleichwohl hielt der BGH den erforderlichen Verknüpfungswillen nicht für festgestellt und verwies deshalb an das Berufungsgericht zurück, allerdings, weil dieses die einseitige Abhängigkeit des Bauvertrages für die Ausdehnung des Form-erfordernisses genügen ließ.

Weiter spricht für eine rechtliche Einheit im Sinne des § 311 b Abs. 1 BGB der Umstand, dass sich Bauleistung und Grundstückserwerb aus Sicht des Käufers wegen wirtschaftlicher oder personeller Verflechtungen zwischen Verkäufer und Unternehmer als einheitliche Leistung darstellen<sup>141</sup>. Schließlich wurde häufig ein einheitliches Rechtsgeschäft in Fällen angenommen, in denen der Unternehmer dem Käufer das Grundstück erst vermitteln wollte<sup>142</sup>. Auch hier liegt eine wechselseitige und nicht nur eine einseitige Abhängigkeit nahe.

Hat der Verkäufer des Grundstücks dagegen mit der Bebauung nichts zu tun, so fällt die Bauleistung in den Risikobereich des Käufers. Der erforderliche Verknüpfungswille wird hier regelmäßig fehlen. Ungenügend ist ferner der Umstand, dass für die Errichtung eines Hauses überhaupt ein Grundstück benötigt wird<sup>143</sup>.

Zu beachten ist stets, dass es sich jeweils nur um Indizien zur Ermittlung des Verknüpfungswillens handelt. Im Einzelfall sind daher auch abweichende Ergebnisse denkbar. In jedem Fall tut der Notar gut daran, die Beteiligten im Rahmen seiner Aufklärungspflicht zu befragen, ob das Grundstück auch dann verkauft werden soll, wenn die Bauleistung nicht in Anspruch genommen wird.

#### 4. Kaufvertrag und Mietvertrag

Auch der Zusammenhang zwischen Miet- bzw. Pachtvertrag und Kaufvertrag war mehrfach Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen. So hat die Rechtsprechung in Fällen,

in denen der Käufer das Grundstück an den Verkäufer zurück vermietet, oftmals eine zur Beurkundungsbedürftigkeit auch des Mietvertrages führende rechtliche Einheit angenommen, ohne allerdings die für den Verknüpfungswillen maßgeblichen Indizien zu nennen<sup>144</sup>. Richtigerweise wird man hier auch nach der neueren Rechtsprechung eine Beurkundungsbedürftigkeit annehmen müssen. Zwar spricht der Umstand, dass die Erfüllung des Mietvertrages dem Erwerber ohne den Kaufvertrag unmöglich ist, eher für eine einseitige Abhängigkeit des Mietvertrages. Jedenfalls wenn es dem Verkäufer weiterhin auf die Nutzung des Grundstücks ankommt, wird aber aus dessen Sicht auch eine Abhängigkeit des Kaufvertrages vom Mietvertrag vorliegen.

Weiterhin hatte die Rechtsprechung über Kaufangebote zu befinden, bis zu deren Annahme eine Vermietung oder Verpachtung an den Erwerber erfolgen sollte<sup>145</sup>. Auch hier wurde ein zur umfassenden Beurkundungsbedürftigkeit führender rechtlicher Zusammenhang bejaht. Als Indizien für den Einheitlichkeitswillen wurden eine Befristung des Mietvertrages bis zur Annahme des Angebots, eine Abstimmung von Mietvertrag und Angebot hinsichtlich der Besitzeinräumung, ein hoher Mietzins sowie der Vertragszweck, den Eigentumsübergang bei sofortiger Besitzeinräumung hinauszuschieben, genannt. Dabei wurde ausdrücklich eine Abhängigkeit des Angebots vom Pachtvertrag bejaht<sup>146</sup>. In den genannten Fällen dürfte demnach auch nach der neueren Rechtsprechung regelmäßig ein Einheitlichkeitswille vorliegen.

Ein Verknüpfungswille wurde auch bei sog. Mietkaufmodellen angenommen<sup>147</sup>. Hier schließen der Veräußerer und der Erwerber einen Optionsvertrag, wobei der Veräußerer dem Erwerber das Grundstück in eigener Person oder über einen gewerblichen Zwischenmieter vermietet. Der BGH ging zu Recht davon aus, dass in diesen Fällen regelmäßig nicht nur der Mietvertrag vom Optionsvertrag, sondern auch umgekehrt dieser von jenem abhängt. Hierfür spricht, dass die Verträge der Realisierung eines „Abschreibungsmodells“ dienen, bei dem die Einzelregelungen nur in ihrer Gesamtheit die erstrebten steuerlichen Vorteile herbeiführen.

#### V. Verfahrensrechtliche Anschlussprobleme

Die Problematik der Beurkundungsbedürftigkeit zusammengesetzter Rechtsgeschäfte zieht verfahrensrechtliche Anschlussprobleme nach sich. So stellt sich z.B. die Frage, ob trotz Vorliegens eines Verknüpfungswillens die Rechtsgeschäfte in *getrennten Urkunden* niedergelegt werden können. Dieses Problem tritt v.a. dann auf, wenn die rechtliche Einheit mit der anderen Abrede erst erkannt wurde, nachdem der Grundstücksvertrag bereits beurkundet wurde.

Nach h.M. kann ein einheitliches Rechtsgeschäft jedenfalls dann in getrennten Urkunden wirksam beurkundet werden, wenn der Verknüpfungswille *in beiden Urkunden* zumindest andeutungsweise verlaubar wird<sup>148</sup>. Nach überwiegender

<sup>137</sup>BGH NJW 1994, 721, 722; vgl. ferner: BGHZ 78, 346, 350; OLG Hamm DNotZ 1982, 367 f.; *Koebler*, NJW 1992, 1142, 1143. Das LG Hamburg DNotZ 1983, 625, 626 nimmt dies sogar bei Fertighaus-Verträgen an.

<sup>138</sup>BGHZ 78, 346, 350; OLG Schleswig NJW-RR 1991, 1175; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1045; OLG Köln NJW-RR 1996, 1484; *Palandt/Heinrichs*, § 313 Rdnr. 33; *Koebler*, NJW 1992, 1142, 1143.

<sup>139</sup>*Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 15.

<sup>140</sup>BGH NJW 2002, 2559.

<sup>141</sup>Vgl. OLG Hamm DNotZ 1982, 367 f. Hier erbrachte eine GmbH die Bauleistung, während deren Geschäftsführer das Grundstück veräußerte. Vgl. ferner *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 15; *Wochner*, a.a.O. (Fn. 2), S. 67; *Keim*, DNotZ 2001, 827, 834 f.

<sup>142</sup>OLG Hamm DNotZ 1982, 367 f.; LG Hamburg DNotZ 1983, 625, 627 f.; vgl. auch OLG Köln NJW-RR 1996, 1484 f.

<sup>143</sup>BGHZ 76, 43, 49; OLG Köln NJW-RR 1996, 1484.

<sup>144</sup>RGZ 97, 219, 221 f.; BGHZ 104, 18, 22.

<sup>145</sup>BGH NJW 1988, 2880; OLG München NJW-RR 1987, 1042.

<sup>146</sup>BGH NJW 1988, 2880; OLG München NJW-RR 1987, 1042.

<sup>147</sup>BGH NJW 1987, 1069 ff., trotz im Vertrag enthaltener „Trennungsklausel“. Zustimmend *MünchKomm/Kanzleiter*, § 313 Rdnr. 56 und *Soergel/Wolf*, § 313 Rdnr. 73. Dagegen lehnte das OLG Köln MittRhNotK 1989, 191 in einem ganz ähnlich gelagerten Fall eine Beurkundungsbedürftigkeit des Mietvertrages ab.

<sup>148</sup>RG WarnR 1912, Nr. 247; RG WarnR 1922 Nr. 123; RG WarnR 1933, Nr. 36; BGHZ 104, 18, 22; OLG Hamm, DNotI-Report 1996, 164; *Lichtenberger*, DNotZ 1988, 531, 542 f. Vgl. auch BGH NJW 2000, 2017.

Ansicht reicht sogar die Verlautbarung in nur einer der Urkunden aus<sup>149</sup>. Der BGH lässt die Verlautbarung nur in einer Urkunde jedenfalls dann genügen, wenn es sich um eine Ergänzung der früheren Urkunde handelt<sup>150</sup>. Dagegen liegt nach der Gegenansicht ein von vornherein formgerechter Vertrag nur dann vor, wenn sämtliche Abreden in einer Urkunde beurkundet werden<sup>151</sup>. Die erste Urkunde sei mit der Unterschrift des Notars (§ 13 Abs. 3 BeurkG) abgeschlossen. In diesem Augenblick sei verfahrensrechtlich eine Verknüpfung mit dem zweiten Vertrag nicht möglich, da dieser noch nicht be-

urkundet ist. Somit sei der erste Vertrag mangels vollständiger Beurkundung nichtig. Zudem werde durch die Trennung der Anschein der Selbstständigkeit beider Urkunden erweckt.

Festzuhalten ist jedenfalls, dass nach allen Ansichten der erste Vertrag so lange unwirksam ist, als der weitere Vertrag nicht beurkundet wurde und zumindest einer der Verträge den Verknüpfungswillen zum Ausdruck bringt. Bis dahin ist der Vertrag nicht etwa nur schwebend unwirksam, sondern nichtig<sup>152</sup>. Der Vertrag zeitigt also noch keine Wirkungen, jeder der Beteiligten kann sich einseitig von ihm lösen. Ferner ist der Notar nicht zum Vollzug des Vertrages verpflichtet. Denn zumindest dann, wenn die Nichtigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts für den Notar in hohem Maße wahrscheinlich ist, ist er trotz gegenteiliger Weisungen der Beteiligten berechtigt, den Vollzug der Urkunde zu verweigern<sup>153</sup>.

<sup>149</sup>Ohne Festlegung auf zeitliche Reihenfolge: RG JW 1925, 2602 f.; KG NJW-RR 1991, 688; *Soergel/Wolf*, § 313 Rdnr. 70. Jedenfalls in zweiter Urkunde: *Palandt/Heinrichs*, § 313 Rdnr. 32. A.A.: OLG Hamm DNotI-Report 1996, 164 f., wonach eine Verweisung in beiden Urkunden erforderlich ist.

<sup>150</sup>BGHZ 104, 18, 23.

<sup>151</sup>*Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 182 ff.; *Hartmann*, MittRhNotK 2000, 11, 17.

<sup>152</sup>*Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 185.

<sup>153</sup>BayObLG MittBayNot 1998, 198 f.; *Winkler*, MittBayNot 1998, 141, 143 f.; *Keidel/Winkler*, BeurkG § 53 Rdnr. 29 f.

## Die notarielle Vorlagesperre – Begründung einer Vorleistungspflicht oder Sicherungsinstrument im Rahmen der Zug-um-Zug-Abwicklung?

Von Notar Dr. Christopher Keim, Bingen/Rhein

Im Lichte des Urteils des BGH vom 7.6.2001 (DNotZ 2002, 42) untersucht der Autor die notarielle Vorlagesperre und grenzt zulässige Zug-um-Zug-Gestaltungen von unzulässigen Begründungen einer Vorleistungspflicht im Kauf- und Bauträgervertrag voneinander ab.

### I. Vorlagesperre/Umschreibungsüberwachung: Wirkungsweise

#### 1. Sicherung des Verkäufers beim Grundstückskauf

In notariellen Grundstückskaufverträgen wird der Verkäufer vor dem Verlust des Eigentums vor Erhalt des Kaufpreises üblicherweise durch eine Klausel geschützt, die in der Praxis „Vorlagesperre“ oder auch „Umschreibungsüberwachung“ genannt wird. Dabei enthält die Kaufurkunde selbst bereits die Auflassung. Der Notar wird aber angewiesen, die zur Eigentumsumschreibung erforderlichen Schriftstücke dem Grundbuchamt erst dann vorzulegen, wenn der Verkäufer dem Notar mitteilt, dass er den Kaufpreis erhalten hat oder wenn die Zahlung des Kaufpreises sonstwie nachgewiesen ist.<sup>1</sup> Dieser Sicherungsmechanismus stellt einen gewissen Ersatz für die wegen § 925 Abs. 2 BGB nicht mögliche bedingte Auflassungserklärung dar. Als Alternative ist auch denkbar, die Auflassung selbst nicht mit zu beurkunden, sondern bis zur Bezahlung des Kaufpreises auszusetzen.<sup>2</sup> In der notariellen Praxis werden beide Verfahren angewendet, überwiegend wohl jedoch die notarielle Vorlagesperre.<sup>3</sup> Beides setzt eine

gemeinsame Anweisung beider Vertragsteile an den Notar voraus, die seine Pflicht zur sofortigen Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt gemäß § 53 BeurkG aufhebt. Der Schutz des Verkäufers vor vorzeitiger Eigentumsumschreibung wird bei der Umschreibungsüberwachung ergänzt durch eine weitere Anweisung an den Notar, vor dem Nachweis der Kaufpreiszahlung dem Käufer oder dem Grundbuchamt keine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Urkunde zu erteilen, die die Auflassung enthält.<sup>4</sup> Dabei handelt es sich um einen gemäß § 51 Abs. 2 BeurkG zulässigen Verzicht auf Aushändigung beglaubigter Abschriften oder Ausfertigungen des Kaufvertrages vor dem Nachweis der Kaufpreiszahlung.<sup>5</sup> Nach einem anderen Verfahren wird zwar die Auflassung bereits erklärt, aber die Eintragung des Eigentumswechsels erst nach Bezahlung des Kaufpreises vom Notar kraft Vollmacht gemäß § 19 GBO bewilligt.<sup>6</sup>

#### 2. Sicherung des Käufers

Auf der anderen Seite wird der Käufer vor einer ungesicherten Zahlung durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung geschützt. Ist das Kaufobjekt belastet, muss die Fälligkeit des Kaufpreises außerdem noch von der Gewährleistung der Lastenfreistellung durch Vorliegen der Löschungsunterlagen

<sup>1</sup> *Brambring* in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage 2000, A I Rdnr. 180; *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Rdnr. 506.

<sup>2</sup> *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 242, 250.

<sup>3</sup> *Brambring* in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 180; zu den Vor- und Nachteilen beider Verfahren auch *Amann*, MittBayNot 2001, 150 ff.

<sup>4</sup> *Brambring* in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 180.

<sup>5</sup> Zum Ganzen: *Brambring*, Festschrift für Horst Hagen 1999, S. 251 ff.

<sup>6</sup> *Ertl*, MittBayNot 1992, 102; *Weser*, MittBayNot 1993, 253.

seitens der eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger abhängig gemacht werden.<sup>7</sup> Meist benötigt man Teile des Kaufpreises, um die eingetragenen Gläubiger zu befriedigen. In den Kaufvertrag wird dazu eine Bestimmung aufgenommen, wonach der Käufer berechtigt ist, die eingetragenen Belastungen in Anrechnung auf den Kaufpreis abzulösen. Die Fälligkeit des Kaufpreises wird von einer Mitteilung des Notars abhängig gemacht, nach der ihm die Lösungsunterlagen vorliegen und der Kaufpreis ausreicht, um die von den Gläubigern geforderten Ablöseforderungen zu erfüllen.<sup>8</sup> In Bauträgerverträgen gebieten §§ 3, 7 MaBV und die HausbauVO darüber hinaus zwingend die dort genannten Sicherungen des Erwerbers vor Zahlung der Kaufpreistraten nach dem Baufortschritt.

## II. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7.6.2001

Eine solche Vertragsabwicklung ist seit Jahren übliches notarielles Handwerk. Für den Bereich des Bauträgervertrages wurde diese Praxis nunmehr durch das Urteil des 7. Senats des Bundesgerichtshofs vom 7.6.2001 in Frage gestellt.<sup>9</sup> Dessen erster Leitsatz lautet wie folgt:

*„Die folgende Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgervertrags: ‚Der antretende Notar wird angewiesen, den Antrag auf Umschreibung des Eigentums erst dann zu stellen, wenn der in bar zu entrichtende Kaufpreis voll gezahlt ist.‘ benachteiligt den Klauselgegner hinsichtlich der Pflicht zur Vorleistung unangemessen und ist daher wegen eines Verstoßes gegen das AGB-Gesetz unwirksam.“<sup>10</sup>*

Der Entscheidung lag eine Klage eines Erwerbers einer Doppelhaushälfte auf Eigentumsumschreibung zu Grunde. Die Kläger zahlten den Erwerbspreis bis auf einen Restbetrag von 23.000,00 DM, um den der Restkaufpreis zu mindern sei. Der Bundesgerichtshof führte aus, dass, falls sich bei der erneuten Verhandlung herausstellen sollte, dass keine Mängel vorliegen, das Berufungsgericht die Wirksamkeit der im Leitsatz formulierten Klausel zu prüfen habe. Falls es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handle, halte sie einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht stand, da durch die auferlegte Pflicht zur Vorleistung der Erwerber die Möglichkeit verliere, sein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zur Geltung zu bringen, wenn der Veräußerer nicht oder schlecht erfülle. Eine Vorleistungspflicht sei in AGB nur dann wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sei, der auch bei Abwägung mit den hierdurch für den Erwerber entstehenden Nachteilen Bestand habe. Ein solcher sei nicht ersichtlich.<sup>11</sup> Dieser Aspekt des vorgenannten Urteils ist in der Literatur bereits auf heftige Kritik gestoßen.<sup>12</sup> Unabhängig von dieser Entscheidung entbindet aber der langjährige Gebrauch einer Vertragsbestimmung den Notar nicht von der Pflicht, ihre Richtigkeit und Angemessenheit zu überprüfen.

## III. Die Vorlagesperre – eine Allgemeine Geschäftsbedingung?

Grundsätzlich ist eine unangemessene oder ungerechte Vertragsbestimmung, sofern sie nicht die Grenzen der Sittenwidrigkeit oder des gesetzlichen Verbotes überschreitet, nicht unwirksam. Voraussetzung einer verschärften Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB (früher §§ 9 ff. AGBG) wäre, dass es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB handelt. Dass auch notariell beurkundete Verträge Allgemeine Geschäftsbedingungen sein können oder als sogenannte Verbraucherverträge gemäß § 310 Abs. 3 BGB diesen gleichgestellt werden können, ist seit langem anerkannt und bedarf keiner Diskussion mehr.<sup>13</sup> Speziell für die Vorlagesperre wird dies jedoch in der Literatur teilweise für nicht möglich gehalten, da sich deren Regelungsgehalt in einer verfahrensrechtlichen Weisung an den Notar nach §§ 51 Abs. 2 und 53 BeurkG erschöpfe und sie damit nicht als Willenserklärung dem Zivilrecht zuzurechnen sei.<sup>14</sup> Notarielle Verträge enthalten neben zivilrechtlich zu qualifizierenden Vereinbarungen der Parteien auch öffentlich-rechtlich einzuordnende Weisungen der Beteiligten an den Notar. Dies wird in § 53 BeurkG deutlich: Danach besteht für den Notar grundsätzlich die Pflicht zur sofortigen Vorlage der Urkunde zur Eigentumsumschreibung, es sei denn, die Beteiligten weisen ihn anderweitig an.<sup>15</sup> Die Selbstständigkeit dieser Weisungen und die Pflicht des Notars zu deren wörtlicher Befolgung hat der BGH immer wieder betont.<sup>16</sup>

Dennoch schließt dies die Inhaltskontrolle der Vorlagesperre nicht aus. Denn einer solchen übereinstimmenden Anweisung muss zwangsläufig eine vertragliche Abrede der Parteien zu Grunde liegen. Dies ist für den Fall der Hinterlegung des Kaufpreises beim Notar allgemein anerkannt.<sup>17</sup> Es wird zwischen der verfahrensrechtlichen Verwahrungsanweisung an den Notar einerseits und der privatrechtlichen Verwahrungvereinbarung der Beteiligten andererseits unterschieden. Derartige Vereinbarungen hat die Rechtsprechung auch schon früher der AGB-Kontrolle unterworfen, da mit der Regelung der Voraussetzungen der Hinterlegung und der Auszahlungsreife an den Empfänger Vertragspflichten der Beteiligten, deren Fälligkeit und deren Erfüllung bestimmt werden.<sup>18</sup> Gleiches muss auch für die Vorlagesperre gelten. Ohne eine entsprechende Vereinbarung der Beteiligten kann eine übereinstimmende Weisung an den Notar nicht zustande kommen. Die Vereinbarung, wann der Notar die Eigentumsumschreibung zu beantragen hat, regelt den Zeitpunkt der Erfüllung der Übereignungspflicht des Veräußerers und enthält damit zugleich einen privatrechtlichen Regelungsgehalt hinsichtlich der Erfüllung der wesentlichen Leistungspflicht des Verkäufers.<sup>19</sup> Die Vereinbarung einer Vorlagesperre kann daher grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen.

<sup>7</sup> Im Einzelnen dazu: *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 478 ff. und 542 ff.

<sup>8</sup> *Reithmann/Albrecht* (FN 6), Rdnr. 542.

<sup>9</sup> BGH NJW 2002, 140 = DNotZ 2002, 42.

<sup>10</sup> BGH NJW 2002, 140.

<sup>11</sup> BGH NJW 2002, 140, 141.

<sup>12</sup> *Fabis*, ZfIR 2002, 177; *Litzenburger*, RNotZ 2002, 51; einschränkend *Basty*, DNotZ 2002, 44.

<sup>13</sup> *Wolf*, § 4 Aufl., § 1 EGBG Rdnr. 20; *Ulmer*, 9. Aufl., § 1 AGBG Rdnr. 69.

<sup>14</sup> *Fabis*, ZfIR 2002, 177, 179; zweifelnd auch *Litzenburger*, RNotZ 2002, 51 und *Basty*, DNotZ 2002, 44, 45.

<sup>15</sup> *Fabis*, ZfIR 2002, 177, 179; *Keidel/Winkler*, BeurkG 14. Auflage 1999, § 53 Rdnr. 20.

<sup>16</sup> BGH DNotZ 2001, 856.

<sup>17</sup> BGH WM 2000, 193, 195; BGH DNotZ 2001, 856, 857; *Keidel/Winkler*, vor § 54 a BeurkG Rdnr. 7.

<sup>18</sup> BGH DNotZ 1985, 287; BGH DNotZ 2001, 856, 857.

<sup>19</sup> So auch *Litzenburger*, RNotZ 2002, 51.

#### IV. Kontrollfreiheit nach § 307 Abs. 3 BGB (früher § 8 AGBG)?

Gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB wäre die Vorlagesperre gar nicht kontrollfähig, wenn sie keine von Rechtsvorschriften abweichenden oder ergänzenden Regelungen enthalten würde, sondern nur deklaratorisch bestimmte, was kraft Gesetz ohnehin gilt.<sup>20</sup> Gemäß § 320 Abs. 1 S. 1 BGB kann derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Die Vorlagesperre könnte damit lediglich das ausdrücken, was diese Vorschrift ohnehin sagt, nämlich, dass der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises die Umschreibung des Eigentums verweigern darf. Die Vorschrift des § 307 Abs. 3 BGB ist jedoch eng auszulegen. Keine deklaratorischen, sondern Rechtsvorschriften ergänzende Klauseln liegen vor, wenn in den AGB von Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht wird, die das Schuldrecht den Vertragsparteien offen lässt.<sup>21</sup> Auch wenn die Vorlagesperre gerade eine Ausgestaltung der Zug-um-Zug-Abwicklung sein sollte, so stehen doch zur Durchführung eines § 320 BGB entsprechenden Leistungsaustausches noch andere Wege zur Verfügung. Sie gilt damit nicht ipso iure, so dass sie insofern keine bloß deklaratorische, nicht der AGB-Kontrolle unterliegende Vertragsklausel darstellt. Für den Bereich des Mobiliarkaufvertrages hat beispielsweise die Rechtsprechung den in Einkaufsbedingungen vorgesehenen Ausschluss des Eigentumsvorbehalts für kontrollfähig erachtet, weil das Gesetz die Wahl zwischen bedingter und unbedingter Übereignung der Kaufsache lasse. Die Ausschlussklausel wiederhole deshalb nicht schlicht die gesetzliche Regelung, sondern regele die Rechtslage eigenständig in bestimmter Weise.<sup>22</sup>

#### V. Das Wesen der Zug-um-Zug-Abwicklung

##### 1. Rechtsfolgen der Zug-um-Zug-Abwicklung und der Vorleistungspflicht

Für die Inhaltskontrolle der Klausel spielt eine wesentliche Rolle, ob sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, zu vereinbaren ist. Andernfalls wäre gemäß § 307 Abs. 2 S. 1 BGB im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen. Für die Inhaltskontrolle stellt es damit einen maßgeblichen Gesichtspunkt dar, ob die Vorlagesperre eine Vorleistungspflicht begründet oder sich im Rahmen des Leistungsaustauschs nach dem Leitbild der Zug-um-Zug-Abwicklung nach §§ 320, 322 BGB hält. Denn die Vorleistungspflicht eines Teiles führt über die bloße zeitliche Komponente hinaus zu erheblichen Rechtsnachteilen:

- Gemäß § 320 Abs. 1 S. 1 BGB steht dem Vorleistungspflichtigen für seine Leistung kein Leistungsverweigerungsrecht bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu.
- Nur bei einer Leistungspflicht Zug um Zug kann der Schuldner den Gläubiger auch ohne ein unbedingtes Leistungsangebot in Annahmeverzug setzen, § 298 BGB<sup>23</sup>. Wer zur Vorleistung verpflichtet ist, hat dagegen ein vorbehaltloses Angebot gemäß § 294 BGB zu unterbreiten.

- Der Vorleistungspflichtige kann den anderen Teil nicht ohne Erbringung seiner eigenen Leistung in Leistungsverzug setzen: Vorher fehlt die Fälligkeit. Wer nur gegen eine Leistung des Gläubigers zur Erbringung seiner Leistung verpflichtet ist, kann dagegen bereits durch Mahnung und ein Angebot der Gegenleistung den anderen Teil mit dessen Leistungspflicht in Verzug setzen. Damit verhindert er auch gleichzeitig den eigenen Leistungsverzug.

- Schließlich muss der Vorleistungspflichtige auch nach § 322 Abs. 2 BGB zumindest bereits den Annahmeverzug des anderen Teils herbeiführen, um auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen zu können: Dabei ist zu beachten, dass § 298 BGB nicht anwendbar ist, so dass der leistungswillige Vorleistungsberechtigte nicht bereits durch die vorbehaltlose Forderung seiner Leistung mit der Gegenleistung in Annahmeverzug gerät. Der Vorleistungspflichtige muss dagegen die Leistung bedingungslos so anbieten, dass der andere Teil nur noch zuzugreifen braucht.<sup>24</sup> Dem gegenüber hat bei Zug-um-Zug-Abwicklung der Annahmeverzug erst in der Zwangsvollstreckung Bedeutung, die nach §§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2 BGB, §§ 756, 765 ZPO erst nach Annahmeverzug beginnen darf, wenn der Schuldner mit der Gegenleistung im Verzug der Annahme ist.

Das System der §§ 274, 320, 322 BGB ermöglicht daher zum einen auf der passiven Seite, dass kein Teil seine Leistung ohne die Sicherheit aus der Hand geben muss, auch die Gegenleistung zu erhalten. Für den aktiven Teil gewährleistet sie andererseits, dass er durch das Angebot der Leistung und die dadurch mögliche Klage durch Erhalt eines Zug-um-Zug-Titels die Pattsituation auflösen kann.<sup>25</sup>

##### 2. Abgrenzung zur Vorleistungspflicht

Eine Abgrenzung zwischen Leistungsabwicklung Zug-um-Zug einerseits und Vorleistungspflicht andererseits erscheint zunächst einfach:

Das Einrederecht des § 320 BGB besteht nur bis zur Erbringung der Gegenleistung,<sup>26</sup> daher setzt die Zug-um-Zug-Abwicklung die Pflicht zur gleichzeitigen Leistungserbringung voraus.<sup>27</sup> Da damit aber beide Leistungen blockiert würden, ist dieses Erfordernis einschränkend auszulegen: Das Einrederecht besteht nur so lange, bis die andere Partei alle Leistungshandlungen erbracht hat, der Leistungserfolg braucht noch nicht eingetreten zu sein.<sup>28</sup> Aber auch die Gleichzeitigkeit der Leistungshandlungen kann in der Praxis nur bei einfachen Bargeschäften hergestellt werden, und selbst hier nur, wenn für beide Leistungen der gleiche Leistungsort vereinbart worden ist.<sup>29</sup> Bei komplizierteren Rechtsgeschäften, wie dem Grundstückskaufvertrag, ist dies erheblich schwieriger, bei anderen Geschäften überhaupt nicht durchführbar.<sup>30</sup> Das Erfordernis der Gleichzeitigkeit muss daher dem Sinn und Zweck entsprechend weiter ausgelegt werden. Bereits der Kommentar von *Planck/Siber* aus dem Jahr 1914 beschreibt dies folgendermaßen:

„Das Erfordernis der Gleichzeitigkeit ist nicht Selbstzweck, sondern soll nur verhüten, daß ein Teil die Leistung ohne die

<sup>20</sup> Vgl. *Ulmer/Brandner*, AGB-Gesetz, 9. Auflage, § 8 AGBG Rdnr. 30 f.

<sup>21</sup> *Ulmer/Brandner*, § 8 AGBG Rdnr. 33 m. w. N.

<sup>22</sup> BGHZ 78, 305 = NJW 1981, 280.

<sup>23</sup> *Planck/Siber*, 4. Aufl. § 274 Anm. 1.

<sup>24</sup> *Staudinger/Löwisch* (Bearb. 1994) § 294 Rdnr. 11.

<sup>25</sup> *Zoller*, Vorleistungspflicht und AGB-Gesetz, 1980, S. 105.

<sup>26</sup> *Staudinger/Otto*, Bearbeitung 2000, § 320 Rdnr. 22.

<sup>27</sup> *Oesterle*, Die Leistung Zug-um-Zug, 1980, S. 31 ff.

<sup>28</sup> *Huber*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, Band 1, S. 809, 819; *Staudinger/Otto*, Rdnr. 22; *Soergel/Huber*, 12. Auflage, § 433 BGB, Rdnr. 151.

<sup>29</sup> *Planck/Siber*, § 274 Anm. 1/Oesterle, S. 33.

<sup>30</sup> *Planck/Siber*, § 274 Anm. 1.

Sicherheit aus der Hand geben muß, die versprochene Gegenleistung entweder sofort oder doch nur mit einem Zeitaufschub zu erhalten, mit dem nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte jeder Gläubiger zu rechnen hat.<sup>31</sup> Das Wesen der Leistung Zug-um-Zug darf nicht darin gefunden werden, daß die Leistungstätigkeit beider Teile gleichzeitig stattfinden müßte. Ist Austausch einer Augenblicksleistung gegen eine zeitraubende Leistung geschuldet, so muß ein Teil erheblich früher tätig werden als der andere, und es ist doch Zug-um-Zug zu leisten.<sup>32</sup>

Dieser Aussage ist auch im Jahr 2002 nichts hinzuzufügen. Daraus ergibt sich die Abgrenzung zur Vorleistungspflicht: Letztere besteht immer dann, wenn eine Partei eine Leistungshandlung vornehmen muss, ohne gleichzeitig sicher zu sein, dass sie die versprochene Gegenleistung auch wirklich erhält.<sup>33</sup>

## VI. Die Abwicklung Zug um Zug beim Grundstückskaufvertrag

Die strenge Zug-um-Zug-Abwicklung stößt beim Grundstückskaufvertrag auf erhebliche Probleme:

Hinsichtlich der Übergabe lässt sie sich noch durchführen durch Schlüsselübergabe gegen Barzahlung. Aber selbst das funktioniert nur, wenn aus dem Kaufpreis kein im Grundbuch eingetragener Gläubiger abgelöst werden muss, da in diesem Fall ein Teil des Kaufpreises nicht dem Verkäufer, sondern dem eingetragenen Gläubiger zufließen muss.

Die Übereignung ist jedoch ein nach §§ 873, 925 BGB aus Auffassung mit Eintragung bestehender zeitlich gestreckter Vorgang.<sup>34</sup> Nach einer Auffassung entspricht es dem Grundgedanken des § 320 BGB am ehesten, dem Verkäufer, soweit nichts anderes vereinbart ist, zu gestatten, die Auflassung von der gleichzeitigen Zahlung des Kaufpreises abhängig zu machen, und umgekehrt dem Käufer zu gestatten, die Zahlung des Kaufpreises von der Auflassung und zusätzlich davon, dass der Verkäufer nicht übernommene Belastungen beseitigt, abhängig zu machen.<sup>35</sup> Doch gesichert kann sich der Käufer bei dieser Verfahrensweise nicht fühlen, da die bloße Auflassungserklärung ihn noch nicht vor beeinträchtigenden Grundbucheintragungen schützt: Denn nach §§ 17, 45 GBO hat der Grundbuchbeamte bekanntlich konkurrierende Anträge nach dem Zeitpunkt der Antragstellung und nicht nach dem der Beurkundung der Einigung zu bearbeiten. Nach anderer Meinung muss die Zahlung durch den Käufer im Augenblick der Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt erfolgen, sofern der Käufer sich davon überzeugt habe, dass keine Eintragungshindernisse und keine Hindernisse des lastenfreien Erwerbes vorliegen.<sup>36</sup> Doch diese Verfahrensweise versagt, abgesehen davon, dass derartige Treffen beim Grundbuchamt praktisch kaum durchführbar sind, jedenfalls auch, wenn der Verkäufer den Kaufpreis – wie meistens – zur Ablösung grundbuchlich gesicherter Belastungen benötigt und diese nicht aus seinen bereits zur Verfügung stehenden Mitteln befriedigen kann: Die Gläubiger werden einer Vorlage der Lösungsunterlagen dann beim Grundbuchamt erst nach Erhalt des zur Ablösung benötigten Kaufpreisteiles zustim-

men. Vereinzelt wurde in der Rechtsprechung die Ansicht vertreten, der Käufer dürfe den Kaufpreis so lange zurück halten, bis seine Eintragung als Eigentümer erfolgt sei.<sup>37</sup> Dass bei dieser Verfahrensweise der Verkäufer das Vorleistungsrisiko trägt, braucht aber nicht näher erläutert zu werden. Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass eine Zug-um-Zug-Abwicklung im strengen Sinne beim Grundstückskaufvertrag ohne Einschaltung eines unabhängigen Treuhänders praktisch nicht durchzuführen ist.<sup>38</sup> Dies indiziert bereits, dass die notariellen Sicherungsmechanismen der Zielsetzung der Durchführung der Zug-um-Zug-Erfüllung dienen. Offen bleibt, ob sie diesem Zweck auch immer gerecht werden.

## VII. Rein verfahrensrechtliche Vorlagesperre?

Bei üblicher notarieller Abwicklung der Grundstückskaufverträge unter Einbeziehung der Vorlagesperre erfolgt die Eigentumsumschreibung erst nach der Zahlung des Kaufpreises. Nach einer vertretenen Auffassung soll diese verfahrensrechtliche Weisung an den Notar jedoch die zivilrechtliche Ausgestaltung der Leistungspflichten unberührt lassen.<sup>39</sup> *Basty* schlägt vor, die ausdrückliche Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises im Vertrag vorzusehen. Die Weisung an den Notar zur Umschreibung erst nach Zahlung des Kaufpreises sei völlig unabhängig davon zu sehen. Ziel dieser Regelung ist ersichtlich die Ermöglichung einer Klage des Käufers auch auf Zug-um-Zug-Verurteilung nach § 322 Abs. 1 BGB, ohne seinerseits den Kaufpreis zahlen zu müssen, trotz der Vorlagesperre in jedem Fall zu ermöglichen.<sup>40</sup> Sofern sich die Vorlagesperre noch im Rahmen einer Zug-um-Zug-Abwicklung befindet, ist diese Vertragsgestaltung sicherlich möglich. Dies entbindet jedoch nicht von der Prüfung, ob dies der Fall ist. Denn eine völlige Reduzierung der Vorlagesperre auf ihren verfahrensrechtlichen Gehalt völlig unabhängig von den materiellen Leistungspflichten ist, wie oben dargestellt wurde,<sup>41</sup> nicht möglich. Widerspricht die geschuldete Vertragsabwicklung dem Grundsatz des § 320 BGB, würde der Vertrag durch den Hinweis auf die Zug-um-Zug-Abwicklung widersprüchlich. Auch der Weg, trotz einer tatsächlich bestehenden Vorleistungspflicht die Klagemöglichkeit nach § 322 Abs. 1 BGB mit dem Ziel, eine Zug-um-Zug-Verurteilung zu ermöglichen, ist meines Erachtens nach nicht gangbar: Denn es handelt sich insofern um eine prozessuale und nicht um eine materiellrechtliche Vorschrift, die damit nicht der Disposition der Parteien unterliegt.<sup>42</sup>

## VIII. Die Vorlagesperre im Rahmen der Zug-um-Zug-Abwicklung

Eine an Sinn und Zweck der § 320 und 322 orientierte Auslegung führt dazu, dass eine Abwicklung des Grundstückskaufvertrags in einzelnen Schritten, wie es in der notariellen Praxis üblich ist, sich noch im Rahmen der Zug-um-Zug-Abwicklung bewegt, wenn keine Partei sich endgültig ihrer Leistungspflicht begibt, ohne sicher zu sein, auch die Gegenleistung zu erhalten. Die bereits erklärte Auflassung des Verkäufers ist im engen Sinne Vorleistung, aber durch die Überwa-

<sup>31</sup> *Planck/Siber*, § 274 Anm. 1.

<sup>32</sup> *Planck/Siber*, § 274 Anm. 1.

<sup>33</sup> *Staudinger/Otto*, § 320 Rdnr. 3; *Zoller*, Vorleistungspflicht und AGB-Gesetz, 1980, S. 20.

<sup>34</sup> *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 1, 1999, § 16 II 2.

<sup>35</sup> *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 1, 1999, § 16 II 2.

<sup>36</sup> *Oesterle*, S. 34 f.

<sup>37</sup> OLG Oldenburg, DNotZ 1987, 369.

<sup>38</sup> *Oesterle*, S. 47.

<sup>39</sup> *Basty*, DNotZ 2002, 44, 47.

<sup>40</sup> *Basty*, DNotZ 2002, 44, 47; ähnlich *Hertel*, DNotI-Report 2001, Rdnr. 192.

<sup>41</sup> Siehe oben III.

<sup>42</sup> *Staudinger/Otto*, § 322 BGB Rdnr. 1.

chung der Umschreibung seitens des Notars sozusagen suspendiert, indem sich der Verkäufer darauf verlassen kann, dass der Leistungserfolg erst nach Erhalt der Gegenleistung eintritt. Umgekehrt weiß der Käufer, dass, wenn er zahlt, er erstens durch eine Vormerkung und das Vorliegen der Lastenfreistellungsunterlagen beim Notar gesichert ist und zweitens in absehbarer Zeit mit dem Eigentumserwerb zu rechnen ist. Doch auch bei wertender Betrachtung des Gleichzeitigkeitserfordernisses im Rahmen der Zug-um-Zug-Abwicklung hält sich eine Gestaltung dann nicht mehr in diesem Rahmen, wenn eine Partei ihre Leistungspflicht vollständig erfüllt hat und die andere Partei ihren Leistungserfolg danach noch verhindern kann.

Unproblematisch erscheinen Klauseln, nach denen die Umschreibung nur vom Nachweis der Kaufpreiszahlung abhängig sein soll. Hier hat es der Käufer selbst in der Hand, mit der Zahlung die Eigentumsumschreibung herbeizuführen. Im Moment der Leistungserbringung, nämlich der Zahlung, ist zugleich der alsbaldige Erhalt des Eigentums gewährleistet.<sup>43</sup>

Eine Vorleistungspflicht des Käufers könnte aber dann bestehen, wenn die Vorlagesperre so ausgestaltet ist, dass trotz vollständiger Zahlung die Eigentumsverschaffung danach noch von der Zustimmung des Verkäufers abhängig sein soll, ein Beweis der Zahlung allein dem Erwerber also noch keinen Eigentumserwerb ermöglicht. Denn in diesem Fall nimmt er die Leistungshandlung vor und führt sogar den Leistungserfolg herbei, bevor der Verkäufer die letzte notwendige Leistungshandlung erbracht hat. Im Fall der Weigerung, beispielsweise aus Böswilligkeit oder wegen eines vermeintlichen Zurückbehaltungsrechtes wegen möglicher Verzugszinsen, ist der Käufer gezwungen, den Klageweg zu beschreiten, obwohl er seinerseits voll geleistet hat. Andererseits spricht gegen eine Vorleistungspflicht, dass die Durchsetzung der Eigentumsverschaffung wegen der Vormerkung nicht von dritter Seite vereitelt werden kann.

## IX. Leistungsstörungen und Zurückbehaltungsrechte

Die Abwicklung des Kaufvertrages unter Verwendung der Vorlagesperre weicht im Fall der Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten des Käufers nicht vom Zug-um-Zug-Prinzip ab: Mindert der Käufer, steht ihm materiellrechtlich der Eigentumsverschaffungsanspruch Zug um Zug gegen Zahlung des geminderten Kaufpreises zu, § 441 Abs. 3 BGB. Bestreitet der Verkäufer die Berechtigung der Minderung, so erhält der Käufer sein Eigentum erst nach gerichtlicher Klärung dieser Frage. Auch ist erst dann entschieden, wer von beiden durch seine Verweigerung der Leistung in Verzug bzw. mit der Gegenleistung in Annahmeverzug geraten ist. Die gegenseitige Blockade wird erst im Zwangsvollstreckungsverfahren des Zug-um-Zug-Urteiles aufgelöst.

Daran ändert die Einschaltung des Notars nichts. Er kann nicht die Berechtigung der Minderung prüfen und kann im Fall der Geltendmachung der Minderung die Umschreibung im Grundbuch daher nicht herbeiführen, bis die Berechtigung der Minderung gerichtlich geklärt ist. Macht der Käufer wegen Mängeln lediglich ein Zurückbehaltungsrecht geltend, so bleibt die Abwicklung ohnehin in der Schwebe, da sich der Nacherfüllungsanspruch und die Kaufpreiszahlungspflicht synallagmatisch gegenüber stehen, so dass ebenfalls wieder § 320 BGB zur Anwendung kommt. Die automatische Um-

schreibung gegen Kaufpreiszahlung verschafft dem Käufer sogar mehr Rechte als eine strenge Gleichzeitigkeit, wenn der Verkäufer die Umschreibung von der Zahlung von Verzugszinsen abhängig machen möchte. Eine weit verbreitete Praxis sieht vor, dass diese bei der Vorlagesperre unberücksichtigt bleiben, um die Abwicklung zu erleichtern, da dem Notar aufgrund seiner beschränkten Erkenntnismöglichkeiten eine Prüfung ihrer Berechtigung nicht möglich ist.<sup>44</sup> Insofern trägt der Verkäufer das Vorleistungsrisiko für eventuelle Verzugszinsen. Im Sinne einer wertenden Betrachtung wird dadurch jedoch nicht die vorzeitige Erklärung der Auflassung des Verkäufers zu einer Vorleistung. Denn durch die Überwachungs-tätigkeit des Notars ist immerhin der Erhalt der Hauptleistung gewährleistet.

In Anbetracht dieser Folgen beim Eintritt von Leistungsstörung erscheint aber auch die von der Zustimmung des Verkäufers abhängige Vorlagesperre in anderem Licht: Diese Klausel schafft insofern sogar Waffengleichheit zwischen den Beteiligten: Meint der Käufer, er habe ein Zurückbehaltungsrecht, so ist der Verkäufer auf den Klageweg angewiesen. Genauso muss aber auch der Käufer klagen, wenn er meint, dass der Verkäufer den Vollzug der Auflassung wegen angeblicher Ansprüche auf Verzugszinsen zurückbehalte.<sup>45</sup> Es spricht daher einiges dafür, auch derartige Gestaltungen noch im Rahmen der Zug-um-Zug-Erfüllung anzusehen. Es handelt sich insofern um einen Grenzfall, da der Käufer immerhin seine Hauptleistung vollständig aus der Hand gibt, und der Eigentumserwerb zwar abgesichert ist, er diesen aber klageweise geltend machen muss.

## X. Vorleistungspflichten und AGB-Kontrolle

### 1. Zug-um-Zug-Erfüllung als wesentlicher Grundgedanke des Schuldrechts

Selbst soweit man der Auffassung ist, eine Vorlagesperre begründe im Einzelfall eine Vorleistungspflicht, führt dies nicht zwangsläufig zu ihrer Unzulässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Denn obwohl der Vorleistungspflichtige sein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB verliert, ist nach heute fast einhelliger Auffassung das absolute Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit des § 309 Nr. 2 a BGB auf Vorleistungsklauseln nicht anwendbar.<sup>46</sup> Die Inhaltskontrolle erfolgt vielmehr nach der Generalklausel des § 307 BGB. Nach der Rechtsprechung ist eine Vorleistungsklausel dann wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, der auch bei Abwägung über den hierdurch für den Kunden entstehenden Nachteil Bestand hat.<sup>47</sup> Die überwiegende Meinung sieht allerdings in der Zug-um-Zug-Erfüllung gegenseitiger Verträge einen wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.<sup>48</sup> Danach wird mit der Regelung des § 320 BGB ein doppelter Zweck verfolgt:

a) Im Vordergrund steht seine Funktion, dem von dem anderen Teil in Anspruch genommenen Schuldner einen Rechtsbehelf zu verleihen, seinerseits auf den Gläubiger Druck aus-

<sup>44</sup> DNotI-Report 1997, 109 ff.

<sup>45</sup> Wolfsteiner, DNotI-Report 1997, 112.

<sup>46</sup> BGHZ 100, 158, 161; BGHZ 119, 152; *Ulmer/Hensen*, § 11 Nr. 2 AGBG Rdnr. 11; *Palandt/Heinrichs*, § 11 AGBG Rdnr. 11a; a.A. MünchKomm/Basedow, § 11 Nr. 2 AGBG, Rdnr. 11.

<sup>47</sup> BGH NJW 1985, 850; BGHZ 141, 108, 114.

<sup>48</sup> BGHZ 141, 108, 114; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 AGBG Rdnr. V 82; *Zoller*, Vorleistungspflicht und AGB-Gesetz 1986, S. 120, 131.

<sup>43</sup> *Oesterle*, S. 46.

zuüben, nun ebenfalls die von ihm geschuldete Gegenleistung zu erbringen.

b) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat außerdem eine Sicherungsfunktion, da sie gewährleisten soll, dass der Schuldner zur Erbringung seiner Leistung nicht ohne Erhalt der Gegenleistung gezwungen werden kann.<sup>49</sup>

## 2. Vorleistungspflicht des Grundstückserwerbers

Die Sicherungsfunktion der Zug-um-Zug-Abwicklung wird durch die Vorlagensperre nicht tangiert, da der Käufer gegen Insolvenz- und Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Verkäufer durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung gesichert ist.<sup>50</sup> Tangiert ist aber möglicherweise die Funktion, Druck auf den anderen Teil auszuüben: Begründet die Klausel eine Vorleistungspflicht des Käufers, so ist damit automatisch die aktive Durchsetzung des Eigentumsverschaffungsanspruches erschwert. Eine Klage des Vorleistungspflichtigen setzt gemäß § 322 Abs. 2 BGB voraus, dass er vorab den anderen Teil in Annahmeverzug gesetzt hat.<sup>51</sup> Er muss ihm die Leistung gemäß § 294 BGB tatsächlich so anbieten, dass Letzterer nur noch zugreifen muss. Vorher wäre seine Klage mangels Fälligkeit des Anspruches unbegründet. Macht er nun beispielsweise geltend, der Kaufpreis habe sich durch Minderung reduziert und wird dies vom Verkäufer bestritten, so besteht im Rahmen der Erfüllungsklage immer die Gefahr, dass er zu wenig angeboten hat und seine Klage damit selbst unbegründet macht oder aber, dass er zu viel anbietet und so das Rückforderungsrisiko im Falle des Erfolges der Minderung trägt. Bei einer Erfüllung Zug-um-Zug erhält er dagegen auch ohne ein vorbehaltloses Angebot ein Urteil nach § 322 Abs. 1 BGB und es ist bereits gerichtlich geklärt, inwieweit der Kaufpreisanspruch durch Minderung oder Aufrechnung wegen Schadensersatzansprüchen reduziert ist. Der Käufer hat Gewissheit, wie viel er im Zwangsvollstreckungsverfahren nach §§ 756, 765 ZPO anbieten muss, um die Eigentumsumschreibung durchzusetzen. Macht der Käufer dagegen nur passiv die Einrede der Minderung wegen Sachmängeln geltend, so schafft die Vorleistungspflicht keine Schlechterstellung gegenüber der Zug-um-Zug-Abwicklung. Auch der vorleistungspflichtige Käufer ist nur zur Zahlung des geminderten Kaufpreises verpflichtet, wobei bis zur endgültigen Entscheidung über die Minderung der Vollzug der Auflassung gesperrt bleibt. Der Verkäufer muss, wenn er die Berechtigung der Minderung bestreitet, entweder auf Erfüllung klagen oder zurücktreten und dabei die Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung gerichtlich erstreiten.

## XI. Unterschiede zwischen Kauf- und Bauträgervertrag

Dies sind die Konsequenzen beim Bauträgervertrag und beim Kaufvertrag. Aus § 640 BGB ergeben sich für den Bauträgervertrag keine Besonderheiten. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Errichtung des Gebäudes gilt zwar nach herrschender Meinung Werkvertragsrecht und damit gelten auch die §§ 640, 641, 646 BGB, die eine Vorleistungspflicht des Unternehmers vorsehen.<sup>52</sup> Hieraus sind für die obige Problematik aber keine Besonderheiten abzuleiten, da die Vorleistungspflicht des Unternehmers allein die Herstellung des Werkes und nicht dessen Ablieferung betrifft. Diese ist Zug um Zug mit der

Zahlung des Werklohnes geschuldet.<sup>53</sup> Eine unterschiedliche Beurteilung für die Inhaltskontrolle gebietet jedoch die typische Interessenlage beim Bauträgervertrag einerseits gegenüber dem Kaufvertrag andererseits. Der Kaufvertrag über eine Immobilie ist typischerweise durch eine relativ schnelle Abwicklung gekennzeichnet und wegen des typischen Ausschlusses der Haftung für Sachmängel bleiben Mängleinreden gegen die Kaufpreisforderung die Ausnahme. Der Nachteil bei der Durchsetzung des Übereignungsanspruches, den der Vorleistungspflichtige aufgrund der Vorschrift des § 322 Abs. 2 BGB hat, wirkt sich damit nicht derart gravierend aus und wird durch entsprechende Sicherheiten, wie beispielsweise die Eintragung einer Auflassungsvormerkung, kompensiert. Beim Bauträgervertrag, bei dem zwischen Vertragsabschluss und Übereignung oftmals die gesamte Herstellungsphase liegt, besteht ein deutlich höheres Risiko, dass Zurückbehaltungsrechte einer Vertragspartei die weitere Durchführung auf Jahre blockieren. Dieser Stillstand kann risikoneutral nur durch eine Klage auf Zug-um-Zug-Erfüllung beseitigt werden. Der Erwerber hat daher ein elementares Interesse an dem Zug-um-Zug-Urteil, ohne vorher die Leistung unbedingt anbieten zu müssen. Hier sind Klauseln, die eine Vorleistungspflicht des Bauträgers begründen, mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 320 BGB, von der abgewichen wird, nicht vereinbar. Sie verstoßen damit gegen § 307 BGB.

## XII. Folgen einer möglichen Unwirksamkeit für die Abwicklung laufender Verträge

Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam, so richtet sich gemäß § 306 Abs. 2 BGB der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften. Es gilt damit ohne weiteres § 320 BGB. Danach besteht insofern ein Anspruch des Käufers auf Verurteilung des Verkäufers zur Eigentumsumschreibung Zug um Zug gegen vollständige Kaufpreiszahlung. Verfahrensrechtlich fragt sich aber, welche Auswirkung dies auf die Beachtlichkeit der an den Notar gerichteten Anweisung hat. Entfiele die verfahrensrechtliche Weisung mit der Unwirksamkeit der zugrunde liegenden Vereinbarung, so wäre der Notar zur Umschreibung verpflichtet: Denn dann würde wieder die Pflicht zur sofortigen Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt gemäß § 53 Abs. 1 BeurkG zur Geltung gelangen.<sup>54</sup> Es ist anerkannt, dass der Notar unter besonderen Voraussetzungen den Vollzug einer gemeinsamen Weisung der Parteien aussetzen muss, wenn ihm Umstände bekannt sind, aus denen sich mit einem hohen Wahrscheinlichkeitsgrad die Unwirksamkeit des zu vollziehenden Vertrages ergibt. In diesen Fällen hat der Notar nach der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ausnahmsweise seine Tätigkeit nach § 14 Abs. 2 BNotO zu verweigern, damit nicht durch seine Mitwirkung die Unrichtigkeit des Grundbuchs oder des Registers eintritt.<sup>55</sup> Ein solcher Sachverhalt liegt vor, wenn ein Beteiligter einen ausreichend substantiierten und glaubhaften Sachverhalt vorträgt, der einen Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund des zu vollziehenden Vertrages als nahe liegend und offensichtlich gegeben erscheinen lässt und der andere Beteiligte dies nicht substantiiert widerlegen kann.<sup>56</sup>

<sup>49</sup> MünchKomm/Emmerich, § 320 Rdnr. 2; BGH NJW 1985, 850; BGHZ 141, 108.

<sup>50</sup> So auch Fabis, RNotZ 2002, 17, 180.

<sup>51</sup> Staudinger/Otto, § 322 Rdnr. 18.

<sup>52</sup> Basty, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 5 m.w.N.

<sup>53</sup> Staudinger/Peters, § 640 Rdnr. 3; Zoller, S. 83; RGZ 171, 287, 301.

<sup>54</sup> Unzutreffend daher LG Bonn RNotZ 2002, 191.

<sup>55</sup> OLG Hamm, MittRhNotK 1994, 183; BayObLG ZNotP 1998, 388; BayObLG MittBayNot 1988, 198; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO, BeurkG Rdnr. 12.

<sup>56</sup> Eylmann/Vaasen/Limmer, § 53 BeurkG Rdnr. 12.

Solange diese Voraussetzungen nicht vorliegen, hat der Notar die übereinstimmende Weisung der Beteiligten zu beachten und ein einseitiger Widerruf ist für ihn unbeachtlich.<sup>57</sup> Mit der Unwirksamkeit der einzelnen Klausel nach § 307 BGB ist jedoch noch nicht das gesamte zugrunde liegende Vertragsverhältnis unwirksam, sondern der Vertrag bleibt nach der ausdrücklichen Regelung des § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam. Die Weisung bleibt daher weiterhin beachtlich.<sup>58</sup>

### XIII. Konsequenzen für die Zulässigkeit einzelner Gestaltungen

#### 1. Vorlagesperre

Alle Vertragsgestaltungen, die sich im Rahmen der Zug-um-Zug-Abwicklung der §§ 320, 322 BGB halten, sind damit auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl beim Kaufvertrag wie auch beim Bauträgervertrag zulässig. Dies ist in jedem Fall für solche Gestaltungen zu bejahen, die die Eigentumsumschreibung auch bei bloßem Nachweis der Kaufpreiszahlung ohne weitere Zustimmung des Verkäufers ermöglichen. Entgegen der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 7.6.2002 enthielt auch die dort beanstandete Vertragsbestimmung keine Vorleistungspflicht. Die Umschreibung des Eigentums wurde nicht ausdrücklich von der Zustimmung des Veräußerers abhängig gemacht, sondern von der Zahlung des Kaufpreises. Damit war nach dem Wortlaut der Klausel auch der Nachweis der Zahlung durch den Käufer möglich, wodurch er die Umschreibung herbeiführen konnte. Im Rahmen der Zug-um-Zug-Abwicklung hält sich auch eine Klausel, die, falls Streit über die Höhe des Kaufpreises wegen eines Minderungsverlangens des Käufers besteht, diesem die Möglichkeit gibt, durch Hinterlegung des streitigen Teiles die Eigentumsumschreibung herbeizuführen. Ohne eine ausdrückliche Vereinbarung bleibt dieser Weg jedoch wegen der Pflicht des Notars zur strikten Befolgung von Anweisungen für bereits beurkundete Verträge versperrt, sofern nicht beide Parteien in ein derartiges Verfahren einwilligen.

Auch Klauseln, nach denen die Eigentumsumschreibung von der vorherigen Zustimmung des Veräußerers abhängig machen, sind meines Erachtens zulässig, da sie die Zug-um-Zug-Abwicklung nicht ausschließen. Sieht man in derartigen Gestaltungen aber eine Vorleistungspflicht, so wären sie in Bauträgerverträgen unzulässig, da sie eine Klage auf Zug-um-Zug-Verurteilung für den Käufer ausschließen würden.

#### 2. Aussetzung der Auflassung

Die Beurteilung von Klauseln, die die Grundbuchvorlage von der Zustimmung des Verkäufers abhängig machen, ist auch auf Gestaltungen übertragbar, nach denen die Auflassung erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung erklärt werden muss: Auch hier ist einerseits der Eigentumserwerb durch Auflassungsvormerkung abgesichert, andererseits muss aber der Verkäufer eine wesentliche Erfüllungshandlung erst nach vollständiger Erfüllung seitens des Käufers vornehmen. Aus den oben<sup>59</sup> genannten Gründen bewegt sich diese Gestaltung wohl noch im Bereich der Zug-um-Zug-Abwicklung und ist daher gültig. Gegenüber der parallel ausgestalteten Vorlagesperre ergibt sich lediglich der Unterschied des höheren Kostenrisikos der Auflassungsklage gegenüber der Klage auf bloße Zustimmung zur Eigentumsumschreibung.<sup>60</sup> Ansonsten ist die Situation des Käufers bei Weigerung des Verkäufers gleich. Es verbleiben meines Erachtens aber Risiken im Hinblick darauf, dass man aus ihnen eine Vorleistungspflicht herleiten könnte, insbesondere wenn nach der Klauselformulierung die Verpflichtung zur Erklärung der Auflassung ausdrücklich erst nach Zahlung des gesamten Kaufpreises entstehen soll.<sup>61</sup>

Auch eine Vollmacht für die Mitarbeiter des Notars, die Auflassung nach Kaufpreiszahlung im Namen der Beteiligten zu erklären, ändert an dieser Problematik nichts: Im Streitfall sind die Mitarbeiter nicht verpflichtet, von einer solchen Vollmacht Gebrauch zu machen<sup>62</sup> und es empfiehlt sich schon aus Haftungsgründen, dies nicht zu tun, um keine vollendeten Tatsachen zu Lasten einer Partei zu schaffen.

#### 3. Sichere Gestaltungen im Hinblick auf § 307 BGB

In Bauträgerverträgen ist daher *Basty* zu folgen, wenn er empfiehlt, in den Vertrag eine ausdrückliche Formulierung aufzunehmen, wonach dem Käufer das Eigentum Zug um Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises zu verschaffen ist.<sup>63</sup> Weiterhin sollte dem Käufer aber auch die Möglichkeit gegeben werden, durch Nachweis der Kaufpreiszahlung ohne eine weitere Erfüllungshandlung des Veräußerers oder durch Hinterlegung des streitigen Kaufpreisteiles die Eigentumsumschreibung herbeizuführen. Eine solche Abwicklung entspricht eindeutig dem Prinzip der Leistungsabwicklung Zug um Zug der §§ 320, 322 BGB und verstößt keinesfalls gegen § 307 BGB (früher § 9 AGB-Gesetz).

Eine solche Formulierung könnte beispielsweise folgendermaßen lauten:

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das Eigentum Zug um Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises zu verschaffen. Der Notar wird angewiesen, die Umschreibung des Eigentums erst zu veranlassen, wenn ihm die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises vom Verkäufer bestätigt oder dem Notar nachgewiesen wurde, sowie bis dahin den Beteiligten keine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift dieser Urkunde mit der Auflassung zu erteilen. Der Notar überwacht nicht die Zahlung von Verzugszinsen.

<sup>57</sup> *Eylmann/Vaasen/Limmer*, § 53 BeurkG Rdnr. 11 BayObLG MittBayNot 2002, 521, DNotI-Report 2002, 179; OLG Köln, RNotZ 2002, 238.

<sup>58</sup> So auch *Litzenburger*, RNotZ 2002, S. 51; BayObLG MittBayNot 2002, 521, DNotI-Report 2002, 174; OLG Köln, RNotZ 2002, 238; LG Bonn, RNotZ 2002, 191 mit zustimmender Anmerkung *Fabis*.

<sup>59</sup> Vgl. Abschnitt X.

<sup>60</sup> *Amann*, MittBayNot 2001, 150, 153 f. mit Darstellung des Meinungsstandes.

<sup>61</sup> *Basty*, DNotZ 2002, 44, 46.

<sup>62</sup> *Amann*, MittBayNot 2001, 150, 153; OLG Frankfurt, MittBayNot 2000, 466.

<sup>63</sup> *Basty*, DNotZ 2002, 44, 46.

## Der unerreichbare GmbH-Gesellschafter

Von Notarassessor *Dr. Markus A. Papmehl* LL. M. (Georgetown), Kaiserslautern

Um in einer GmbH-Gesellschafterversammlung wirksame Beschlüsse fassen zu können, ist grundsätzlich die Ladung aller Gesellschafter erforderlich. Bisweilen kann eine ordnungsgemäße Ladung in Frage gestellt oder gar unmöglich sein, wenn ein Gesellschafter für die Gesellschaft „unerreichbar“ ist. Zwar sehen sich die meisten Gesellschaften wohl eher selten mit der Situation konfrontiert, dass sich einer ihrer Gesellschafter auf einer mehrjährigen Weltreise mit einem Segelboot über die Weltmeere befindet<sup>1</sup>. Die Problematik stellt sich jedoch ganz allgemein in Fällen, in denen die Gesellschaft Kenntnis davon hat, dass der betreffende Gesellschafter eine an seine zuletzt mitgeteilte Adresse bewirkte Ladung nicht erhalten wird. Dieser Aufsatz untersucht zunächst einige bislang zur Frage des unerreichbaren GmbH-Gesellschafters diskutierte Lösungsansätze im Schrifttum und erörtert danach die dazu ergangene Rechtsprechung, besonders unter dem Gesichtspunkt des treuwidrigen Gesellschafterverhaltens. Ferner wird ein eigener Lösungsweg vorgeschlagen und die Möglichkeit des Ausschlusses des unerreichbaren Gesellschafters behandelt.

### I. Die Ladung zur Gesellschafterversammlung

§ 47 GmbHG stellt den Grundsatz auf, dass die von den Gesellschaftern einer GmbH in Angelegenheiten der Gesellschaft erforderliche Willensbildung durch Beschlussfassung in Gesellschafterversammlungen stattfindet. Zur Gesellschafterversammlung sind gem. § 51 Abs. 1 GmbHG alle Gesellschafter mittels eingeschriebenen Briefes mit einer Frist von mindestens einer Woche zu laden. Wer als Gesellschafter anzusehen ist, ergibt sich aus § 16 Abs. 1 GmbHG. Danach sind die Gründer zu laden und bei Veräußerung eines Geschäftsanteils diejenigen, deren Erwerb bei der Gesellschaft angemeldet ist<sup>2</sup>.

Die Rechtsfolgen eines Ladungsmangels sind drastisch: Ist ein Gesellschafter nicht zur Gesellschafterversammlung eingeladen worden, so ist ein in dieser Versammlung gefasster Beschluss entsprechend § 241 Nr. 1 AktG grundsätzlich nichtig<sup>3</sup>. Die Nichtigkeit kann durch rügelose Vollversammlung oder durch individuellen Rügeverzicht des betroffenen Gesellschafters geheilt werden. Bei in das Handelsregister einzutragenden Beschlüssen tritt Heilung zudem analog § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG nach Ablauf einer Frist von drei Jahren seit Eintragung im Handelsregister ein<sup>4</sup>.

### II. Unbekanntheit und Unerreichbarkeit des Gesellschafters

Die „klassische“ Einladung mittels eingeschriebenen Briefes ist an die Anschrift zu richten, die der Gesellschafter der Gesellschaft zuletzt mitgeteilt hat<sup>5</sup>. Die Einladung unter einer anderen Anschrift ist nur dann ordnungsgemäß, wenn sie den

Gesellschafter tatsächlich erreicht<sup>6</sup>. Dazu ist im Grundsatz anerkannt, dass sich die Gesellschaft nicht von sich aus um die richtige Adresse des Gesellschafters bemühen muss, wenn die mitgeteilte Adresse unrichtig geworden ist. Sofern der Mangel für die Gesellschaft nicht erkennbar ist, bleibt die Einberufung fehlerfrei, auch wenn sie an eine überholte Adresse oder an einen bloß scheinbaren oder verstorbenen Gesellschafter adressiert war. Auch wenn die Ladung als unzustellbar zurückkommt, bleibt sie wirksam<sup>7</sup>. Diese Fälle werden in der Literatur meist unter der Problematik des „unbekannten Gesellschafters“ diskutiert<sup>8</sup>.

Uneinheitlich beurteilen die Kommentatoren dagegen, wie in den Situationen der „Unerreichbarkeit“ des Gesellschafters zu verfahren ist. Hier ist nicht die Person des Gesellschafters unbekannt, sondern sein Aufenthaltsort<sup>9</sup>. Es stellt sich die Frage, ob und welche Maßnahmen die Gesellschaft ergreifen muss, wenn sie zuverlässige Kenntnis davon hat, dass der betreffende Gesellschafter die an die zuletzt mitgeteilte Adresse gesandte Ladung nicht erhalten wird.

Einige Autoren lassen bei Fortdauer der Mitgliedschaft des Gesellschafters die Ladung unter der alten Adresse in jedem Fall ausreichen. Begründet wird dies mit einer Parallele zur Anteilsveräußerung. Hier sei die Ladung des alten Gesellschafters so lange maßgeblich, wie die Anteilsveräußerung nicht nach § 16 GmbHG der Gesellschaft ausdrücklich mitgeteilt werde; und bei Fortdauer der Mitgliedschaft des Gesellschafters sei eben die Ladung unter der alten Adresse maßgebend und ausreichend, solange keine andere Adresse offiziell mitgeteilt werde<sup>10</sup>.

Nach anderer Auffassung soll die an die zuletzt mitgeteilte Adresse des Gesellschafters gesandte Ladung im Falle seiner Unerreichbarkeit dagegen nicht genügen. Die Gesellschaft müsse, wenn ihre Organe Kenntnis davon hätten, dass die Ladung den Gesellschafter mit Sicherheit nicht erreichen werde,

<sup>1</sup> Vgl. dazu den Fall des OLG Düsseldorf, WM 1990, 1022.

<sup>2</sup> *Hachenburg-Hüffer*, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 51 Rdnr. 5; *Scholz-K. Schmidt*, GmbHG, Band II, 8. Aufl. 1995, § 51 Rdnr. 6.

<sup>3</sup> BGHZ 36, 207, 211; 49, 183, 189; *Hachenburg-Hüffer*, GmbHG, § 51, Rdnr. 26; *Scholz-K. Schmidt*, GmbHG, § 51, Rdnr. 28; *Baumbach-Zöllner*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 51 Rdnr. 24.

<sup>4</sup> BGHZ 80, 212; BGH WM 1984, 473; BayObLG GmbHR 1991, 572; OLG Düsseldorf, WM 1990, 1022, 1024; *Hachenburg-Hüffer*, GmbHG, § 51 Rdnr. 31, 32; *Scholz-K. Schmidt*, GmbHG, § 45, Rdnr. 85ff.; *Baumbach-Zöllner*, GmbHG, Anh. § 47 Rdnr. 37, 38; vgl. dazu auch DNotI-Report 2002, 57 ff.

<sup>5</sup> KG, NJW 1965, 2157, 2159; *Hachenburg-Hüffer*, GmbHG, § 51, Rdnr. 5; *Scholz-K. Schmidt*, GmbHG, § 51 Rdnr. 6; *Baumbach-Zöllner*, GmbHG, § 51 Rdnr. 4.

<sup>6</sup> *Hachenburg-Hüffer*, GmbHG, § 51 Rdnr. 5; *Baumbach-Zöllner*, GmbHG, § 51 Rdnr. 5; a.A. wohl *Rowedder-Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 51 Rdnr. 7, der eine Pflicht zur Versendung an eine anderweitige bekannt gewordene Adresse annimmt.

<sup>7</sup> *Hachenburg-Hüffer*, GmbHG, § 51 Rdnr. 7; *Scholz-K. Schmidt*, GmbHG, § 51 Rdnr. 10; *Baumbach-Zöllner*, GmbHG, § 51 Rdnr. 5.

<sup>8</sup> *Hachenburg-Hüffer*, GmbHG, § 51 Rdnr. 6.

<sup>9</sup> *Hachenburg-Hüffer*, GmbHG, § 51 Rdnr. 7.

<sup>10</sup> *Baumbach-Zöllner*, GmbHG, § 51 Rdnr. 4; wohl auch *Hachenburg-Hüffer*, GmbHG, § 51 Rdnr. 7.

andere Maßnahmen ergreifen, um eine Ladung zu bewirken<sup>11</sup>. Soweit dies überhaupt näher begründet wird, stützt man sich auf § 5 Abs. 2 des Handelsrechtlichen Bereinigungsg<sup>12</sup>. Danach kann auf Antrag eines Beteiligten das Registergericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, einen Vertreter zur Entgegennahme der Ladung und zur Ausübung der Gesellschafterrechte bei der Beschlussfassung bestimmen, wenn die Ladung durch eingeschriebenen Brief oder Bestellung eines Pflegers aufgrund Kriegsgefangenschaft oder Haft nicht erfolgen kann. Die Vorschrift soll eine Sonderregelung für die Ladung von Gesellschaftern darstellen, die sich in Kriegsgefangenschaft oder sonstiger Haft außerhalb der Bundesrepublik Deutschland befinden<sup>13</sup>.

Der erstgenannten Auffassung mag man den Vorteil der Einfachheit zubilligen. Für die notarielle Praxis ist jedoch zu raten, sich an der zweiten Ansicht zu orientieren. Weiß der rechtsratsuchende GmbH-Geschäftsführer sicher, dass die Ladung einen Gesellschafter nicht erreichen wird, wird man es nicht als vom Notar geforderten „sichersten Weg“ ansehen können, zu empfehlen, die Ladung gleichwohl ganz zu unterlassen oder an die erkanntermaßen falsche Adresse zu senden. Denn damit nähme man das Risiko der möglichen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von nachfolgend gefassten Beschlüssen sehenden Auges in Kauf. Außerdem ist zu bedenken, dass in anderen Fällen, in denen die Gesellschaft ebenfalls Kenntnis von Besonderheiten in der Person eines Gesellschafter erlangt hat, anerkannt ist, dass die Ladung nicht ungeachtet dieser Besonderheiten an ihn verschickt werden kann. Ist ein Gesellschafter beispielsweise verstorben, so ist die Ladung an seine Erben zu richten, falls diese bekannt sind. Sind die Erben nicht bekannt, muss Nachlasspflegschaft gem. § 1960 BGB angeordnet werden. Und falls für den Gesellschafter ein Abwesenheitspfleger bestellt ist, ist die Ladung an den Abwesenheitspfleger zu richten<sup>14</sup>.

Es leuchtet jedoch auch ein, dass der Gesellschaft keine unzumutbaren Anstrengungen auferlegt werden können, um einen unerreichbaren Gesellschafter von einer bevorstehenden Gesellschafterversammlung in Kenntnis zu setzen. Es stellt sich mithin die Frage, welche Möglichkeiten bestehen, um einerseits das Nichtigkeits- und Anfechtungsrisiko von Beschlüssen infolge eines Ladungsmangels zu minimieren, andererseits aber auch die Funktionsfähigkeit der Gesellschafterversammlung zu gewährleisten.

### III. Lösungsansätze

Im Schrifttum sind bereits verschiedene Ansätze dargestellt worden, die die Ladung des „unerreichbaren“ GmbH-Gesellschafters betreffen<sup>15</sup>.

#### 1. Ladung durch öffentliche Zustellung

Zu erwägen ist, die Ladung gem. § 132 Abs. 2 BGB i. V. m. § 185 ff. ZPO durch öffentliche Zustellung zu bewirken. Diesem Verfahren wurden bislang insbesondere die Bedenken einer zeitlichen Verzögerung und der Öffentlichkeitswirkung (auszugsweise Veröffentlichung des zuzustellenden Schriftstücks bei Gericht und im Bundesanzeiger) entgegen gebracht<sup>16</sup>. Nach der zum 1.7.2002 in Kraft getretenen Neufassung der Zustellungsvorschriften sind diese Bedenken etwas entschärft worden. Nunmehr muss nur noch die Benachrichtigung der Zustellung durch Aushang bei Gericht veröffentlicht werden, § 186 Abs. 2 ZPO. Das Schriftstück gilt dann einen Monat nach Aushang als zugestellt, § 188 S. 1 ZPO. Gleichwohl kann das Prozessgericht die Veröffentlichung im Bundesanzeiger gem. § 187 ZPO anordnen oder auch gem. § 188 S. 2 ZPO eine längere Frist zum Aushang bestimmen.

#### 2. Bestellung eines Abwesenheitspflegers

##### a) § 1911 BGB und das Fürsorgebedürfnis

Gem. § 1911 Abs. 1 BGB erhält ein abwesender Volljähriger, dessen Aufenthalt unbekannt ist, für seine Vermögensangelegenheiten, soweit sie der Fürsorge bedürfen, einen Abwesenheitspfleger. § 10 ZuständigkeitsergänzungsG<sup>17</sup> dehnt den Anwendungsbereich insbesondere auf Gesellschaften und deren Organe aus. Die Norm ermöglicht mithin die Bestellung eines Abwesenheitspflegers auch für die unerreichbare im Ausland ansässige Gesellschaft.

§ 1911 BGB verlangt ein Fürsorgebedürfnis für die Vermögensangelegenheiten des Abwesenden. Dies ist die für die eine Ladung des unerreichbaren GmbH-Gesellschafters wohl problematischste Voraussetzung der Vorschrift. Nach herrschender Auffassung ist bei der Beurteilung des Fürsorgebedürfnisses allein auf die Verhältnisse des Abwesenden abzustellen. Die Bedürfnisse Dritter bleiben grundsätzlich unbeachtet. Zwar steht ein zusätzliches Interesse eines Dritten an der Anordnung der Pflegschaft dieser nicht entgegen, wohl aber ein ausschließliches Interesse. Kein Fürsorgebedürfnis soll bestehen bei Personen, für deren Vermögensangelegenheiten bereits in anderer Weise Vorsorge getroffen worden ist, insbesondere durch elterliche Sorge, Vormundschaft und rechtliche Betreuung, aber auch durch Auftrag und Vollmacht. Ebenso soll es an einem Fürsorgebedürfnis fehlen, wenn der Abwesende die betreffende Angelegenheit schriftlich oder telekommunikativ erledigen könnte<sup>18</sup>.

Im Falle des unerreichbaren GmbH-Gesellschafters will die Geschäftsführung durch die Bestellung des Abwesenheitspflegers die Funktionsfähigkeit der Gesellschafterversammlung gewährleisten. Sie will sicherstellen, dass die Gesellschafterversammlung rechtswirksame Beschlüsse fassen kann. Zumeist berührt die Beschlussfassung die Interessen aller Beteiligten in gleichem Maße. Die Anordnung einer Abwesen-

<sup>11</sup> Scholz-K. Schmidt, GmbHG, § 51 Rdnr. 6; Lutter-Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000; § 51 Rdnr. 13; Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, § 51 Rdnr. 7; Ingerl in MünchHdb.GesR III, GmbH, 1996, § 39 Rdnr. 11.

<sup>12</sup> Handelsrechtliches Bereinigungsgesetz vom 10.4.1950, BGBl I, 90.

<sup>13</sup> Beckmann, DNotZ 1971, 132.

<sup>14</sup> Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 51 Rdnr. 8; Scholz-K. Schmidt, GmbHG, § 51 Rdnr. 6; Baumbach-Zöllner, GmbHG, § 51 Rdnr. 6; ebenso LG Berlin, NJW-RR 1986, 195 für Nachlasspflegschaft bei unbekanntem Erben.

<sup>15</sup> Beckmann, DNotZ 1971, 132; Schmitz, GmbHHR 1971, 226.

<sup>16</sup> Lutter-Hommelhoff, GmbHG, § 51 Rdnr. 7; Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, § 51 Rdnr. 13 („ultima ratio“); Beckmann, DNotZ 1971, 132, 133; Schmitz, GmbHHR 1971, 226, 227.

<sup>17</sup> Zuständigkeitsergänzungsgesetz vom 7.8.1952, BGBl I, 407; beispielsweise abgedruckt bei MünchKomm/Schwab, BGB, 4. Aufl. 2002, § 1911 Rdnr. 30.

<sup>18</sup> OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 523; OLG Köln, FamRZ 1996, 694; Palandt-Diederichsen, BGB, 61. Aufl. 2002, § 1911 Rdnr. 6 u. 7; im Grundsatz auch MünchKomm/Schwab, BGB, § 1911 Rdnr. 16; Staudinger-Bienwald, BGB, 13. Aufl. 1999, § 1911 Rdnr. 12; Soergel-Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1911 Rdnr. 5.

heitspflegschaft für den unerreichbaren GmbH-Gesellschafter liegt damit oftmals weder ausschließlich im Interesse des Abwesenden noch ausschließlich im Interesse eines Dritten, hier also der Gesellschaft und der anderen Gesellschafter. Danach wäre ein Fürsorgebedürfnis im Grundsatz zu bejahen. Generell wird man eine solche Interessenabwägung- und einschätzung aber nicht unterstellen können. Hüffer weist daher zu Recht darauf hin, dass man auf den Einzelfall, insbesondere auf den Inhalt der zu fassenden Beschlüsse abstellen müsse<sup>19</sup>.

Im Schrifttum wird ein Fürsorgebedürfnis für den Sonderfall des unerreichbaren GmbH-Gesellschafters aus weiteren Gründen bezweifelt. Ins Feld geführt wird einerseits die Vorschrift des § 5 Abs. 1 des Handelsrechtlichen Bereinigungsgesetzes. Danach darf eine Abwesenheitspflegschaft nicht eingerichtet werden, wenn es allein darum geht, die Ladung des abwesenden Gesellschafters zur Gesellschafterversammlung zu ermöglichen<sup>20</sup>. Andererseits verneint die herrschende Auffassung ein Fürsorgebedürfnis, wenn sich die abwesende Person um ihre Angelegenheiten lediglich nicht kümmere, sei es absichtlich oder aus Nachlässigkeit, obwohl sie hierzu imstande wäre. Dazu zähle beispielsweise der Fall, dass der Abwesende seine Vermögensangelegenheiten selbst besorgen und von Dritten lediglich nicht erreicht werden könne<sup>21</sup>.

Wenn Beschlüsse zu fassen sind, die nicht offenkundig auch die Interessen des Abwesenden berühren, oder wenn dieser sich schlicht um das Schicksal der Gesellschaft nicht kümmert, ist das für die Anordnung der Abwesenheitspflegschaft erforderliche Fürsorgebedürfnis mithin durchaus zweifelhaft.

#### b) Vorschlag: Fürsorgebedürfnis bei wesentlichen und grundlegenden Entscheidungen

Beckmann hat vorgeschlagen, für den Sonderfall des unerreichbaren GmbH-Gesellschafters ein Fürsorgebedürfnis anzunehmen, wenn sich die Lage der Gesellschaft grundlegend geändert, der Gesellschafter davon jedoch keine Kenntnis erlangt habe. Diese Änderung könne in der tatsächlichen oder auch in der rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft begründet sein. Als Beispiele führt er an, dass die Geschäftsräume der Gesellschaft geändert seien, die Gesellschaft keinen Geschäftsführer mehr habe oder in Konkurs geraten sei<sup>22</sup>.

Diese Auffassung soll an dieser Stelle aufgegriffen werden. Wenn sich die Lage der Gesellschaft ohne Kenntnis des abwesenden Gesellschafters tatsächlich, rechtlich oder wirtschaftlich grundlegend geändert hat und die Gesellschafter auf diese Änderungen nun reagieren müssen, liegt die Anordnung der Abwesenheitspflegschaft gleichermaßen im Interesse aller Beteiligten. Oft werden die Interessen des Abwesenden sogar noch überwiegen. Die anwesenden Gesellschafter können bei der Beschlussfassung mitwirken und die anstehenden Entscheidungen maßgeblich mitgestalten. Dem abwesenden Gesellschafter bleibt dies verwehrt. Vice versa ist es in den vorgenannten Fällen nur schwer einzusehen, die durch einen Gesellschafter möglicherweise gar selbst provozierte Handlungsunfähigkeit der Gesellschafterversammlung hinnehmen zu müssen, ohne gegensteuern zu können. Das Erfordernis des Fürsorgebedürfnisses soll staatliche Interven-

tionsbefugnisse begrenzen<sup>23</sup>. Es will den Abwesenden davor schützen, dass in seinen Angelegenheiten Entscheidungen durch Fremde getroffen werden, obwohl er selbst dazu in der Lage gewesen wäre. Es soll aber nicht dem nachlässigen Gesellschafter ermöglichen, die Funktionsfähigkeit der Gesellschafterversammlung dauerhaft zu gefährden. Lässt man die Abwesenheitspflegschaft nur deshalb nicht zu, weil es an einem Fürsorgebedürfnis fehle, da der Gesellschafter eventuell doch selbst handeln könnte, so schießt man über den Zweck des Erfordernisses der Abwesenheitspflegschaft hinaus.

Über die oben aufgezeigten Beispiele hinausgehend wird daher hier vorgeschlagen, ein Fürsorgebedürfnis zu bejahen und damit auch eine Abwesenheitspflegschaft allgemein zuzulassen, wenn in der betreffenden Gesellschafterversammlung Beschlüsse gefasst werden sollen, die wesentliche und grundlegende Entscheidungen betreffen. Dazu zählen insbesondere Satzungsänderungen, wie beispielsweise Kapitalmaßnahmen oder Änderungen von Firma und Sitz der Gesellschaft, aber auch Maßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz und der Abschluss von Unternehmensverträgen. Darüber hinaus sollte ein Fürsorgebedürfnis anzunehmen sein bei Beschlüssen über die Einziehung von Geschäftsanteilen, den Ausschluss eines Gesellschafters und die Auflösung der Gesellschaft. In allen anderen Fällen wird es bei einer Einzelfallprüfung verbleiben müssen.

### 3. Vorsorge durch Satzungsregelung?

Bislang wurde im Schrifttum, soweit ersichtlich, noch nicht angesprochen, ob bereits in der Satzung der Gesellschaft Vorsorge gegen einen „unerreichbaren“ Gesellschafter getroffen werden kann. Beispielsweise könnte man daran denken, in der Satzung bei den Vorschriften über die Gesellschafterversammlung zu normieren, dass eine Einladung an die zuletzt vom Gesellschafter mitgeteilte Adresse in jedem Fall zulässig ist. Oder man regelt gar, dass eine Einladung bei nachweislicher Unerreichbarkeit des Gesellschafters nicht erfolgen muss.

Solche Regelungen stoßen allerdings auf Bedenken. Judikatur und Schrifttum knüpfen an die Einladung zur Gesellschafterversammlung, soweit diese Einladung Gesetz und Satzung entspricht, zwar keine überhöhten Anforderungen. So besteht Einigkeit, dass § 51 GmbHG im Grundsatz keine zwingende Norm ist, sondern weitgehend zur statutarischen Disposition der Gesellschafter steht; eine Verschärfung der Förmlichkeiten ist daher im Regelfall unbedenklich<sup>24</sup>. Eine Erleichterung halten namhafte Kommentatoren jedoch für problematisch. Von der Aufnahme solcher Regelungen sei abzuraten, weil ihre Gültigkeit umstritten sei. Sie dürften die durch die Einberufung zu gewährleistende Ausübung des Teilnahmerechts lediglich verfahrensmäßig ordnen, nicht dagegen in der Substanz schmälern<sup>25</sup>. Regelungen, nach denen nicht alle Gesellschafter geladen werden müssten oder Beschlüsse bei nicht ordnungsgemäßer Einberufung auch ohne Billigung aller Gesellschafter gefasst werden könnten, seien daher unzulässig. Ebenso könne die Satzung nicht gestatten, dass eine Einladung von Fall zu Fall als „untunlich“ unterbleibe<sup>26</sup>. Es kann daher nicht empfohlen werden, bereits in der Satzung Vorsorge gegen einen unerreichbaren Gesellschafter zu treffen. Entsprechende Vorschriften werden im Regelfall unzulässig sein.

<sup>19</sup> Hachenburg-Hüffer, GmbHG, § 51 Rdnr. 7.

<sup>20</sup> Beckmann, DNotZ 1971, 132, 135.

<sup>21</sup> Allgemein BayObLGZ 15, 438; MünchKomm/Schwab, BGB, § 1911 Rdnr. 2; Staudinger-Bienwald, BGB, § 1911 Rdnr. 5; für den Fall des unerreichbaren Gesellschafters Beckmann, DNotZ 1971, 132, 135; Schmitz, GmbHR 1971, 226, 227.

<sup>22</sup> Beckmann, DNotZ 1971, 132, 135.

<sup>23</sup> Staudinger-Bienwald, BGB, § 1911 Rdnr. 9.

<sup>24</sup> Hachenburg-Hüffer, GmbHG, § 51 Rdnr. 34; Scholz-K. Schmidt, GmbHG, § 51 Rdnr. 4; Baumbach-Zöllner, GmbHG, § 51 Rdnr. 29.

<sup>25</sup> Hachenburg-Hüffer, GmbHG, § 51 Rdnr. 33; Scholz-K. Schmidt, GmbHG, § 51 Rdnr. 4.

<sup>26</sup> Scholz-K. Schmidt, GmbHG, § 51 Rdnr. 4; Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, § 51 Rdnr. 3.

#### 4. Ergebnis und Formulierungsbeispiel

Nach der Neuregelung der Zustellungsvorschriften ist nunmehr durchaus in Betracht zu ziehen, die Problematik des unerreichbaren GmbH-Gesellschafters durch eine öffentliche Zustellung zu lösen. Wenn das Gericht allerdings die Veröffentlichung im Bundesanzeiger anordnet oder eine längere Frist zum Aushang bestimmt, kann es nach wie vor zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen kommen.

Alternativ ist zu erwägen, dass die Gesellschaft beim Vormundschaftsgericht eine Abwesenheitspflegschaft anregt. Hier stellt sich die oben diskutierte Frage des Fürsorgebedürfnisses. Zudem kann es je nach Arbeitsaufkommen beim angerufenen Gericht auch hier zu zeitlichen Verzögerungen kommen. Ferner kann die Wahrung der Vertraulichkeit bezüglich Geschäftspolitik und -geheimnissen der Gesellschaft auch durch die Bestellung eines Abwesenheitspflegers in Frage gestellt werden. Der Pfleger ist nicht nur berechtigt, an der Gesellschafterversammlung teilnehmen. Er hat als gesetzlicher Vertreter des Gesellschafters<sup>27</sup> auch alle sonstigen Gesellschafterrechte, insbesondere die Rechte nach § 51a GmbHG. Besteht jedoch die Gefahr, dass der abwesende Gesellschafter alsbald nach seiner Rückkehr die gefassten Beschlüsse angreift, so ist eher die Abwesenheitspflegschaft zu empfehlen, um dem Gesellschafter die – zwar unbegründete, aber im Falle einer öffentlichen Zustellung besonders naheliegende – Berufung auf die Verletzung seiner Teilnahme und Mitwirkungsrechte abzuschneiden.

##### Formulierungsbeispiel:

An das Amtsgericht

– Vormundschaftsgericht –

...

Betr.: Bestellung eines Abwesenheitspflegers  
gem. § 1911 BGB

Im Handelsregister des AG Kaiserslautern ist unter HRB Nr. .... die „Pfälzische Maschinenbau GmbH“ mit dem Sitz in Kaiserslautern eingetragen. Gesellschafter sind Herr Michael Müller, Herr Dieter Schmitz und Herr Willi Schulze. Am 20.10.2002 soll in Kaiserslautern eine Gesellschafterversammlung abgehalten werden. In dieser Gesellschafterversammlung sollen folgende Beschlüsse gefasst werden: (...).

Der Gesellschafter Herr Willi Schulze kann nicht wirksam zu der Versammlung geladen werden, da der Gesellschaft sein Aufenthalt unbekannt ist. (Es folgen nähere Ausführungen zur Unerreichbarkeit des Gesellschafters).

Ein Fürsorgebedürfnis liegt nach Auffassung der Gesellschaft vor. Die Bestellung des Abwesenheitspflegers soll vorliegend nicht allein die Funktionsfähigkeit der Gesellschafterversammlung gewährleisten. Vielmehr sind im Rahmen der Beschlussfassung maßgebliche Interessen des Herrn Schulze zu wahren. (Es folgen nähere Ausführungen zur Betroffenheit des Gesellschafters durch die einzelnen anstehenden Beschlüsse; hier kann ggf. auch der Hinweis auf wesentliche und grundlegende zu treffende Entscheidungen erfolgen.)

Es wird daher angeregt, einen Abwesenheitspfleger zu bestellen. Zum Abwesenheitspfleger wird vorgeschlagen: (....).

(Unterschriften des/der Geschäftsführer(s))

Örtlich zuständig ist gem. § 39 Abs. 1 FGG das Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk der Abwesende seinen Wohnsitz hat. Fehlt ein inländischer Wohnsitz oder Aufenthalt, so ist gem. § 39 Abs. 2 i.V.m. § 36 Abs. 2 FGG das Amtsgericht Berlin-Schöneberg zuständig. Bei einem ausländischen Abwesenden, der im Inland keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Fürsorgebedürfnis hervortritt, § 39 Abs. 2 i.V.m. § 37 Abs. 2 FGG. Im Fall des unerreichbaren Gesellschafters dürfte dies der Bezirk sein, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat. Funktionell entscheidet grundsätzlich der Rechtspfleger gem. § 3 Nr. 2 a RPflG, bei Ausländern der Richter, § 14 Nr. 4 RPflG.

Ob das Gericht der Anregung entspricht, hängt maßgeblich von der Bejahung eines Fürsorgebedürfnisses im Einzelfall ab. Gleichwohl sollte sich das Vormundschaftsgericht der Begründung der Gesellschaft, dass eine wesentliche und grundlegende Entscheidung anstehe, die nicht nur das Schicksal der Gesellschaft, sondern auch die Interessen des abwesenden Gesellschafters in besonderem Maße berühre, nicht verschließen<sup>28</sup>.

#### IV. Treuwidrigkeit der Berufung auf einen Einberufungsmangel

Schließt man sich der Auffassung an, die Gesellschaft müsse zur Ladung des unerreichbaren GmbH-Gesellschafters weitere Maßnahmen ergreifen, ist es von Interesse, welche Rechtsfolgen es nach sich zieht, wenn die Gesellschaft dies unterlässt. Verschiedene Gerichte haben hierzu den Grundsatz herausgearbeitet, dass Konsequenzen aus der Nicht- oder fehlerhaften Einladung eines Gesellschafters nicht gezogen werden können, wenn die Unerreichbarkeit dem sich darauf berufenden Gesellschafter selbst zuzurechnen ist<sup>29</sup>.

##### 1. Kasuistik

Den Ausgangspunkt bildet eine ältere Entscheidung des Kammergerichts. Hier hatte die Gesellschaft die Einberufung der Gesellschafterversammlung im Reichs- und Staatsanzeiger bekannt gemacht. In der Versammlung waren von den insgesamt drei Gesellschaftern zwei anwesend, die die Umwandlung der Gesellschaft in eine Offene Handelsgesellschaft beschlossen. Nach Auffassung des Gerichts war die Einberufung durch Bekanntmachung nicht zulässig. Vielmehr hätte mangels anderweitiger Bestimmung in der Satzung die Einladung durch eingeschriebenen Brief erfolgen müssen. Das Gericht führte jedoch weiter aus, dass der die Nichtigkeit des Beschlusses geltend machende Gesellschafter sich seit längerer Zeit um die Gesellschaft nicht mehr gekümmert habe. Er habe durch eigene Interessenlosigkeit seine ordnungsgemäße Einladung zu der Versammlung unmöglich gemacht. Darin einen zur Nichtigkeit des gefassten Beschlusses führenden Mangel der Einberufung zu sehen, stelle eine Überspannung des mit den Einberufungsvorschriften bezweckten Schutzes des einzelnen Gesellschafters dar<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Vgl. zur Abwesenheitspflegschaft für Aktionäre OLG Frankfurt, MDR 1986, 591 (Berechtigung des Pflegers zur Beantragung der Einberufung einer Hauptversammlung) und WM 1988, 300 (Pfleger für Aktionäre einer Spaltgesellschaft einer in der ehemaligen Sowjetunion enteigneten Aktiengesellschaft).

<sup>29</sup> Nachweise in den folgenden Fußnoten; aus dem Schrifttum ebenso Scholz-K. Schmidt, GmbHG, § 51 Rdnr. 11; Ingerl in MünchHdb.GesR III, GmbH, § 39 Rdnr. 11.

<sup>30</sup> KG, JW 1936, 334, 335; das Gericht hielt den Beschluss gleichwohl für anfechtbar.

<sup>27</sup> MünchKomm/Schwab, BGB, § 1911 Rdnr. 44; Staudinger-Bienwald, BGB, § 1911 Rdnr. 20.

In dem bereits oben angesprochenen vom OLG Düsseldorf zu entscheidenden Fall befand sich der betreffende Gesellschafter mehr als drei Jahre mit einem Segelboot auf Weltreise. Seine Aufenthaltsorte wechselten ständig und wurden der Gesellschaft nur sporadisch mitgeteilt. Der Gesellschafter hatte die Reise gegen den erklärten Widerspruch des weiteren Gesellschafters angetreten. Dieser Gesellschafter lud den reisenden Gesellschafter unter einer vorübergehenden Adresse, die er zuvor in Erfahrung gebracht hatte, zu einer Gesellschafterversammlung, zu der jener aber nicht erschien. In der Versammlung beschloss er eine Erhöhung des Stammkapitals. Später machte der andere Gesellschafter die Nichtigkeit des Beschlusses unter anderem mit der Begründung geltend, das Einladungsschreiben nicht erhalten zu haben. Das Gericht betonte, dass dies allein auf die Interessenlosigkeit des Gesellschafters am Schicksal der Gesellschaft zurückzuführen sei. In keinem Fall sei der Gesellschaft der Nachweis des Zugangs des Schreibens aufzuerlegen. Es sei zudem nicht hinzunehmen, wenn der Gesellschafter durch entsprechend kurzgewählte Aufenthalte und anschließende Mitteilung der jeweils neuen Anschriften jede Gesellschafterversammlung verhindern könne. Es sei daher unschädlich, wenn die Gesellschaft nicht versucht habe, den Gesellschafter über eine öffentliche Zustellung oder eine Abwesenheitspflegschaft zu erreichen<sup>31</sup>.

Auch das BayObLG hatte einen Sachverhalt zu beurteilen, wonach der betreffende Gesellschafter die Ladung infolge urlaubsbedingter Abwesenheit nicht erhalten hatte. Er hatte vorher darauf hingewiesen, dass ihn während seines Urlaubs Zustellungen nicht erreichen würden. In der gleichwohl abgehaltenen Gesellschafterversammlung wurde die Einziehung seines Geschäftsanteils beschlossen. Das Gericht ließ den Einwand des Gesellschafters, es liege eine treuwidrige Vereitelung seiner Teilnahmerechte vor, nicht gelten. Auf seine erklärte Urlaubsabwesenheit könne er sich nicht berufen, da er sich diese Unerreichbarkeit selbst zuzuschreiben habe. Es sei Sache des Gesellschafters, sich um seine Angelegenheiten zu kümmern. Hierzu sei allgemein anerkannt, dass derjenige, der mit Zustellungen zu rechnen habe, für den Fall seiner urlaubsbedingten Abwesenheit Vorsorge zu treffen habe, dass ihn solche auch erreichten. Da der Gesellschafter dies unterlassen und er zudem im konkreten Fall bereits vorher eine Ladung erhalten habe, aufgrund derer er mit weiteren Zustellungen rechnen müssen, sei die Ladung ungeachtet seiner urlaubsbedingten Abwesenheit wirksam. Andernfalls könne er die Abhaltung von Gesellschafterversammlungen erheblich erschweren und seinerseits gegen die ihn treffende Treue- und aktive Förderungspflicht verstoßen<sup>32</sup>.

Auch in einem vom LG Dortmund zu beurteilenden Fall war dem Gesellschafter in Folge seiner urlaubsbedingten Abwesenheit die Ladung zu einer Gesellschafterversammlung nicht zugegangen. In der Versammlung wurde seine Abberufung als Geschäftsführer beschlossen. Das Gericht schloss sich im Grundsatz den Ausführungen des BayObLG an, sah im konkreten Fall aber keine Nachlässigkeit des Gesellschafters. Grundsätzlich obliege es allen Gesellschaftern sicher zu stellen, dass das Teilnahmerecht wahrgenommen und sachgerecht ausgeübt werden könne. Sei der Gesellschafter wegen Urlaubsabwesenheit oder aus sonstigen persönlichen Gründen nicht erreichbar, so werde dadurch sein Teilnahmerecht beeinträchtigt. Eine beachtliche Verletzung des Teilnahmerechts, die sich auf die in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse auswirke, könne aber nur dann anerkannt

werden, wenn der Gesellschafter seine Unerreichbarkeit nicht selbst zu vertreten habe. Dies verneinte das Gericht in concreto, da der Gesellschafter nicht nur eine Nachbarin mit der Entgegennahme seiner Post betraut, sondern sich auch telefonisch bei ihr mehrfach nach Posteingang erkundigt hatte<sup>33</sup>.

Ein anderer Sachverhalt lag einer Entscheidung des OLG Nürnberg zugrunde. Hier hatte der betreffende Gesellschafter die Veräußerung eines Teils seines Geschäftsanteils an einen Dritten den anderen Gesellschaftern verheimlicht, um deren satzungsmäßig vorgeschriebene Zustimmung nicht einholen zu müssen. Der – veräußernde – Gesellschafter hatte später Anfechtungsklage gegen Beschlüsse über Abberufung und Neubestellung von Geschäftsführern erhoben. Dabei hatte er sich kurioserweise unter anderem darauf berufen, dass der Gesellschafter, an den er seinen Geschäftsanteil abgetreten hatte, nicht zur Gesellschafterversammlung geladen worden sei. Das Gericht stellte zunächst fest, dass die Übertragung mangels Zustimmung der Gesellschafter und auch gemäß § 17 GmbHG unwirksam und zudem nicht gem. § 16 GmbHG angezeigt worden sei. Selbst wenn die Übertragung wirksam und die Anzeige erfolgt wäre, könne sich der Kläger gleichwohl nicht auf einen etwaigen Ladungsmangel berufen. Die Nichtigkeit eines Beschlusses müsse auch am Verhalten des klagenden Gesellschafters nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gemessen werden. Der Kläger handle im konkreten Fall rechtsmissbräuchlich und treuwidrig, wenn er sich auf einen angeblichen Ladungsmangel berufe, den er durch pflichtwidriges Verhalten herbeigeführt habe. Hierbei komme es nicht darauf an, ob er von vornherein geplant habe, in der konkreten Art und Weise die versteckte Gesellschafterstellung eines anderen Gesellschafters auszunutzen. Ausreichend sei vielmehr, dass er aufgrund seines grob pflichtwidrigen Verheimlichens der Gesellschafterstellung nun in der Lage sei, dies zu tun<sup>34</sup>.

## 2. Zusammenfassung

Einige Kommentatoren und Gerichte verwehren einem Gesellschafter in bestimmten Fällen der Unerreichbarkeit die Berufung auf einen angeblichen Ladungsmangel, sofern dieser Mangel dem Gesellschafter selbst zuzurechnen ist. Als Maßstab wird der Grad der Treuwidrigkeit des Verhaltens des betreffenden Gesellschafters im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller Umstände zugrunde gelegt. In der gesellschaftsrechtlichen Beratungssituation kann im Interesse der Beschreitung des sichersten Weges jedoch nicht empfohlen werden, sich auf eine solche Würdigung eines alsdann zur Entscheidung berufenen Gerichts zu verlassen.

## V. Ausschluss des unerreichbaren Gesellschafters

Für die betroffene Gesellschaft ist es in der Regel untragbar, dauerhaft mit einem unerreichbaren Gesellschafter und den daraus resultierende Folgen zu leben. Es stellt sich daher die Frage, ob der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann. Das GmbHG sieht den Ausschluss des Gesellschafters in Gestalt der Kaduzierung des Geschäftsanteils gemäß § 21 oder § 28 GmbHG und der Amortisation gem. § 34 GmbHG vor. Auch im Fall des unerreichbaren Gesellschafters ist ein Ausschluss bei Vorliegen der in den Vorschriften im Einzelnen geregelten Voraussetzungen denkbar.

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf, WM 1990, 1022, 1024.

<sup>32</sup> OLG München, DB 1994, 320.

<sup>33</sup> LG Dortmund, NZG 1998, 390, 391 mit Anmerkung *Michalski*.

<sup>34</sup> OLG Nürnberg, GmbHR 1990, 166, 168.

Näher liegt hier jedoch die außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle mittlerweile in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannte Ausschließung aus wichtigem Grund<sup>35</sup>. Sofern die Satzung die Ausschließung aus wichtigem Grund bereits vorsieht, reicht ein entsprechender Gesellschafterbeschluss aus, dessen gerichtliche Nachprüfbarkeit allerdings gewährleistet sein muss<sup>36</sup>. Andernfalls erfolgt die Ausschließung durch Gestaltungsurteil aufgrund Klage der Gesellschaft. Die Erhebung der Klage muss vorher von der Gesellschafterversammlung beschlossen werden<sup>37</sup>. Bei der Beschlussfassung hat der Betroffene kein Stimmrecht. Ihm ist jedoch Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren<sup>38</sup>.

Verfahrensmäßig muss danach bei der Ausschließung des unerreichbaren Gesellschafters aus wichtigem Grund ein Abwesenheitspfleger für die Beschlussfassung über den Ausschluss bzw. über die Erhebung der Ausschließungsklage bestellt werden. Ein Fürsorgebedürfnis für die Bestellung des Pflegers ist in Konsequenz des oben Gesagten zu bejahen. Eine nachfolgend etwa erforderliche Ausschließungsklage ist dem Pfleger zuzustellen, der den Abwesenden als gesetzlicher Vertreter insoweit auch gerichtlich vertritt<sup>39</sup>.

Materiell wird ein in der Person des Betroffenen liegender wichtiger Grund bejaht, wenn den übrigen Gesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem betreffenden Mitglied infolge seines Verhaltens oder seiner Persönlichkeit nicht mehr zuzumuten ist, seine weitere Mitgliedschaft also den Fortbestand der Gesellschaft unmöglich macht oder ernstlich gefährdet. Maßgebend ist eine Abwägung aller Interessen des Einzelfalls<sup>40</sup>. Zu dieser Generalklausel hat sich eine vielschichtige Kasuistik entwickelt. Soweit ersichtlich, haben sich die Gerichte mit der Frage der Unerreichbarkeit eines Gesellschafters als Ausschlussgrund noch nicht beschäftigt. Verschiedene Autoren nehmen jedoch einen wichtigen Grund an, falls durch die Unerreichbarkeit die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft ernsthaft gefährdet wird<sup>41</sup>.

Den vorgenannten Stimmen aus dem Schrifttum ist beizupflichten. Sofern der betreffende Gesellschafter auf Dauer unerreichbar ist und sich dadurch seinen Mitwirkungspflichten entzieht, belastet er das Gesellschaftsverhältnis in erheblichem Maße. Die Konsequenzen, die für die Gesellschaft aus der Unerreichbarkeit folgen, können gravierend sein. Zu beachten sind nicht nur die sich der Gesellschaft wiederholt stellenden Probleme etwa bei der Ladung zu einer Gesellschafterversammlung oder der verschiedentlich gebotenen Versorgung des Gesellschafters mit Informationen außerhalb von

Versammlungen. Dazu kommt die in Gesellschafterversammlungen herrschende Unsicherheit über die Wirksamkeit von Beschlüssen und die Unwägbarkeiten und Unannehmlichkeiten, die mit der Bestellung eines Pflegers oder einer öffentlichen Zustellung verbunden sind. Je nach Lage des Einzelfalles kann es den anderen Gesellschaftern daher nicht mehr zuzumuten sein, die weitere Mitgliedschaft hinzunehmen.

Die Ausschließung darf schließlich nur erfolgen, sofern keine weniger einschneidende Möglichkeit zur Beseitigung des Missstandes zur Verfügung steht<sup>42</sup>. Einige Stimmen im Schrifttum sehen für den Fall des unerreichbaren GmbH-Gesellschafters in der Bestellung eines Abwesenheitspflegers ein milderes Mittel<sup>43</sup>. Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen<sup>44</sup>. Es wurde bereits dargestellt, dass die Bestellung eines Pflegers in vielen Fällen nicht oder nur schwer zu erreichen ist, da die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen zweifelhaft sein können. Oft steht die Pflegerbestellung daher als weniger einschneidendes Mittel gar nicht zur Verfügung. Zudem erscheint die Pflegerbestellung auf Dauer weder geeignet noch zumutbar, um die Funktions- und Arbeitsfähigkeit der Gesellschafterversammlung zu gewährleisten. Wenn die Unerreichbarkeit auf Nachlässigkeit oder Vorsatz des Gesellschafters beruht, ist der Gesellschaft die – möglicherweise mehrmals jährliche – Wiederholung des Prozederes der Pflegerbestellung nicht zumutbar. Dies gilt erst recht, wenn dringende und eilige Angelegenheiten zu entscheiden sind, von denen die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft abhängt und die daher keinen Aufschub dulden. In den vorgenannten Fällen stellt die Bestellung des Pflegers kein gleich geeignetes weniger einschneidendes Mittel dar. Je nach den Umständen des Einzelfalles rechtfertigt die Unerreichbarkeit des Gesellschafters demnach seinen Ausschluss aus wichtigem Grund.

## VI. Zusammenfassung

Ist ein GmbH-Gesellschafter unerreichbar, so ist seine Ladung zu einer bevorstehenden Gesellschafterversammlung öffentlich zuzustellen oder ein Abwesenheitspfleger zu bestellen. Das für die Pflegschaft erforderliche Fürsorgebedürfnis hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, ist aber insbesondere im Falle von in der Versammlung zu treffenden wesentlichen und grundlegenden Entscheidungen zu bejahen. Unternimmt die Gesellschaft keine besonderen Maßnahmen, um den unerreichbaren Gesellschafter zu laden, so kann dies unschädlich sein, wenn die Unerreichbarkeit des Gesellschafters auf seinem eigenen pflichtwidrigen Verhalten beruht. Maßstab ist hierbei der Grad der Treuwidrigkeit des Verhaltens des Gesellschafters.

Die Unerreichbarkeit kann darüber hinaus den Ausschluss des Gesellschafters aus wichtigem Grund rechtfertigen. Für die Beschlussfassung hierüber und eine etwa nachfolgende Ausschließungsklage ist die Bestellung eines Abwesenheitspflegers zulässig und erforderlich.

<sup>35</sup> BGHZ 9, 157; 16, 322; *Scholz-Winter*, GmbHG, Band II, 9. Aufl. 2000, § 15 Rdnr. 130; *Baumbach-Hueck*, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 2.

<sup>36</sup> BGHZ 9, 157, 160; 32, 17, 22; *Scholz-Winter*, GmbHG, § 15 Rdnr. 152; *Baumbach-Hueck*, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 8.

<sup>37</sup> BGHZ 9, 157, 177; *Scholz-Winter*, GmbHG, § 15 Rdnr. 138; *Baumbach-Hueck*, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 8 f.

<sup>38</sup> BGHZ 9, 157, 178; 16, 322; *Scholz-Winter*, GmbHG, § 15 Rdnr. 140; *Baumbach-Hueck*, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 9.

<sup>39</sup> Vgl. *Staudinger-Bienwald*, BGB, § 1911 Rdnr. 20.

<sup>40</sup> BGHZ 9, 157, 159; 16, 322; 32, 31; *Scholz-Winter*, GmbHG, § 15 Rdnr. 133; *Baumbach-Hueck*, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 3.

<sup>41</sup> *Hachenburg-Ulmer*, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 11; *Beckmann*, DNotZ 1971, 132, 139; *Schmitz*, GmbHR 1971, 226, 229.

<sup>42</sup> BGHZ 16, 322; 35, 283; *Scholz-Winter*, GmbHG, § 15 Rdnr. 136; *Baumbach-Hueck*, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 6.

<sup>43</sup> *Scholz-Winter*, GmbHG, § 15 Rdnr. 136; *Baumbach-Hueck*, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 6; ebenso *Soufleros*, Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters, S. 40 f., für den Fall, dass der Gesellschafter die Unerreichbarkeit nicht verschuldet hat.

<sup>44</sup> *Hachenburg-Ulmer*, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 11.

## KURZE BEITRÄGE

## Schuldrechtliches Vorkaufsrecht für mehrere Vorkaufsfälle? – Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 11.6.2001 – 9 U 183/00 –

Von Notarassessor *Christian Berringer*, Berchtesgaden

Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht auch für *mehrere* Vorkaufsfälle begründet werden kann. Damit eröffnet sich der Weg für ein umgehungsfestes schuldrechtliches Vorkaufsrecht für den *ersten* Verkaufsfall.

In seiner Entscheidung löst das OLG Düsseldorf<sup>1</sup> auf im Ergebnis überzeugende Weise einen Fall, der die Praxis sicher nicht allzu häufig beschäftigt. Allerdings muss es sich dazu mit einigen Rechtsfragen auseinandersetzen, die auch in anderem Zusammenhang interessieren. Insbesondere sieht sich das Gericht veranlasst, auf die fundamentalen Unterschiede zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Vorkaufsrecht einzugehen. Es verwendet dabei einen Satz aus der Literatur, der dort wie in Stein gemeißelt steht: Ein persönliches Vorkaufsrecht kann nur für den ersten Verkaufsfall, ein dingliches dagegen für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt werden<sup>2</sup>. Der zweite Teil dieses Satzes ergibt sich ohne weiteres aus § 1097 a.E. BGB. Woraus aber folgt, dass nicht auch ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht für mehrere Verkaufsfälle begründet werden kann?

Lässt man stellvertretend *Wolfsteiner* zu Wort kommen, so präsentiert sich eine verblüffend einfache Antwort: „Ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht kann im Ergebnis immer nur für den ersten Verkaufsfall bestellt werden, denn wenn der Verpflichtete einmal verkauft hat, wird er niemals wieder verkaufen.“<sup>3</sup> Nicht etwa ein Umkehrschluss aus § 1097 a.E. BGB ist also zu bemühen, sondern der Wortlaut des § 463 BGB. Danach kann das Vorkaufsrecht nur ausgeübt werden, wenn gerade der Verpflichtete einen Kaufvertrag mit einem Dritten geschlossen hat. Regelmäßig wird es aber nicht zu einem Verkauf durch den Verpflichteten kommen, wenn dieser bereits einmal verkauft hat.

Damit stehen wir vor der Frage, ob die in § 463 BGB enthaltene Definition des Verkaufsfalles tatsächlich zwingendes Recht darstellt. Diese Frage ist von nicht unerheblicher Relevanz für die notarielle Praxis. Um eines vorweg klar zu stellen: Es soll hier nicht darum gehen, der Bestellung schuldrechtlicher Vorkaufsrechte für mehrere Verkaufsfälle Vorschub zu leisten! Über die von den Beteiligten oft unterschätzten wirtschaftlichen Nachteile von Vorkaufsrechten ist an anderer Stelle genügend gesagt<sup>4</sup>. Es muss aber ein An-

liegen sein, das schuldrechtliche Vorkaufsrecht überhaupt durchsetzbar zu machen. Sollte es nämlich richtig sein, dass das schuldrechtliche Vorkaufsrecht nur ausgeübt werden kann, wenn der Verpflichtete selbst den Kaufvertrag schließt, dann wird es allzu leicht umgehbar, etwa durch „Zwischenschaltung“ einer Schenkung, eines Tauschvertrages oder – noch deutlicher – eines Vertrages über die Einbringung des Gegenstandes in eine Gesellschaft<sup>5</sup>. Das ist ein unschönes Ergebnis. Mit Recht werden die Beteiligten vom Notar eine Gestaltung verlangen, die derartigen Umgehungsversuchen standhält. Ein Hinweis darauf, dass ein solcher Vertrag sittenwidrig sein kann<sup>6</sup>, wird die Mandantschaft kaum zufrieden stellen. Hinzu kommt das Bedürfnis, bei Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts zu bestimmen, dass es bis zur Eintragung als schuldrechtliches Vorkaufsrecht zwischen den Beteiligten gilt. Dieser Weg wäre bei einem für mehrere Verkaufsfälle vereinbarten dinglichen Vorkaufsrecht versperrt<sup>7</sup>.

§ 463 BGB hat den Verkaufsfall zwar vordefiniert. Es gibt aber keinen schuldrechtlichen Typenzwang. Das wird gerade im Hinblick auf das schuldrechtliche Vorkaufsrecht wieder und wieder betont. So ist es nach allgemeiner Ansicht möglich, die Bestimmungen, zu denen der Kaufvertrag zustande kommen soll, abweichend von der Regel des § 464 Abs. 2 BGB vorab festzulegen, etwa den Kaufpreis zwischen den Beteiligten zu „limitieren“. Schon *Larenz* ist einen Schritt weiter gegangen. Er hat vorgeschlagen, die Umgehung des Vorkaufsrechts durch eine Vereinbarung zu verhindern, wonach das Vorkaufsrecht auch bei anderen Fällen der Eigentumsübertragung ausgelöst wird, und gleichzeitig eine Vergütung zu bestimmen, die der Verkaufsberechtigte dann zu zahlen hat<sup>8</sup>. Damit hat er die Bestimmung des Verkaufsfalles in die Hände der Beteiligten gelegt. Wenn es in § 463 BGB heißt, das Vorkaufsrecht könne ausgeübt werden, „sobald der Verpflichtete einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat“, so braucht nicht sklavisch an dem Wort „Kaufvertrag“ festgehalten zu werden. Nicht jeder Verkaufsfall muss auch ein Verkaufsfall sein.

Der Vorschlag von *Larenz* hilft nicht weiter, wenn der Berechtigte sich etwa die Übertragung auf seine Abkömmlinge vorbehalten möchte (vgl. § 470 BGB). Dennoch ist damit der richtige Ansatz gefunden. Denn von hier aus ist es nur noch ein kleiner Schritt zu der These: nicht nur die Art des Rechts-

<sup>1</sup> Für den Hinweis auf diese Entscheidung und seine Gesprächsbereitschaft danke ich meinem Ausbildungsnotar, *Dr. Amann*, Berchtesgaden.

<sup>2</sup> Etwa *Palandt-Putzo*, 61. Aufl. 2002, Vorb. v. § 463 Rdnr. 6; *Langenfeld* in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, 2. Hb., 4. Aufl. 1998, S. 458; *Wolfsteiner* in *Kersten/Bühling*, 21. Aufl. 2001, § 69 Rdnr. 8; auch *Larenz*, Schuldrecht, Bd. II, Hb. 1, 13. Aufl. 1986, S. 155; siehe auch die vom OLG Düsseldorf zitierte Literatur (*Soergel-Huber*, vor § 504 BGB, Rdnr. 2).

<sup>3</sup> *Wolfsteiner*, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 8.

<sup>4</sup> *Wolfsteiner*, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 2 ff.; *Amann*, Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A VIII. Rdnr. 8 ff.; *Basty*, Vertragsgestaltung bei rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechten, ZNotP 1998, 275 (276).

<sup>5</sup> *Langenfeld*, a.a.O. (Fn. 2), S. 458; auch *Amann*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 13.

<sup>6</sup> BGH, NJW 1964, 540.

<sup>7</sup> *Basty*, a.a.O. (Fn. 4), S. 277.

<sup>8</sup> *Larenz*, a.a.O. (Fn. 2), S. 153.

geschäfts („Kaufvertrag“) steht zur Disposition der Parteien, sondern auch die Person dessen, der den Vorkaufsfall auslöst. Danach können die Beteiligten anstelle des Verkaufs durch den „Verpflichteten“ auch den Verkauf durch einen (weiteren) Dritten als Vorkaufsfall ansehen<sup>9</sup>. Das bedeutet nicht, dass die Parteien auch die Person desjenigen frei bestimmen können, der durch das Vorkaufsrecht verpflichtet wird. Es bleibt bei der Aussage des § 464 Abs. 2 BGB, wonach der Kauf mit der Ausübung des Vorkaufsrechts „zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten“ zustande kommt. Das Schuldrecht kennt keinen Vertrag zu Lasten Dritter. Das Schuldrecht kennt jedoch sehr wohl die Möglichkeit, eine Übereignungspflicht bezüglich eines Gegenstands zu begründen, der nicht im Eigentum des Verpflichteten steht. Natürlich ist dem Berechtigten wenig geholfen, wenn der Verpflichtete nicht in der Lage ist, den Vertragsgegenstand zu übereignen. Ist das Vorkaufsrecht auf ein Grundstück bezogen, kann dies jedoch ohne weiteres durch eine Vormerkung sichergestellt werden. Bei einem auf ein Grundstück bezogenen schuldrechtlichen Vorkaufsrecht ist eine Vormerkung ohnehin veranlasst.

Akzeptiert man die Definition des Verkaufsfalles in § 463 BGB als dispositives Recht, so ist die These, ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht könne nur für einen Verkaufsfall, nicht auch für mehrere Verkaufsfälle bestellt werden, nicht haltbar. Übrigens ergibt sich etwas anderes auch nicht aus dem eingangs angesprochenen Umkehrschluss aus § 1097 a.E. BGB. Aufgrund des sachenrechtlichen Typenzwangs hatte der Gesetzgeber beim dinglichen Vorkaufsrecht Veranlassung, den Umfang der privatautonomen Gestaltungsfreiheit klar zu umreißen. Wie gezeigt, ist im Schuldrecht demgegenüber die Abdingbarkeit die Regel. Hier hätte der Gesetzgeber also umgekehrt auf eine ausnahmsweise fehlende Dispositivität hinweisen müssen.

<sup>9</sup> Diese Möglichkeit anerkennt immerhin *Basty*, a.a.O. (Fn. 4), S. 276. Derselben Meinung ist offensichtlich *Amann*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 13 a.E.

Der folgende Formulierungsvorschlag<sup>10</sup> stellt kein schuldrechtliches Vorkaufsrecht für mehrere Verkaufsfälle dar. Ein solches Vorkaufsrecht ist für die Praxis nicht zu empfehlen. Stattdessen wird – der Hauptintention dieser Anmerkung folgend – ein umgehungsfestes schuldrechtliches Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall vorgestellt (hier preislich limitiert):

V bestellt am Grundstück Fl.Nr. ... ein Vorkaufsrecht zugunsten des B für denjenigen ersten Verkaufsfall, bei welchem dem B erstmals eine Ausübung des Vorkaufsrechts rechtlich möglich ist. Das Vorkaufsrecht besteht also auch dann, wenn ein solcher Verkaufsfall erst bei einem späteren Eigentümer des Grundstücks eintritt. Bei Ausübung des Vorkaufsrechts ist der im Kaufvertrag vereinbarte Kaufpreis nur maßgebend, soweit er einen Betrag von ... nicht übersteigt. Es wird bewilligt und beantragt, zur Sicherung des durch die Ausübung dieses schuldrechtlichen Vorkaufsrechts entstehenden Übereignungsanspruchs eine Vormerkung nach § 883 BGB im Grundbuch an nächstoffener Rangstelle einzutragen.

Überträgt V in einer solchen Konstellation das Eigentum auf einen Dritten, ohne den Vorkaufsfall auszulösen, „umgeht“ er also das Vorkaufsrecht, so befreit ihn das nicht von der Pflicht, das Grundstück an den B zu übereignen, wenn der Dritte den Vorkaufsfall auslöst. Da V bei Auslösung des Vorkaufsfalles durch einen Dritten einen Vertrag zu erfüllen hätte, den er selbst nicht ausgehandelt hat, wird er eine Weiterübertragung nur mit äußerster Vorsicht wagen, also allenfalls an Vertraute, etwa den Ehegatten oder die eigenen Kinder, übereignen. Zumindest wird V Vorsorge für einen späteren Verkaufsfall treffen müssen. Dies wird den V möglicherweise von einer solchen Weiterübertragung abhalten. Auf die sichere Seite kann sich V nur begeben, wenn er selbst das Grundstück verkauft und die Entscheidung des B abwartet – ein allerdings keineswegs unerwünschtes Ergebnis.

<sup>10</sup> Ihm liegt ein Formulierungsvorschlag von *Amann* zugrunde, vgl. a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 13.

## Die haftungsbeschränkte private Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Phoenix aus der Asche?

### – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.1.2002 – II ZR 2/00 –<sup>1</sup>

Von Dr. Eckhard Wälzholz, Notar in Füssen

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), §§ 705 ff. BGB, ist 1999 in unruhige Fahrwasser gekommen<sup>2</sup>, als die „GbR mbH“ vom BGH zu Grabe getragen und die eingeschränkte Rechts- und Parteifähigkeit dieser Gesellschaftsform anerkannt worden ist. Die neue Entscheidung des BGH vom 21.1.2002 belegt, dass ein Ende der Turbulenzen immer noch nicht absehbar ist.

#### 1. Einführung

Wollte der gesellschaftsrechtliche, II. Senat des BGH mit seiner Rechtsprechungsänderung von 1999 für mehr Klarheit und Sicherheit sorgen, so ist zunächst das Gegenteil der Fall. Eine wahre Prozess- und Aufsatzflut um Rechtsnatur, Konsequenzen und Haftung der GbR sind die Folge. Zahlreiche

<sup>1</sup> DNotZ 2002, 805 (Heft 10) = DStR 2002, 816 mit Anm. *Goette* = ZIP 2002, 851 = DNotI-Report 2002, 84 = BGH-Report 2002, 637 = NotBZ 2002, 218 = BB 2002, 1061 = NJW 2002, 1642; vgl. dazu auch *Schleicher*, ZfIR 2002, 430 ff.

<sup>2</sup> Vgl. insbes. BGH vom 27.9.1999, II ZR 371/98, DNotZ 2000, 135 mit Anm. *Brandani* = MittBayNot 1999, 577 = BGHZ 142, 315 =

GmbHR 1999, 1134 = NJW 1999, 3483 = ZIP 1999, 1755; BGH vom 29.1.2001, II ZR 331/00, DNotZ 2001, 234 = MittBayNot 2001, 192 mit Anm. *Ann* = BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = DB 2001, 423 = ZIP 2001, 330; BGHZ 148, 201 = DStR 2001, 1355; BGH vom 18.2.2002, II ZR 331/00, DStR 2002, 686 ([Weißes Roß II] mit Anm. *Goette*); abweichend ursprünglich noch der I. Senat des BGH, DB 2000, 2117 (zur Markenrechtsfähigkeit der GbR); vgl. zur aktuellen Entwicklung im Recht der GbR *Lautner*, MittBayNot 2001, 425; *Lautner*, MittBayNot 2002, 256 ff.; *Goette*, DStR 2001, 315; *Habersack*, BB 2001, 477; *Jauernig*, NJW 2001, 2231; *K.Schmidt*, NJW 2001, 993; *Dauner-Lieb*, DStR 2001, 356; *Derleder*, BB 2001, 2485; *Römermann*, DB 2001, 428; *Schemmann*, DNotZ 2001, 2001, 244; *Ulmer*, ZIP 2001, 585; *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330; *Demharter*, Rpfleger 2001, 329; *Pfeifer*, NZG 2001, 296; *Westermann*, NZG 2001, 289.

Fragen bleiben unbeantwortet<sup>3</sup>. Beispielsweise sind zu nennen: Ist die GbR nun auch als Grundbuchfähig anzusehen und als solche im Grundbuch einzutragen<sup>4</sup>? Gilt dies auch für andere Register<sup>5</sup>? Welche Folgen haben dann Änderungen im Gesellschafterbestand? Haften Gesellschafter einer GbR, die dieser nachträglich beitreten auch für Verbindlichkeiten, die vor dem Beitritt begründet wurden<sup>6</sup>? Gilt die neu vom BGH propagierte akzessorische Haftung auch für Altgesellschaften und für gesetzliche Verbindlichkeiten<sup>7</sup>? Hat die neue Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR auch Auswirkungen auf die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft<sup>8</sup>?

Dies ist nur eine kleine Auswahl der noch offenen Fragen, die derzeit in Rechtslehre und Rechtsprechung teilweise uneinheitlich beantwortet werden. Der Praktiker wird sich darauf einstellen müssen, dass das Schicksal der GbR, von deren Gesellschaftern und deren Haftung vorerst weiterhin mit zahlreichen Unsicherheiten behaftet ist. Umbruchszeiten sind stets unsichere Zeiten – und die GbR befindet sich im Umbruch.

## 2. Die BGH-Entscheidung vom 21.1.2002

In diese Situation fällt das Urteil des BGH vom 21.1.2002, das sich mit der Haftung der Gesellschafter einer GbR befasst. Ausgangspunkt dieses Urteils ist die Entscheidung des BGH<sup>9</sup> vom 27.9.1999, wonach der BGH die bisher weit verbreitete sog. Doppelverpflichtungstheorie aufgegeben und sich der sog. Akzessorietätstheorie angeschlossen hat. Danach besteht eine gesetzliche Haftung der Gesellschafter einer GbR für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Das Verhältnis der Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft entspreche dem Verhältnis zwischen Gesellschaft und persönlich haftendem Gesellschafter bei der OHG bzw. KG<sup>10</sup>. Diese strenge und unbegrenzte Haftung schränkt der BGH in der vorliegenden Sache für den Fall von Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften erheblich ein. Bemerkenswerterweise bestehen die hier interessierenden Teile des Urteils und alle drei Leitsätze nur aus *obiter dicta*<sup>11</sup>. Dem BGH scheint inzwischen die Reichweite seiner Rechtsprechungsänderung bewusst geworden zu sein, so dass er sich genötigt sieht, die zunächst ausgeweitete Gesellschafterhaftung bei der GbR wieder zu beschränken.

<sup>3</sup> Ebenso *Schemmann*, DNotZ 2001, 2001, 244.

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330; *Demharter*, Rpfleger 2001, 329; *Lautner*, MittBayNot 2001, 425; *Schemmann*, DNotZ 2001, 2001, 244, 250; *Münch*, DNotZ 2001, 535; *Kazele*, INF 2001, 335; *Demuth*, BB 2002, 1555; ablehnend BayObLG, RNotZ 2002, 507.

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch *Münch*, DNotZ 2001, 535.

<sup>6</sup> Das bejahen *Habersack*, BB 2001, 477, 482; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 999; *Schemmann*, DNotZ 2001, 2001, 244, 251; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 598; OLG Hamm, BB 2002, 370; zweifelnd *Westermann*, NZG 2001, 289, 294; vgl. auch *Schleicher*, ZfIR 2002, 430, 432; *Lange*, NJW 2002, 2002; *Lange*, NZG 2002, Heft 9.

<sup>7</sup> Bejahend *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 998; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 596 ff.; *Habersack*, BB 2001, 477, 481; *Dauner-Lieb*, DSr 2001, 356, 359.

<sup>8</sup> Vgl. *Eberl-Borges*, ZEV 2002, 125 ff.; *Heil*, ZEV 2002, 296; *Weipert*, ZEV 2002, 300; ablehnend nun BGH v. 11.9.2002, Zerb 2002, 352.

<sup>9</sup> II ZR 371/98, DNotZ 2000, 135 mit Anm. *Brandani* = MittBayNot 1999, 577 = BGHZ 142, 315.

<sup>10</sup> BGH vom 29.1.2001, II ZR 331/00, DNotZ 2001, 234 = MittBayNot 2001, 192 mit Anm. *Ann* = BGHZ 146, 341 = DB 2001, 423.

<sup>11</sup> Ebenso der BGH-Richter im II. Senat, *Goette*, in seiner diesbezüglichen Anm. DSr 2002, 818.

## 3. Stellungnahme und Kritik

Das Urteil differenziert zwischen zwei zeitlich zu unterscheidenden Haftungsfällen bei geschlossenen Immobilienfonds:

- (a) Altgesellschaften, die Verträge vor der Rechtsprechungsänderung abgeschlossen haben und
- (b) Alt- wie Neugesellschaften, die Verträge nach der Rechtsprechungsänderung abgeschlossen haben.

Als drittes äußert sich der BGH zur Haftung bei Bauherrengemeinschaften, die als Außen-GbR auftreten (c).

### a) Altverträge von Immobilienfonds

Nach dem ersten Leitsatz können sich alle Anlagegesellschafter bereits bestehender geschlossener Immobilienfonds für Altverträge auch weiterhin auf eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung berufen, sofern diese Haftungsbeschränkung dem jeweiligen Vertragspartner zumindest erkennbar war. Jeder Waghalsige, der sich in den letzten Jahren noch an geschlossenen Immobilienfonds beteiligt hat, meist in den östlichen Bundesländern, wird bei der Lektüre dieses Leitsatzes erleichtert aufatmen.

Das Ergebnis erscheint auf den ersten Blick gerecht und billig. Die unerfahrenen Kapitalanleger sind zu schützen; dieser Schutz gilt nach den Ausführungen des neuen Urteils allerdings für Geschäftserfahrene und Rechtskundige (StB, RA, Notare etc.) ebenso. Der BGH deutet insoweit keinerlei Einschränkungen des gewährten Vertrauensschutzes an. Die Vertragspartner des Fonds hingegen, die aufgrund einer nach außen erkennbaren Haftungsbeschränkung wie dem Namenszusatz „GbR mbH“ sowieso nach der damaligen Rechtslage<sup>12</sup> mit einer Haftungsbeschränkung rechnen mussten, sind demgegenüber nicht schutzbedürftig. Insoweit ist das Ergebnis stimmig.

Derartigen Vertrauensschutz hat der BGH<sup>13</sup> allerdings bei anderen Gesellschaften als Immobilienfonds, beispielsweise bei Kleingewerbetreibenden oder vermögensverwaltenden Familien-GbR bisher nicht erkennbar in Betracht gezogen. *Goette*<sup>14</sup>, BGH-Richter im zuständigen II. Senat, appelliert sogar ausdrücklich dafür, die Ausnahme der Haftungsbeschränkung durch AGB auf Immobilienfonds zu begrenzen. Er warnt ausdrücklich vor einer Diskussion um eine Ausweitung der neuen Rechtsprechung auf weitere Fallgruppen oder andere Typen von GbR. Konsequenz ist dies nicht. Der Vertragspartner einer „GbR mbH“ war bis zur Rechtsprechungsänderung 1999 unabhängig davon nicht schutzbedürftig, ob es sich um einen geschlossenen Immobilienfonds oder um eine sonstige vermögensverwaltende GbR handelte. Nach der damaligen Rechtslage konnte er nicht damit rechnen, auch auf das Vermögen der Gesellschafter der „GbR mbH“ zugreifen zu können. Es fragt sich daher, warum die neuen Grundsätze nur für Anleger geschlossener Immobilienfonds gelten sollen. Warum nicht auch für Mitgesellschafter von Golfclubs in der Rechtsform der GbR, die sich ebenso wenig aktiv unternehmerisch am Markt betätigen? Warum nicht auch bei anderen reinen Kapitalanlage-GbR, beispielsweise bei einer rein ver-

<sup>12</sup> BGHZ 113, 216, 219; BGH 61,59, 67; BGH ZIP 1990, 715, 716.

<sup>13</sup> BGH vom 27. 9. 1999, II ZR 371/98, DNotZ 2000, 135 mit Anm. *Brandani* = MittBayNot 1999, 577 = BGHZ 142, 315 = GmbHR 1999, 1134.

<sup>14</sup> DSr 2002, 819.

mögensverwaltenden Familiengesellschaft<sup>15</sup>, für die damals beispielsweise zum Schutz der mit aufgenommenen Kinder die Rechtsform der „GbR mbH“ gewählt worden war? Verdient ein Rechtsanwalt und Steuerberater, der sich an einem Immobilienfonds beteiligt hatte, etwa mehr Vertrauensschutz als ein 18-jähriger, der sich zum Zweck der Heranführung an das Familienvermögen an diesem in der Rechtsform der alten „GbR mbH“ beteiligt hatte? Die Antwort liegt auf der Hand: Nein! Die neuen Rechtsprechungsgrundsätze der Haftungsbeschränkung für Alt-Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR sind daher – entgegen dem Plädoyer von *Goette*<sup>16</sup> – auf all diejenigen Fälle auszudehnen, in denen es sich um vermögensverwaltende GbR handelt. Dies müsste daher beispielsweise auch bei echten Bauherren-Gemeinschaften<sup>17</sup> gelten, die gemeinsam eine Immobilie zum Zwecke der gemeinschaftlichen Vermögensverwaltung bebauen.

Der BGH verwendet ausdrücklich eine präzise Definition für einen geschlossenen Immobilienfonds; er spricht nicht allgemein von vermögensverwaltenden GbR oder Kapitalanlage-GbR. Diese Beschränkung wird er überdenken müssen. Dies verdeutlicht auch der Vergleich mit dem BGH-Urteil<sup>18</sup> des XI. Senats vom 23.10.2001 zur Verbrauchereigenschaft von vermögensverwaltenden GbR. Nach diesem Urteil sind als GbR zusammengeschlossene Freiberufler, die privat großes Vermögen im Rahmen der Verwaltung eigenen Vermögens am Kapitalmarkt anlegen, als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB und der Verbraucherkreditrichtlinie anzusehen. Sieht man den vom BGH in der vorliegenden Sache gewährten besonderen Vertrauensschutz als Ausprägung des Verbraucherschutzes, so sollte dieser Vertrauensschutz allen „GbR mbH“ gewährt werden, die sich wie Verbraucher i.S.d. § 13 BGB betätigen. Dies der Fall, wenn die GbR keine gewerbliche und keine selbstständige berufliche Tätigkeit ausgeübt hat. So ließe sich eine Grenzziehung zwischen haftenden und nicht haftenden Gesellschaftern einigermaßen klar ziehen. Dabei sollte m.E. nicht auf die Eigenschaft der Gesellschafter als solche, sondern auf die Tätigkeit der Gesellschaft abgestellt werden<sup>19</sup>.

Der allgemeine Grundsatz, dass eine akzessorische Haftung gemäß §§ 128 HGB ff. ausschließlich für reine Unternehmens-GbR gelte<sup>20</sup>, lässt sich dem BGH-Urteil vom 21.1.2002 nicht entnehmen. Meines Erachtens ist dies jedoch der erste Schritt in diese Richtung und muss es auch sein. Eine akzessorische Haftung *contra legem* lässt sich in anderen Bereichen noch weniger rechtfertigen, als dies im unternehmerischen Bereich der Fall ist. Sollte der BGH diese Einschränkung nicht vornehmen, ist absehbar, dass der erste Betroffene sich aufgrund der neuen Rechtsprechung zur akzessorischen Haftung entsprechend §§ 128 ff. HGB an das BVerfG wenden und dort Recht bekommen wird. Diese Frage wird sich insbe-

sondere stellen, wenn der BGH auch § 130 HGB ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklären sollte; wenn also auch ein neu hinzutretender Gesellschafter einer GbR für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft in Anspruch genommen wird.

Folgt man der hier vertretenen Meinung, dass die neuen Rechtsprechungsgrundsätze zur Haftungsbeschränkung bei Immobilienfonds auch auf andere Nicht-Unternehmerische-GbR auszudehnen sind, so verdient das BGH-Urteil Kritik. Wollte der BGH im Rahmen von *obiter dicta* die Grenzen der Haftung der Gesellschafter einer GbR klären<sup>21</sup>, so ist es verwunderlich, dass wesentliche Aspekte, wie die Haftung in der rein vermögensverwaltenden Familien-GbR mbH unbeantwortet bleiben bzw. sogar durch Nichterwähnung der Eindruck erweckt wird, als sollten die Gesellschafter solcher Gesellschaften unbeschränkt haften.

Das Urteil der vorliegenden Sache lässt schließlich offen, ab welchem genauen Zeitpunkt der Vertrauensschutz endet. Der BGH beruft sich auf zwei Urteile<sup>22</sup>, die immerhin rund 15 Monate auseinanderliegen. Da jedoch die gesetzliche Haftung der Gesellschafter bereits in dem ersten Urteil vom 27.9.1999 deutlich zum Ausdruck gekommen ist, ist wohl davon auszugehen, dass bereits mit diesem Zeitpunkt, bzw. mit der erstmaligen Veröffentlichung Mitte November 1999 der Vertrauensschutz entfallen ist. Die vorstehenden Grundsätze gelten mithin nur für Verträge, die bis Mitte November abgeschlossen wurden. Maßgeblicher Zeitpunkt des Vertrauensschutzes für Gesellschafter von Altverträgen ist nach dem BGH (wohl<sup>23</sup>) der Vertragsabschluss zwischen Immobilienfonds und Drittem und nicht der Beitritt des Gesellschafter zum Immobilienfonds. Ein vor Mitte November 1999 beigetretener Anleger haftet daher für alle nach diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Verträge des Immobilienfonds nach den nachfolgend geschilderten Grundsätzen für Neuverträge.

## b) Die Behandlung von Neuverträgen

Der zweite Leitsatz beschäftigt sich mit Neuverträgen, die von Immobilienfonds nach der Rechtsprechungsänderung abgeschlossen werden. Dabei äußert der BGH sich nicht eindeutig dahingehend, ob diese Grundsätze nur für Neuverträge von Alt-Immobilienfonds gelten oder auch für in der Zukunft neu aufgelegte Immobilienfonds. Aus dem Gesamtzusammenhang ist jedoch zu entnehmen, dass die folgenden Grundsätze für Neuverträge für alle Immobilienfonds gelten sollen, unabhängig vom Datum der Gründung des Immobilienfonds.

Danach ist in derartigen Fällen eine Haftungsbeschränkung durch individualvertragliche Vereinbarung – anders als sonst<sup>24</sup> – nicht erforderlich. Vielmehr genügt nach Meinung des BGH in solchen Fällen die Regelung durch allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB zur Her-

<sup>15</sup> Auch bei *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001 und *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 592 wird die Meinung vertreten, dass die neuen Rechtsprechungsgrundsätze zur GbR nicht uneingeschränkt auf Ehegatten- oder Familiengesellschaften bürgerlichen Rechts Anwendung finden könnten. Demgegenüber will *Habersack* die neuen Grundsätze der GbR uneingeschränkt auch auf (vermögensverwaltende) Ehegatten- und Familiengesellschaften bürgerlichen Rechts anwenden, vgl. *Habersack*, BB 2001, 477, 478 f.; dazu auch *Lautner*, MittBayNot 2001, 425, 427.

<sup>16</sup> DSfR 2002, 819.

<sup>17</sup> Zu den dazu geltenden Besonderheiten siehe unten.

<sup>18</sup> BGH vom 23.10.2001, NJW 2002, 368 ff.; vgl. dazu mit beachtlichen Gründen kritisch *Fehrenbacher/Herr*, BB 2002, 1006 ff.

<sup>19</sup> So i.E. auch BGH vom 23.10.2001, NJW 2002, 368 ff.

<sup>20</sup> So *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001. Vgl. auch *Lautner*, MittBayNot 2001, 425, 426 f. m.w.N.

<sup>21</sup> So ausdrücklich *Goette*, DSfR 2002, 819.

<sup>22</sup> BGH vom 27.9.1999, II ZR 371/98, DNotZ 2000, 135 mit Anm. *Brandani* = MittBayNot 1999, 577 = BGHZ 142, 315 = GmbHR 1999, 1134; BGH vom 29.1.2001, II ZR 331/00, DNotZ 2001, 234 = MittBayNot 2001, 192 mit Anm. *Ann* = BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = DB 2001, 423 = ZIP 2001, 330.

<sup>23</sup> Die Aussagen des BGH sind insoweit mehrdeutig. Sie lassen beide Auslegungen zu: Sowohl ein Abstellen auf den Vertrag über den Beitritt zum Immobilienfonds als auch ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Vertrages des Fonds mit dem Dritten.

<sup>24</sup> BGH vom 27.9.1999, II ZR 371/98, DNotZ 2000, 135 mit Anm. *Brandani* = MittBayNot 1999, 577 = BGHZ 142, 315 = GmbHR 1999, 1134; BGH vom 29.1.2001, II ZR 331/00, DNotZ 2001, 234 = MittBayNot 2001, 192 mit Anm. *Ann* = BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = DB 2001, 423 = ZIP 2001, 330. OLG Stuttgart, NZG 2002, 84 = DB 2002, 366 = JuS 2002, 499 (*K. Schmidt*).

beiführung der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen der GbR. Die Erwartungen des Rechtsverkehrs sind nach Meinung des BGH sowieso in der Regel nur auf eine beschränkte Haftung gerichtet. Daher sei eine derartige Haftungsbeschränkung im Regelfall auch nicht als unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB anzusehen. Implizit, ohne dies allerdings ausdrücklich zu thematisieren, lehnt er damit auch die Annahme einer überraschenden Klausel im Sinne des § 305 c BGB ab.

Erforderlich ist damit lediglich eine wirksame Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Lösung der Haftungsproblematik durch den BGH wird mit dieser Entscheidung auf eine neue Grundlage gestellt. Nicht das Gesellschaftsrecht gibt nunmehr den Ausschlag. Nach der neuen Entscheidung wird die Frage der Haftungsbegrenzung zu einer Frage nach dem AGB-rechtlich Zulässigen. Das Urteil beinhaltet das Ergebnis einer Abwägung zwischen dem einem Anleger zumutbaren Haftungsrisiko und den Verkehrserwartungen an den Haftungsumfang in derartigen Fonds. Der BGH stützt sich dabei vor allem auf den Umstand, dass der typische Anleger sich ja nur als reiner Kapitalanleger beteiligen und kein weiteres Risiko übernehmen wolle. Dies spricht dafür, dass der BGH in Zukunft stets eine Zumutbarkeitsabwägung dahingehend vornehmen sollte und konsequenterweise vornehmen muss, ob eine unbegrenzte Haftung im Einzelfall zumutbar ist oder nicht.

Einen Bruch hat die Argumentation des BGH in jedem Fall. „Wenn der Gesellschaftsvertrag des Fonds eine Haftungsbeschränkung (...) vorsieht“, heißt es in dem Besprechungsurteil, „bedarf es keiner Individualvereinbarung mit dem Vertragspartner, um ihr Geltung zu verschaffen.“ Ob eine solche Haftungsbeschränkungsregelung im Gesellschaftsvertrag enthalten ist oder nicht, kann jedoch nicht ausschlaggebend sein. Die Lösung dieser Fälle erfolgt nach der augenscheinlichen Aufgabe der Doppelverpflichtungstheorie<sup>25</sup> nicht mehr auf vertretungsrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher, sondern auf AGB-rechtlicher Grundlage. Die Haftungsbeschränkung muss daher stets durch AGB erreichbar sein, unabhängig davon, ob sich im Gesellschaftsvertrag eine Haftungsbeschränkungsklausel findet oder nicht. Die Zumutbarkeit der Haftung für den Kapitalanleger und die Verkehrserwartung hängen gewiss nicht von einer solchen gesellschaftsvertraglichen Klausel ab.

Der BGH verwendet in dem zweiten Leitsatz wie auch in den Entscheidungsgründen den Begriff „Kapitalanlagegesellschaft“. Dieser ist in § 1 KAGG definiert. Danach kann eine Kapitalanlagegesellschaft i.S.d. § 1 KAGG nur in der Rechtsform der AG oder GmbH betrieben werden. Es bedarf daher der – zwar selbstverständlichen, aber dennoch erforderlichen – Klarstellung, dass der BGH keine Gesellschaft i.S.d. § 1 KAGG meinen kann, sondern schlicht Gesellschaften, die sich dem Zwecke der Kapitalanlage widmen. Trennscharf ist dieser Begriff gewiss nicht. Jede vermögensverwaltende Gesellschaft verfolgt den Zweck einer Kapitalanlage, so dass die neuen Rechtsprechungsgrundsätze m.E. – wie oben dargelegt – entgegen der Meinung von *Goette* wegen der gesteigerten Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter solcher GbR auf alle vermögensverwaltenden und idealistischen GbR auszudehnen sind.

Der BGH spricht lediglich von einer Beurteilung, die „in der Regel“ gilt. Eine allgemein gültige verbindliche Regel will der BGH anscheinend nicht aufstellen. Er will sich offensichtlich im Einzelfall eine abweichende Entscheidung vorbe-

halten. Für den Rechtsverkehr und den Rechtsanwender würde eine solche von Einzelfall zu Einzelfall schlingernde Rechtsprechung zu unerträglicher Unsicherheit führen.

### c) Haftungsbeschränkungen bei anderen Gesellschaften, insbesondere Bauherrengemeinschaften

Nach dem dritten Leitsatz bleibt die Haftung in künftigen Bauherrengemeinschaften von der Rechtsprechungsänderung von 1999 unberührt. Die alten Haftungsgrundsätze des BGH<sup>26</sup> aus dem Jahre 1979 sollen danach in Zukunft fortgelten. Dies führt zu einer nur quotalen Haftung jedes Gesellschafters für die sog. „Aufbauschulden“, also die Herstellungskosten des Objektes. Beträgt eine solche Schuld beispielsweise 1 Mio. Euro und ist ein Mit-Bauherr zu 10% an der Gesellschaft beteiligt, so haftet er den Gesellschaftsgläubigern nur in Höhe von 10% (also 100.000 Euro) mit seinem Privatvermögen. Dies gilt nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH auch dann, wenn keine entsprechende Vereinbarung der Gesellschafter untereinander oder mit den Vertragspartnern getroffen wurde<sup>27</sup>.

Die Fortgeltung dieser Rechtsprechung für sog. Bauherrengemeinschaften spricht dafür, auch andere rein vermögensverwaltende Außen-GbR wie vermögensverwaltende Familienpools in Zukunft nur quotale haften zu lassen und nicht den viel strengereren Regelungen der §§ 128 ff. HGB zu unterwerfen. M.E. ist jedoch sowohl Bauherrengemeinschaften als auch anderen vermögensverwaltenden GbR, die keiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit i.S.d. §§ 13, 14 BGB nachgehen, die Möglichkeit eröffnet, durch allgemeine Geschäftsbedingungen eine vollständige Haftungsbegrenzung auf das Gesellschaftsvermögen herbeizuführen. Es ist – wie bereits oben dargelegt – nicht ersichtlich, warum Gesellschafter von Immobilienfonds insoweit privilegiert werden sollten.

Nach dieser weiteren Einschränkung der Akzessorietätstheorie durch den BGH muss der BGH sich fragen lassen, was noch von seiner Rechtsprechungsänderung zur Haftung der GbR übrig bleibt. Zum Glück wenig. Dies wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, zu welchen Zwecken GbR genutzt werden<sup>28</sup>. Es handelt sich in vielen Fällen um vermögensverwaltende Gesellschaften, geschlossene Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften.

Der wesentliche verbleibende Anwendungsbereich für die Akzessorietätstheorie mit einer nur individualvertraglich beschränkbarer Haftung sind danach bauwirtschaftliche ARGes, unternehmerische Joint Ventures und freiberufliche Sozietäten.

Insbesondere bei den Sozietäten war bereits bisher<sup>29</sup> angenommen worden, dass grds. alle Gesellschafter uneingeschränkt gesamtschuldnerisch für alle Verbindlichkeiten, einschließlich der Schadensersatzansprüche, die einzelne Sozietäten verursacht haben, haften. Rein vermögensverwaltende Holdinggesellschaften unterliegen m.E. nicht der unbeschränkten Gesellschafterhaftung, sondern sind wie Immobilienfonds zu behandeln. In einem solchen Fall mag es tatsächlich auf die Struktur im Einzelfall ankommen.

<sup>26</sup> BGH vom 18.6.1979, VII ZR 187/78, BGHZ 75, 26 = DNotZ 1080, 602 = NJW 1979, 2101.

<sup>27</sup> Vgl. DNotI-Report 2002, 84, 85.

<sup>28</sup> Vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, § 705 Rdnr. 36 ff.

<sup>29</sup> BGHZ 56, 355, 359; BGHZ 70, 247, 248; vgl. auch BGH BB 1992, 2026.

<sup>25</sup> So ausdrücklich BGH-Richter *Goette*, DStR 2001, 315; DStR 2002, 688.

#### 4. Konsequenzen für die Praxis

Trotz und gerade wegen des neuen Urteils des II. Senats des BGH sollte die GbR in der Rechtspraxis vermieden oder jedenfalls nur noch in seltenen Fällen verwandt werden. Eine GbR kann in der notariellen Praxis jedoch m.E. bedenkenlos noch empfohlen werden für Innengesellschaften ohne eigenes Gesellschaftsvermögen sowie für sonstige privat gestaltbare Gesamthandsgemeinschaften von einander nahe stehenden Personen, die im Wesentlichen nicht nach außen auftreten sollen. Dies kann beispielsweise beim Erwerb des selbstbewohnten Wohnhausgrundstücks durch Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft der Fall sein, teilweise auch bei kleinen vermögensverwaltenden Familiengesellschaften, die mit wenig Aufwand risikolos betrieben werden sollen. In den meisten Fällen sollte die Praxis hingegen die Verwendung einer (vermögensverwaltenden) KG bevorzugen. Diese Rechtsform kann seit der Handelsrechtsreform auch zum Zwecke der Vermögensverwaltung begründet werden, § 105 Abs. 2 HGB<sup>30</sup>. Sie gewährt ausreichende Rechtssicherheit, vermeidet böse Überraschungen und lässt eine maßgeschneiderte und auf den Einzelfall zugeschnittene Haftungsregelung zu. Sollen alle Beteiligten unbeschränkt haften, so ist eine OHG vorzuzugewähren; will hingegen kein Beteiligter haften, so ist die GmbH & Co. KG zu wählen.

Bei vermögensverwaltenden Gesellschaften besteht steuerlich die freie Wahl, ob die GmbH & Co. KG als vermögensverwaltend betrachtet wird, das Vermögen also Privatvermögen bleibt, oder ob gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG Betriebsvermögen begründet werden soll. Ersteres lässt sich erreichen<sup>31</sup>, indem neben der Komplementär-GmbH eine natürliche Person geschäftsführungsbefugt ist. Dies ist gesellschaftsrechtlich zulässig, da § 164 HGB dispositiv ist<sup>32</sup>. Eine nach außen wirkende Vertretungsbefugnis für den zusätzlichen „geschäftsführenden Kommanditisten“ ist nicht erforderlich und wegen des zwingenden § 170 HGB auch gesellschaftsrechtlich nicht möglich<sup>33</sup>. Es bedarf auch keiner Erwähnung dieser Besonderheit in der Handelsregisteranmeldung. Die gewerbliche Prägung wird hingegen erzielt, wenn nur die Komplementär-GmbH persönlich haftet und zur Geschäftsführung befugt ist. Vorteil der KG gegenüber der GbR ist vor allem die Handelsregisterpublizität. Durch Eintragungen im Handelsregister lässt sich zwar nicht beweisen, dass keine Pfändungen oder sonstige Belastungen des Gesellschaftsanteils vorliegen und der Gesellschaftsanteil nicht vor einer Übertragung an Dritte abgetreten wurde. Dennoch ermöglichen die Verlautbarungen des Handelsregisters aufgrund der gesteigerten förmlichen Anforderungen bei Gesellschafterwechseln<sup>34</sup> ein wesentlich höheres Vertrauen in die Gesellschafterstellung eines Beteiligten als dies bei einer GbR der Fall ist. Im Hinblick auf die Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters gilt dies naturgemäß wegen § 15 HGB in noch höherem Maße. Zugegebenermaßen wirkt die Veröffentlichung im Handelsregister teilweise auch abschreckend.

<sup>30</sup> *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdnr. 13. Dort auch zu der streitigen Abgrenzungsfrage, ob besonders kleine oder unbedeutende vermögensverwaltende Gesellschaften nur als GbR geführt werden können, da der Begriff der Vermögensverwaltung noch nicht erfüllt werde. In der Praxis der Registergerichte spielt dieser Streit erfreulicherweise keine Rolle. Vgl. auch zu Abgrenzungsfragen *K. Schmidt*, DB 1998, 61, 62; *Schön*, DB 1998, 1169 ff.

<sup>31</sup> *Schmidt*, EStG, 21. Auflage 2002, § 15 Rdnr. 221.

<sup>32</sup> *Baumbach/Hopt*, HGB, § 164 Rdnr. 6.

<sup>33</sup> Abgesehen von dem Ausnahmefall der sog. Einheits-GmbH & Co. KG, in dem die KG selbst alleinige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH ist. In diesem Fall müssen die Kommanditisten die KG gegenüber der GmbH vertreten können.

<sup>34</sup> Diese werden insbesondere im Hinblick auf § 176 HGB im Regelfall auch eingehalten.

Wird entgegen den vorstehenden Empfehlungen dennoch die Rechtsform einer GbR für eine vermögensverwaltende, also nicht-unternehmerische Tätigkeit (§ 13 BGB) gewählt, so sollte auf jeden Fall eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen als „GbR mbH“ vereinbart werden. Begleitend sollte die Haftungsbeschränkung als Allgemeine Geschäftsbedingung jedem Vertrag der GbR zugrunde gelegt und offenbart werden. Dann bestehen m.E. ausreichende Aussichten, dass diese Haftungsbeschränkung auch vom BGH akzeptiert wird. Ergänzend kann – ähnlich dem Haftungsmodell der Bauherrengemeinschaft – zumindest eine quotale Haftungsbeschränkung vereinbart werden. Sollte der BGH die Rechtsprechung zu Immobilienfonds nicht auf alle nicht-unternehmerischen GbR ausdehnen, würde voraussichtlich zumindest diese Haftungslimitierung halten.

#### 5. Zusammenfassung

Die BGH-Rechtsprechung zur Haftung der Gesellschafter einer GbR hat sowohl mit der Rechtsprechung zur Haftung im qualifiziert-faktischen Konzern Ähnlichkeiten als auch mit marxistisch-leninistischer Ideologie. Sie entwickelt sich nach dem Grundsatz „Drei Schritte vor, zwei zurück“ – oder auch umgekehrt.

Dem BGH-Urteil ist zwar im Ergebnis zuzustimmen. Es ist für Anleger geschlossener Immobilienfonds unzumutbar, unbeschränkt mit dem gesamten Privatvermögen für die Verbindlichkeiten des Fonds zu haften. Die Gewährung von Vertrauensschutz für Altverträge überzeugt im Ergebnis ebenso wie die Zulassung einer Haftungsbeschränkung durch AGB in derartigen Fällen. Diese Rechtsprechung sollte auf alle anderen vermögensverwaltenden Außen<sup>35</sup>-GbR ausgedehnt werden, also solche GbR, die keine gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit ausüben, § 13 BGB.

Das vorliegende Verfahren lenkt den Blick weitergehend auf die Frage, ob der BGH mit seiner Entscheidung zu Gunsten einer gesetzlich-akzessorischen Haftung *contra legem* eine weise Entscheidung getroffen hat. Sollte der BGH an seiner bisherigen Linie festhalten – wovon auszugehen ist –, wird er sich noch in zahlreichen Fällen darüber Gedanken machen müssen, inwieweit die unbeschränkte persönliche Haftung jedes Gesellschafters zu beschränken ist, insbesondere ob sie auch auf den nichtunternehmerischen Bereich ausgedehnt werden kann. Der BGH hätte die GbR nicht zu einer OHG hochstilisieren sollen, die sie nicht ist<sup>36</sup>. Der vorliegende Fall zeigt, dass die Neigung der Rechtsprechung, sich vom Gesetz zu entfernen und Analogien zu ziehen, die dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, zu erheblichen Problemen in der Rechtswirklichkeit führt. Der ansonsten sehr besonnene II. Senat des BGH hat mit seiner handstreichartigen Rechtsprechungsänderung (ohne Absprache mit den anderen BGH-Senaten, wie das Urteil des I. Senats zeigt<sup>37</sup>) eine Welle von Prozessen und Streitigkeiten losgetreten, bei der nur zu hoffen bleibt, dass es ihm bald gelingen wird, wieder ein stimmiges Haftungssystem zu etablieren.

Wichtigste Konsequenz des Urteils für die notarielle Praxis ist es, die GbR wegen der mit ihr verbundenen Unsicherheiten über die weitere Entwicklung der Rechtsprechung im privaten Bereich zu meiden und stattdessen die Rechtsform der KG oder GmbH & Co. KG anzustreben.

<sup>35</sup> Für reine Innengesellschaften gilt die unbeschränkte Haftung entsprechend §§ 128 ff. BGB sowieso nicht.

<sup>36</sup> Kritisch auch *Schemmann*, DNotZ 2001, 244 ff.

<sup>37</sup> BGH, DB 2000, 2117 (Ablehnung der Markenrechtsfähigkeit der GbR); vgl. jedoch nunmehr BGH DStR 2002, 686 = BB 2002, 1015 = NJW 2002, 1207. Der II. Senat scheint sich insoweit gegenüber dem I. Senat durchgesetzt zu haben.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Arens/Rinck (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2002, 1584 Seiten und eine CD-ROM mit Mustern, € 122,-**

Bücher zum Gesellschaftsrecht gibt es viele: Lehrbücher, Handbücher, Formularbücher, Mandatspraxisbücher ... Wer das alles in einem Band möchte, der darf jetzt zugreifen. Das Konzept dieses neuen Buchs ist bestechend. Meist leiten, nach umfangreichen Literaturhinweisen, ähnlich wie im *Kersten/Bühling* kurze, lehrbuchartige Darstellungen die Kapitel ein („rechtliche Grundlagen“) und eröffnen so den schnellen Zugriff auf die Materie. Dies allein macht das Buch schon lesenswert. Dann folgen, in der Regel anhand eines „typischen Sachverhalts“, ausführliche Gestaltungshinweise, manchmal mit Checklisten oder Gegenüberstellungen, fast immer auch mit steuerlichen Ratschlägen, und schließlich (teils englische) Mustertexte, die oft ihrerseits noch kommentiert sind und sämtlich auf CD beiliegen – und zwar nicht nur als MS-Word-, sondern auch als RTF-, ANSI- und TXT-Dateien. Da ist für jeden etwas dabei.

Dies gilt auch für die Spannweite der Themen. Gesellschaftsrecht wird hier denkbar weit verstanden. Behandelt sind nicht nur GbR, OHG, KG, GmbH und AG, sondern auch VVaG, Vereine, eingetragene Genossenschaften, Stiftungen, die Partnerschaftsgesellschaft und die EWIV. Dazu kommen Kapitel über Betriebsaufspaltung, Innengesellschaften, Umwandlungen, Unternehmensverträge, den Unternehmenskauf, Joint Ventures, Schiedsvereinbarungen und Vollmachten. Abge-

schlossen wird das Ganze mit einem Abschnitt über das Handelsregisterverfahren.

Wer so Verschiedenes zu Tage fördert, kann freilich nicht überall tief schürfen, und wer viele bedient, macht es meist nicht allen recht. Hierin liegt vielleicht die Schwäche des Buches: Dem Fachmann werden selbst 243 Seiten über die Umwandlung zu wenig sein, und wer täglich mit Joint Ventures zu tun hat, kommt mit den beiden englischen Mustern nicht aus. Aktienrechtler werden Ausführungen zum Squeeze-Out vermissen, Grundbuchrechtler die Grundbuchfähigkeit der GbR nicht auf anderthalb Zeilen abgehandelt wissen wollen, und überhaupt werden Kenner der Materie hier und da auf Ungenauigkeiten und auch Fehler stoßen (dass man etwa Muster nie ungeprüft übernehmen soll, bestätigt dasjenige einer Vertretungsbescheinigung auf S. 1413, wo eben diese im Text fehlt). Doch ist das Buch nicht für den Profi, sondern für Anfänger und Fortgeschrittene gedacht. Diese bekommen schnell Zugang auch zu abgelegeneren Gebieten, Ablaufpläne für das richtige Vorgehen und Formulierungsvorschläge als erste „Verhandlungsbasis“. Wer das als gestandener Notar nicht braucht oder zu jeder Rechtsform schon das Kompendium im Regal hat, sollte das Buch nicht kaufen. Wer aber eine kleine Handbibliothek sinnvoll ergänzen oder noch ein aktuelles Buch in der schönen alten Rechtschreibung ergattern will, kann zugreifen. Und wer auf die einsame Insel nur ein Buch zum Gesellschaftsrecht mitnehmen darf, muss zugreifen.

Notarassessor Dr. Markus Krebs, München

**Hüffer, Aktiengesetz, Verlag C.H. Beck, 5. Auflage, München 2002, 1.845 Seiten, € 108,-**

Drei Jahre nach Erscheinen der vierten Auflage hat Hüffer 2002 die Neuauflage seines fast schon als „Klassiker“ zu bezeichnenden aktienrechtlichen Kommentars vorgelegt. Der Blick auf die in der Zwischenzeit erfolgten gesetzgeberischen Neuerungen, die in die aktuelle Auflage des Werkes einzuarbeiten waren, zeigt, in welcher dynamischer Entwicklungsphase sich das Aktienrecht gegenwärtig befindet. So berücksichtigt die Neuauflage nunmehr das Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz vom 24.2.2000 (KapCoRiLiG), das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung vom 18.1.2001 (Namensaktiengesetz – NaStraG) sowie das Gesetz zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen vom 20.12.2001 (WpÜG). Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand Oktober 2001. Da der andauernde aktienrechtliche Reformprozess mit unvermindert hoher Geschwindigkeit voranschreitet, ist nach Erscheinen des Werkes bereits wieder ein bedeutendes Reformgesetz in Kraft getreten, welches naturgemäß in der aktuellen Auflage noch keine Umsetzung finden konnte: Das Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität vom 19.7.2002 (Transparenz- und Publizitätsgesetz – TransPuG). Auch die nicht im Fokus des aktienrechtlichen Interesses ste-

hende Schuldrechtsreform hat sich der Autor ausweislich seines Vorworts für eine Einarbeitung erst in der Folgeauflage vorbehalten.

Angesichts seines Ranges als bewährter aktienrechtlicher Standardkommentar erübrigt es sich, den „Hüffer“ an dieser Stelle erst noch vorzustellen. Vielmehr kann man sogleich zu einer Analyse seiner Wertigkeit für den im Aktienrecht Rat Suchenden übergehen: Auch die aktuelle Auflage hat die bereits bisherigen Stärken und Vorzüge der Voraufgaben bewahrt und sie auf die neu zu kommentierenden Bereiche ausgedehnt. So erweisen sich die Kommentierungen selbst bei schwierigen Fragen als sehr gut lesbar. Der Autor vermag es in beeindruckender Weise, die zu den einzelnen Problemfragen jeweils relevanten Meinungsstände in Literatur und Rechtsprechung auch bei der im Rahmen eines Kurzkommentars gebotenen Knappheit wohl strukturiert darzustellen und vielfach eine eigene Stellungnahme anzufügen. An einigen Stellen sind die Ausführungen trotz aller Kürze fast lehrbuchmäßig, so dass auch einem mit der Materie noch nicht vertrauten Leser ein guter, einführender Überblick vermittelt wird. Dies zeigt sich beispielhaft bei der Kommentierung zu den durch das WpÜG neu eingefügten §§ 327 a–327 f AktG, welche nunmehr die Grundlage für den zwangsweisen Ausschluss von Minderheitsaktionären gegen Barabfindung (sog. „squeeze-out“) bilden. Hier werden zunächst Gegenstand und Zweck der neuen Regelung dargestellt, sodann wird ein Ver-

gleich zwischen dem neuen Ausschlussverfahren und der bereits bislang möglichen Mehrheitseingliederung nach §§ 319 bis 327 AktG durchgeführt sowie eine rechtspolitische Würdigung des neuen Verfahrens abgegeben. Die sich hieran anschließende Einzelkommentierung von Voraussetzungen und Durchführung des Ausschlussverfahrens geht auf die dort bestehenden Probleme ein und spart auch die strittigen und zum Teil noch ungeklärten Fragen nicht aus, wie etwa die Behandlung von Aktienoptionsrechten und Wandelschuldverschreibungen im Rahmen des squeeze-out oder die Frage der Anfechtbarkeit eines Übertragungsbeschlusses wegen sog. abfindungswertbezogener Informationsmängel.

Bei allem gilt: Der „*Hüffer*“ ist konzeptionell ein Kurzkomentar, das heißt, man darf nicht in allen Punkten lückenlose Vollständigkeit von ihm erwarten. Was man allerdings erwarten kann und nahezu immer auch vorfindet, sind der aktuelle Stand der Rechtsprechung und die wichtigsten meinungsbildenden Äußerungen der Literatur. Systematische Übersichten, ein Rechtsprechungsverzeichnis sowie zahlreiche Querverweise erleichtern den zielgerichteten Problemzugriff. Als Fazit bleibt festzuhalten: Der „*Hüffer*“ ist ein wissenschaftlich fundierter und gut strukturierter Kurzkomentar, der für jeden im Aktienrecht tätigen Praktiker unverzichtbar ist.

Notar Dr. Benedikt Pfisterer, Kempten (Allgäu)

### Goette, Die GmbH, Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2002, XV und 394 Seiten, € 44,-

Über *Goette* – Die GmbH – ist bereits zur Voraufgabe von Praktikern in Besprechungen geschwärmt worden. Meines Erachtens völlig zu Recht. Das hohe Niveau der ersten Auflage wird in der zweiten, gründlich überarbeiteten und ergänzten Auflage nochmals gesteigert. Der *Goette* gibt auch in der zweiten Auflage Anlass zum Schwärmen. Er ist klar strukturiert, absolut zuverlässig und sehr praxisnah geschrieben. Weitschweifigkeit oder überflüssige Theorienstreitigkeiten werden vermieden. *Goette* kommt vielmehr stets sofort auf den Punkt – in 99 % der Fälle auf der Grundlage der aktuellen Rechtsprechung des II. Senats des BGH, dem der Autor bekanntlich selbst angehört. Steuerrechtliche Erwägungen behandelt *Goette* nicht.

Inhaltlich sind folgende Einzelaspekte erwähnenswert:

In § 1 erläutert *Goette* die Rechtsfragen der Gründung einer GmbH. Bei den Ausführungen zur Formbedürftigkeit der Gründung und eines GmbH-Vorvertrages ist zu lesen, „dass schon in diesem Stadium der Notar als einer der Garanten für die materielle Richtigkeit des Gesellschaftsvertrages eingeschaltet werden soll“, § 1 Rdnr. 14. Es macht Mut und ist zugleich Ansporn und Herausforderung, diese Erwartung nicht nur aus notariellen Kreisen, sondern auch aus der Feder eines der renommiertesten BGH-Richter zu lesen. Ob die Gründung einer GmbH auch im Ausland beurkundet werden könne, lässt *Goette* offen, § 1 Rdnr. 16. Deutlich tritt er der Meinung des BayObLG (Urt. vom 24.3.1999, DNotZ 2000, 277 = MittBayNot 1999, 389 = MittRhNotK 1999, 159 = DStR 1999, 1036 mit Anm. *Ammon*) entgegen, wonach bei der Mantelverwertung eine registergerichtliche Kontrolle der Aufbringung des Stammkapitals nicht stattzufinden habe. Die Mantelverwertung komme einer Neugründung gleich; daher seien die Gründungsvorschriften entsprechend anwendbar, § 1 Rdnr. 20.

Das Manuskript wurde im September 2001 abgeschlossen. Die durch die Schuldrechtsreform neu aufgeworfenen Probleme im Bereich der Verjährung von Einlageansprüchen und insbesondere die widersinnige, neu geschaffene Rechtslage bei § 31 Abs. 5 GmbHG konnten daher nur noch durch kurze Fußnotenhinweise berücksichtigt werden (vgl. § 1 Rdnr. 64, § 3 Rdnr. 53, 57; zum Ganzen *Altmeyen*, DB 2002, 514; *Pentz*, GmbHHR 2002, 225; *Rombach* in *Amann/Brambring/Hertel*, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, S. 323 f.; *Wachter*, GmbHHR 2002, 665; *Wälzholz*, DStR 2002, 500; *Hohlfeld*, GmbHHR 2002 R 117). Das Besprechungswerk hat

auf diese Weise die Schuldrechtsreform bereits vollständig, wenn auch knapp berücksichtigt.

Pragmatisch und überzeugend ist die Meinung in § 2 Rdnr. 54 ff., wonach Voreinzahlungen auf die Stammeinlagenschuld eines Gesellschafters möglich sind, solange ein enger zeitlicher Zusammenhang mit der Kapitalmaßnahme besteht und der Einzahlungsbetrag im Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister *wertmäßig* noch vorhanden ist. Verfügungen über das Geld, die keinen Aufwand darstellen, sondern einen Aktivtausch, sind daher unschädlich.

In § 9 des Werkes schildert *Goette* die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern einschließlich der Entwicklung der Rechtsprechung (von „Autokran“ zu „TBB“) mit kaum zu überbietender Klarheit, von der die diesbezügliche Rechtsprechung ansonsten nicht immer geprägt war. Selbstverständlich fehlt auch nicht der vorläufige Schlusspunkt der rechtlichen Entwicklung, das BGH-Urteil „Bremer Vulkan“ vom 17.9.2001 (DStR 2001, 1853 = NJW 2001, 3622; dazu *K. Schmidt*, NJW 2002, 3577). An dieser Stelle lässt *Goette* den Leser allerdings mit seinen Fragen ratlos zurück. Er konstatiert das „mögliche“ Ende der Rechtsprechung zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern, das in dem Urteil „Bremer Vulkan“ angekündigt wird (vgl. dazu auch *K. Schmidt*, NJW 2002, 3577 ff.). In diesem Urteil wird eine Haftung ausdrücklich nicht mehr auf einen Konzernierungstatbestand gestützt, sondern eine allgemeine Haftung wegen Verstoß gegen Pflichten zur Erhaltung des Stammkapitals und der angemessenen Rücksichtnahme auf Eigenbelange der Tochtergesellschaft propagiert. Die Konturen dieser vom BGH angenommenen Haftung bleiben (einmal wieder? Rechtsfindung per *trial and error*?) unscharf, worauf auch *Goette* zu Recht hinweist. Weitere Hinweise über diese Haftung oder zumindest über die eigene Meinung des Autors erhält der Leser nicht. Hellscherische Fähigkeiten kann man von keinem Autor verlangen. Eine deutlichere Stellungnahme hätte ich mir dennoch gewünscht – auch unter Beachtung der gebotenen Zurückhaltung als zuständiger BGH-Richter.

Abschließend kann „Die GmbH“ jedem gesellschaftsrechtlich interessierten Notar uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden. Das Besprechungswerk stellt eine ausgezeichnete Ergänzung zu den notarüblichen Büchern mit Vertragsmustern und Kommentaren dar. In Problemfällen, die dem Notar mehr als Standardgestaltungen, nämlich diffizilen Rechtsrat und Empfehlungen in verfahrenen Situationen abverlangen, wird der Leser stets interessante Anregungen für sichere Gestaltungen aus dem *Goette* herauslesen können.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

**Gottwald, Grunderwerbsteuer, Leitfaden für Praktiker, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied/Kriftel 2002, 246 Seiten, € 38,-**

1. Die Grunderwerbsteuer spielt im Leben des Notars zwar täglich eine Rolle, sie galt aber früher eher als unbedeutend. In den Zeiten, in welchen der Steuersatz noch 7 % betrug, dominierten die Steuerbefreiungen. Nach Wegfall nahezu sämtlicher Steuerbefreiungstatbestände durch das Grunderwerbsteuergesetz 1983 und der Absenkung der Steuer auf 2 % war es noch leichter, mit dem Gesetz umzugehen, zumal auch das Publikum die Grunderwerbsteuer wie ein von Gott gegebenes, aber erträgliches Übel akzeptierte. Die Situation änderte sich erst mit der Anhebung des Steuersatzes auf 3,5 % durch das Jahressteuergesetz 1997 und das Hochschleusen der steuerlichen Bezugswerte in Folge der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Verfassungswidrigkeit der Einheitswertbesteuerung. Zudem wird nunmehr auch das Grunderwerbsteuerrecht als „Steinbruch“ für mögliche Steuern betrachtet, so dass es mittlerweile nach den Eingriffen des Gesetzgebers und einer problematischen Rechtsprechung als schwierige Materie gelten muss. Der Notar, der mit dem Grunderwerbsteuergesetz täglich umzugehen hat, wird daher das hier anzuzeigende Werk eines bayerischen Kollegen außerordentlich begrüßen. Zwar liegen hervorragende Kommentierungen des Grunderwerbsteuergesetzes bereits vor, es fehlte aber bislang eine systematische Darstellung, also ein Lehrbuch oder – wie *Gottwald* es schlichter formuliert – ein „Leitfaden“. Das hier zu besprechende Werk schließt damit eine Lücke im Sortiment. Es ist nicht nur für Notare gedacht, sondern auch für Steuerberater, die Finanzverwaltung und die Finanzgerichte.

2. In den Abschnitten A. bis L. wird das Grunderwerbsteuerrecht systematisch vermittelt. In Abschnitt A. (Einführung) wird das Verhältnis zu den anderen Steuerarten, insbesondere der Erbschaft- und Schenkungsteuer und der Umsatzsteuer, abgehandelt. Abschnitt B. ist der „Steuerbarkeit“ gewidmet. Bevor die einzelnen Grunderwerbsteueratbestände erläutert werden, befasst sich *Gottwald* dabei vorab mit dem Begriff des Grundstücks i. S. des § 2 GrEStG und stellt den Rechtsträgerwechsel als das eigentliche steuerauslösende Element in den Vordergrund. Der Schwerpunkt des Werkes liegt auch später auf den komplizierten Bestimmungen des § 1 Abs. 2 a, Abs. 3 GrEStG, also bei den Fragen, die mit dem Wechsel im Gesellschafterbestand bei Personen- und Kapitalgesellschaften zusammenhängen. In Abschnitt C. werden die sachlichen Grunderwerbsteuerbefreiungen erläutert, in Abschnitt D. Grundstücksübertragungen in den Sonderfällen der §§ 5 und 6 GrEStG. Abschnitt E. behandelt die Umwandlungen von gemeinschaftlichem Eigentum und Flächeneigentum (§ 7 GrEStG), Abschnitt F. die Bemessungsgrundlage, die folgenden Abschnitte haben die Berechnung der Grunderwerbsteuer, die Steuerschuld, die Fälligkeit der Steuer, die Nichtfestsetzung der Steuer, die Aufhebung oder Änderung der Steuerfestsetzung gemäß § 16 GrEStG, die örtliche Zuständigkeit des Finanzamtes und schließlich die Anzeigepflichten und die Unbedenklichkeitsbescheinigung zum Gegenstand. In Anhang 1 bringt *Gottwald* ausgewählte Einzelfälle zur Abgrenzung, „Betriebsvorrichtung/-gebäude“, in Anhang 2 die Hinweise des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen zum Erfordernis einer Unbedenklichkeitsbescheinigung, in Anhang 3 das entsprechende Schreiben des Ministeriums der Finanzen des Landes Rheinland-Pfalz. Ein Stichwortverzeichnis rundet das Werk ab.

3. Aus der Fülle des Materials, welches von *Gottwald* angeboten wird, seien einige Fragen, die für die notarielle Praxis von besonderer Bedeutung sind, herausgegriffen:

*Begriff des Grundstücks:* *Gottwald* weist darauf hin, dass Dauerwohn- und Dauernutzungsrechte nicht als Grundstück i. S. des Grunderwerbsteuerrechtes gelten, auch wenn sie ertragsteuerlich bei eigentumsähnlicher Ausgestaltung als solche angesehen werden. Insoweit ergeben sich Gestaltungsmöglichkeiten, etwa wenn dem nichtehelichen Lebenspartner die Möglichkeit der Eigenheimzulage ohne Grunderwerbsteuer verschafft werden soll (S. 13 f.).

*Rechtsträgerwechsel:* Die Grunderwerbsteuer besteuert den Eigentumswechsel von Grundstücken. Ein solcher liegt vor, wenn das Eigentum von einem Rechtsträger auf einen anderen übergeht. Als Rechtsträger i. S. des Grunderwerbsteuerrechtes kommen natürliche Personen, juristische Personen und bestimmte Gesamthandsgemeinschaften (GbR, nicht rechtsfähiger Verein, OHG, KG, Erbengemeinschaft) in Betracht, nicht aber die Gütergemeinschaft und die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Bei Personengesellschaften ist der Gesellschafterwechsel unbeachtlich, solange nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a oder des § 1 Abs. 3 GrEStG erfüllt sind. Insoweit eröffnen sich Gestaltungsmöglichkeiten, die bei Bruchteileigentum nicht gegeben sind; dieses wird Grunderwerbsteuerlich wie Eigentum behandelt. Besonderheiten gelten bei der Erbengemeinschaft: Da der Miterbenanteil an der Erbengemeinschaft stets übertragbar ist und die Erbengemeinschaft weder freiwillig entstanden noch auf Fortbestand ausgerichtet ist, ist dessen Veräußerung – unbeschadet etwaiger Befreiungen – gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG steuerbar, soweit davon Grundstücke betroffen sind, auch wenn die Erbengemeinschaft als solche weiterbesteht und damit kein Rechtsträgerwechsel gegeben ist. Das Erstarken der Vorgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft führt zu keinem Rechtsträgerwechsel, der „Übergang“ des Grundstücks ist damit Grunderwerbsteuerfrei. Grunderwerbsteuerpflichtig ist hingegen die Übertragung eines Grundstücks von einer Vorgründungsgesellschaft auf eine Vorkapitalgesellschaft oder die Kapitalgesellschaft selbst. Dies folgt daraus, dass die Vorgründungsgesellschaft eine GbR oder OHG ist. Hat eine Einmann-GmbH i. Gr. von einem Dritten ein Grundstück erworben und kommt es später nicht zur Entstehung der Gesellschaft durch Eintragung im Handelsregister, so führt die Auflösung der GmbH i. Gr. hinsichtlich des Grundstücks zu einem Rechtsträgerwechsel auf den Gründungsgesellschafter, der Vorgang ist also Grunderwerbsteuerpflichtig. Die Sitzverlegung einer Gesellschaft im Inland führt nicht zu einem Rechtsträgerwechsel, bei einer Sitzverlegung über die Grenze hinaus wird dagegen Grunderwerbsteuerpflicht ausgelöst, sofern die Gesellschaft nach der Sitzverlegung nicht mehr rechtsfähig ist und als rechtlich identischer Rechtsträger fortbesteht. Legt man die Sitztheorie zugrunde, führt die Verlegung des Verwaltungssitzes aus der Bundesrepublik Deutschland zur Auflösung der Gesellschaft, damit wird Grunderwerbsteuerpflicht hinsichtlich der Gesellschaftsgrundstücke ausgelöst.

Besonders intensiv widmet sich *Gottwald* der Veränderung im Gesellschaftsbestand bei Personen- und Kapitalgesellschaften (S. 44 ff., 61 ff.). Die Darstellung ist mit Schaubildern versehen, die das Verständnis erleichtern sollen, auch Gestaltungshinweise (S. 54, 67) und Formulierungsvorschläge (S. 56) werden unterbreitet. *Gottwald* weist zutreffend darauf hin, dass § 1 Abs. 2 a GrEStG sowohl den derivativen Erwerb als auch einen originären Erwerb erfasst. § 1 Abs. 2 a GrEStG gilt erstmals auch und ausdrücklich für mittelbare Änderungen im Gesellschaftsbestand. *Gottwald* macht auf die unterschiedliche Berechnung der maßgeblichen Quote beim mittelbaren Gesellschafterwechsel im Rahmen von § 1 Abs. 2 a GrEStG und bei der Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG aufmerksam

(S. 53 ff.). Er schlägt vor (S. 36), in GmbH-Geschäftsanteilsabtretungsurkunden Formulierungen aufzunehmen, die sicherstellen sollen, dass die Beteiligten (und der Notar) nicht in eine Grunderwerbsteuerfalle tappen.

*Gottwald* erläutert auch die Interpolation personenbezogener Befreiungstatbestände (§ 3 Nr. 2 bis 7 GrEStG) in die Steuernormen der §§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG bei Anteilsvereinigungen in Personengesellschaften. Fraglich ist allerdings, ob die Interpolationswirkung so weit geht, dass die 95%-Marke des § 1 Abs. 2a, Abs. 3 GrEStG außer Kraft gesetzt werden kann.

*An-die-Hand-Gabe-Verträge*: Die in der Praxis auftretenden Fallgestaltungen werden ausführlich behandelt, also die Verkaufsermächtigung, Drittbindungsrechte, Treuhandgeschäfte u. ä. (S. 32 ff.).

*Grundstücksübertragung zwischen einer Gesamthand und den an ihr beteiligten Personen*: Auch bei den wichtigen Bestimmungen der §§ 5 und 6 GrEStG werden Formulieringsvorschläge für Anteilsabtretungen unterbreitet (S. 111, 113). Außerdem ist bereits die gesamte Fachliteratur der BFH-Richter eingearbeitet, die bis zum Redaktionsschluss (Juni 2002) veröffentlicht wurde, etwa zur teleologischen Einschränkung des § 5 Abs. 3 GrEStG (S. 114 ff.). Insofern versucht das Werk auch schon künftige Entwicklungen anzudeuten. Besonders deutlich wird dies im Bereich des § 3 Nr. 2 GrEStG bei der Frage, ob die Hingabe eines Grundstücks an Erfüllung statt für den geltend gemachten Pflichtteilsanspruch weiterhin Grunderwerbsteuerbefreit ist oder nicht. Hier ist in Fußnote 217 bereits die neue Auffassung von *Boruttau/Sack* eingearbeitet, die sich beim BFH durchgesetzt hat, obwohl sie im Ergebnis zu einer Doppelbelastung mit Grunderwerbsteuer und Erbschaftsteuer führt.

*Sachliche Steuerbefreiungen (§§ 3, 4 GrEStG)*: Hier werden konkrete Fälle, etwa der Fall der Schenkung unter Auflagen, vollständig durchgerechnet, um die Übertragung der Theorie in die Praxis besser vornehmen zu können (S. 93, 148 ff.).

*Umwandlungen*: Umwandlungsvorgänge werden ausführlich erläutert. Es wird auf besondere Risiken hingewiesen, die sich durch Behaltefristen selbst dann ergeben können, wenn ein Formwechsel nach dem Umwandlungssteuergesetz an sich Grunderwerbsteuerfrei ist (S. 112 f.). Zur internen Kontrolle werden auch hier Formulierungsvorschläge für die urkundliche Gestaltung angeboten (S. 113), die helfen sollen, derartige Gefahren rechtzeitig zu erkennen.

*Erschließungskosten, einheitlicher Leistungsgegenstand*: Bei der Darstellung der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer geht *Gottwald* ausführlich auf die Berücksichtigung von Erschließungskosten ein. Es handelt sich wohl um die bislang genaueste Darstellung der Materie. Auch die in der notariellen Praxis wichtigen Grundsätze zum einheitlichen Leistungsgegenstand bzw. zum einheitlichen Vertragswerk (Stichwort: Kaufvertrag über das Grundstück und gesonderter Werkvertrag über das Haus) sind ausführlich behandelt (S. 159 ff.). Auch in diesem Zusammenhang werden Gestaltungsüberlegungen angeboten.

4. Das Werk von *Gottwald* ist bestens gelungen. Es ermöglicht die Einarbeitung in die Materie und in der Folge einen systemgerechten Umgang mit einem nicht immer ganz einfachen Gesetz. Der „Leitfaden“ eignet sich aber auch für erfahrene Praktiker, die für bestimmte Problemfälle Klarheit und Gestaltungsmöglichkeiten suchen. Dem Autor und dem Verlag ist zur Vorlage dieses Werkes zu gratulieren.

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

**Fichtelmann/Schulze zur Wiesche/Högl/Schmitt/Ferstl/Borrmann, Steuer-Formular-Handbuch, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 7. Auflage 2002, 1.207 Seiten und 1 CD-ROM, € 159,-**

Das von Praktikern für die Berufspraxis geschriebene Werk ist inhaltlich in drei Teile untergliedert; während Teil 1 und 2 den Schriftverkehr mit Finanzamt und Finanzgerichten behandeln, beinhaltet Teil 3 Vertragsmuster. In der notariellen Praxis dürfte dieser letztgenannte Teil von größerer Bedeutung sein, wenngleich die Lektüre der Teile 1 und 2 einen guten Einblick in die praktischen Anwendungen von AO und FGG in Schriftsätzen gibt.

Die Vertragsmuster enthalten die wesentlichen Beratungs- und Vertragsfelder insbesondere mittelständischer Beratung. Das Spektrum ist weit gefächert und untergliedert in die Bereiche Grundstücksverträge, Erbbaurechtsvertrag, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Partnergesellschaft, stille Gesellschaft, Unterbeteiligung, offene Handelsgesellschaft, Sacheinbringungen und Nutzungsüberlassungen, Kommanditgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaft, Betriebsführung, GmbH & Co. KG, GmbH & Still, Umwandlung von Unternehmen, Sanierungsverträge, Betriebs- und Anteilsübertragungen und Ausscheiden eines Gesellschafters, Betriebsverpachtung und Betriebsaufspaltung, Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, Verträge mit Angehörigen, Vermö-

gensübertragungen unter Lebenden im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, Verfügungen von Todes wegen, Familienrechtsverträge sowie Stiftung, Stiftung & Co. KG.

Entsprechend diesem weiten Themenkreis sind die Vertragsmuster meist relativ kurz gehalten. Die Anmerkungen des nichtsteuerrechtlichen Bereichs sind eher auf die Bedürfnisse der steuerberatenden Berufe zugeschnitten, die steuerrechtlichen Anmerkungen dürften auch für den notariellen Bereich ausreichend und ausführlich genug sein. Die Vertragsmuster sind praxistauglich und ohne ersichtliche Fehler. Die zivilrechtliche Bearbeitung berücksichtigt die Änderungen durch das Schuldrechtsreformgesetz. Eingearbeitet wurden das Gesetz zur Fortentwicklung der Unternehmensteuer, das Steueränderungsgesetz 2001 sowie die Vorschriften zur Umstellung auf den Euro. Damit korrespondiert, dass sämtliche Wertangaben, gerade auch der vielen enthaltenen Rechenbeispiele, so z. B. zum Wahlrecht nach § 6 II ErbStG, auf Euro lauten. Einzelne Angaben zu gesetzmäßig bestimmten Beträgen sollten aber dennoch überprüft werden, so S. 393 unter 3 A Rz. 52, wo die Steuerfreibeträge von Kindern und Ehegatten mit € 200.000,- und € 300.000,- statt mit € 205.000,- bzw. € 307.000,- angegeben werden (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 ErbStG).

Die steuerliche Analyse behandelt jeweils alle entscheidenden Steuerarten, im Wesentlichen basierend auf dem Stand vom 1.1.2002. Gerade vor dem Hintergrund möglicher Reformen

des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts ist jedoch erhöhte Aufmerksamkeit auf eintretende Neuerungen zu richten, Gleiches gilt für Einkommen- und Körperschaftsteuer.

Insgesamt ist das Werk für die Praxis ein guter Leitfaden zu einzelnen Vertragsgestaltungen und gibt dem Notar gerade in steuerlicher Hinsicht einen schnellen Einblick in konzeptionell zu beachtende Gestaltungspunkte. Erfreulich ist auch die beigegebene praxistaugliche CD-ROM, die alle Schriftsatz-

und Vertragsmuster des Werkes enthält, und so eine optimale Verarbeitung gewährleistet. Das Werk stellt gerade aufgrund seiner weiten Ausrichtung eine echte Alternative zu den Münchner Vertragshandbüchern und zum Steuerlichen Vertrags- und Formularhandbuch des Beck-Verlages dar. Eine Anschaffung ist auch für den notariellen Bereich sinnvoll.

Notarassessor *Wolfgang Hoffmann*, München

### **Schemmann, Parteifähigkeit im Zivilprozeß, Verlag C.H. Beck, München 2002, 174 Seiten, € 41,-**

Mit seiner Dissertation hat *Schemmann* eine grundlegende Darstellung zum Thema Parteifähigkeit vorgelegt, die in dieser Form bisher einzigartig sein dürfte und dabei zweifellos auch hohem wissenschaftlichen Anspruch genügt.

Gegliedert ist seine Arbeit in fünf Teile, in deren erstem er sich zunächst eingehend mit der Frage der Existenz bzw. Nichtexistenz von Parteien und der Abgrenzung der nicht existenten von der parteiunfähigen Partei befasst. Überzeugend legt er hierbei dar, dass eine unterschiedliche Behandlung beider Erscheinungsformen nicht gerechtfertigt ist und entwickelt sodann einen streng formalen, von materiell-rechtlichen Kriterien losgelösten Begriff der Existenz von Parteien im Zivilprozess.

Im zweiten Teil der Arbeit widmet sich *Schemmann* der Frage nach der Funktion des Rechtsinstituts „Parteifähigkeit“. Mit einem völlig neuen Ansatz beschreibt er diese als Sicherstellung des eindeutigen Anschlusses hoheitlicher Verfahren aneinander im Hinblick auf die verfahrensbeteiligten Subjekte, um also z.B. in einem an den Zivilprozess anschließenden Zwangsvollstreckungsverfahren – ohne erneute Prüfung – Sicherheit darüber zu erlangen, ob der zu vollstreckende Schuldner auch mit dem im Urteil bezeichneten Beklagten identisch ist. Um dies mit der gebotenen Gewissheit gewährleisten zu können, verlangt *Schemmann* eine zentrale hoheitliche Definition des Verfahrenssubjekts, insbesondere durch die Eintragung in ein öffentliches Register. Dieser die Bedeutung der Register herausstellende Aspekt der Darlegungen *Schemmanns* ist aus notarieller Sicht uneingeschränkt zu begrüßen. Konsequenterweise äußert sich *Schemmann* (§ 6 IV.) sehr kritisch zu der die Parteifähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts behandelnden, hinlänglich bekannten Entscheidung des BGH vom 29.1.2001 (II ZR 331/00).

Im dritten Teil der Arbeit befasst sich *Schemmann* mit der von ihm so genannten „Situativen Parteifähigkeit“, womit Fälle gemeint sind, in denen ein auch nach seinem Konzept an sich parteiunfähiges Verfahrenssubjekt als parteifähig behandelt wird, weil es sich, z.B. durch Grundbucheintragung, im Rechtsverkehr durch Hoheitsakt manifestiert hat. In diesem Zusammenhang beschäftigt er sich insbesondere auch mit der Parteifähigkeit gelöschter Kapitalgesellschaften und verlangt hierfür entsprechend seinem streng formalen Ansatz deren Wiedereintragung oder zumindest eine Liquidatorbestellung.

Die überzeugende Ablehnung der Rechtsfigur der Parteifähigkeit kraft Rechtsscheins ist das Ergebnis des ausführlichen und mit großer Argumentationsdichte verfassten vierten Teils des Werks.

Im fünften und letzten Teil setzt er sich schließlich mit den rechtlichen Auswirkungen der Beteiligung parteiunfähiger Parteien am Verfahren auseinander.

Obwohl *Schemmanns* prozessrechtliche Arbeit naturgemäß den Kernbereich notarieller Tätigkeit nur am Rande berührt, liefert sie doch durchaus Denkanstöße für die Errichtung vollstreckbarer Urkunden. Besonders wertvoll wird die Arbeit aus notarieller Sicht durch die bereits erwähnte starke Betonung der Bedeutung der öffentlichen Register für die Sicherheit des Rechtsverkehrs.

Aufgrund der beeindruckenden Tiefe, mit der *Schemmann* Begriff und Probleme der Parteifähigkeit durchdringt, und der Praxisnähe der von ihm angebotenen Lösungen wird die Arbeit im prozessualen Schrifttum aber auch in der Rechtsprechung sicherlich erhöhte Aufmerksamkeit erfahren. Die Lektüre von *Schemmanns* Dissertation kann daher nicht nur dem wissenschaftlich interessierten Leser uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar *Konrad Lautner*, Straubing

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 1908 d Abs. 1, 1896 Abs. 2 Satz 2, 1904 Abs. 1 und 2, 1906 Abs. 5 Satz 1 (*Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten*)

**Soweit §§ 1904 Abs. 2 Satz 2 und § 1906 Abs. 5 Satz 1 i. d. F. des Betreuungsrechtsänderungsgesetzes vom 25.6.1998 die Wirksamkeit einer dem Bevollmächtigten erteilten Vollmacht davon abhängig machen, dass die genannten Angelegenheiten (ärztliche Eingriffe und freiheitsentziehende Unterbringungsmaßnahmen) von der schriftlich abzufassenden Vollmacht ausdrücklich umfasst sind, ist für bereits vor dem In-Kraft-Treten der Gesetzesänderung erteilte Vollmachten auf die Gesetzeslage zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über die Betreuungsanordnung abzustellen.**

**Ungeachtet der Frage, ob das Formerfordernis gemäß §§ 1904 Abs. 2 Satz 2, 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB sich nur auf die in diesen Vorschriften angeführten risikoreichen ärztlichen Maßnahmen bzw. Freiheitsentziehungen erstreckt, unterliegt eine allgemein mit dem Aufgabenkreis „Sorge für die Gesundheit“ angeordnete Betreuung jedenfalls dann keiner Beanstandung, wenn die bevollmächtigte Person zugleich als Betreuer eingesetzt wird.**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 29.4.2002 – 3 W 59/02 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

#### *Zum Sachverhalt:*

Das Vormundschaftsgericht hat für den Betroffenen eine Betreuung mit dem Aufgabenkreis „Sorge für die Gesundheit“ angeordnet und dessen Ehefrau zur Betreuerin bestellt. Diese hat unter Hinweis auf die ihr vom Betroffenen mit notarieller Urkunde vom 27.3.1996 erteilte Vollmacht beantragt, die Betreuung aufzuheben. In der Urkunde bevollmächtigten sich die Eheleute u.a. gegenseitig zur Vertretung in allen gesetzlich zulässigen Fällen gegenüber Gerichten, Behörden, Privaten, Banken und Sparkassen. Weiter heißt es: „Die Vollmacht umfasst auch alle Willenserklärungen, Rechtsgeschäfte und Tathandlungen, die einem Betreuer im Sinne der §§ 1896 ff. BGB obliegen“. Darüber hinaus soll der Bevollmächtigte berechtigt sein, Auskünfte über den Gesundheitszustand bei den insoweit von der Schweigepflicht entbundenen Ärzten einzuholen.

Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die Beschwerde der Betreuerin ist ohne Erfolg geblieben. Nach Ansicht des Landgerichts lässt die notariell erteilte Vollmacht die Notwendigkeit einer Betreuung nicht entfallen, weil die Vollmacht nicht hinreichend bestimmt sei und daher nicht Grundlage für die Wahrnehmung höchstpersönlicher Angelegenheiten des Betroffenen durch seine Ehefrau sein könne. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Betreuerin, mit der sie ihr Ziel – Aufhebung der Betreuung – weiterverfolgt.

#### *Aus den Gründen:*

(...)

2. b) Auch in der Sache weist die Ablehnung der Betreuungsaufhebung durch die Vorinstanz keinen Rechtsfehler auf. Gemäß § 1908 d Abs. 1 BGB ist die Betreuung aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Die Vorschrift gilt entsprechend, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Betreuung von Anfang an gefehlt haben (vgl. *Palandt/Diederichsen*, BGB 61. Aufl. § 1908 d Rdnr. 2). Hier haben

jedoch Amts- und Landgericht zu Recht entschieden, dass die bereits 1996 erteilte notarielle Vollmacht die Anordnung der Betreuung für den Aufgabenbereich der Gesundheitsfürsorge nicht gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB entbehrlich macht. Die Vollmacht wird den Voraussetzungen der §§ 1904 Abs. 2 Satz 2 und 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB nicht gerecht; aus ihr lässt sich deshalb jedenfalls keine Befugnis für die Wahrnehmung der dort geregelten höchstpersönlichen Angelegenheiten des Betroffenen durch seine Ehefrau als Bevollmächtigte herleiten.

aa) § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB bestimmt, dass eine Betreuungsanordnung nicht erforderlich ist, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten oder durch andere Hilfe ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Die Betreuung ist daher subsidiär, das heißt sie ist nachrangig gegenüber Selbsthilfemöglichkeiten, durch deren Wahrnehmung der Betreuungsbedarf auf andere Weise befriedigt wird oder befriedigt werden kann. Eine Betreuungsanordnung kommt danach nicht in Betracht, wenn und soweit eine ausreichende und wirksame Bevollmächtigung vorliegt (vgl. etwa *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 292; *Palandt/Diederichsen* BGB 61. Aufl. § 1896 Rdnr. 11).

bb) In der Zeit bis zum In-Kraft-Treten des Betreuungsrechtsänderungsgesetzes vom 25.6.1998 (BGBl. I 1580) mit Wirkung vom 1.1.1999 war jedoch in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob auch der Aufgabenkreis der Gesundheitsfürsorge durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden kann, wenn der Vollmachtgeber selbst nicht mehr in der Lage ist, die Einwilligung in ärztliche Heileingriffe wirksam zu erteilen.

Zum Teil wurde dies für unzulässig erachtet, weil es sich um ein höchstpersönliches Recht handele, welches nicht aufgrund Bevollmächtigung durch andere Personen ausgeübt werden könne. Nach anderen Auffassungen ist auch in Gesundheitsangelegenheiten die rechtsgeschäftliche Vertretung bejaht worden (vgl. zusammenfassend *Perau* a.a.O. 292; *Baumann* MittRhNotK 1998, 1, 4; *Müller* DNotZ 1999, 107, 118; *HK-BUR/Bauer* § 1896 Rdnr. 203 ff jew. m.w.N. zu Literatur und Rechtsprechung). Der Gesetzgeber hat diese Streitfrage zum Anlass genommen, mit dem Betreuungsrechtsänderungsgesetz klarzustellen, dass sich der Umfang von Vollmachten auf höchstpersönliche Angelegenheiten wie die Aufenthaltsbestimmung und die ärztliche Heilbehandlung beziehen kann (vgl. BT-Drucks. 13/7158, S. 34; LG Hamburg DNotZ 2000, 220, 221; *Walter*, FamRZ 1999, 686, 687 f.; *Damrau/Zimmermann*, Betreuungsrecht, 3. Aufl. § 1896 Rdnr. 85; *Staudinger/Bienwald* (1999) § 1904 Rdnr. 11; *HK-BUR/Bauer* Rdnr. 207 a; *Bauer/Rink*, BtPrax 1996, 130, 134).

cc) Gemäß §§ 1904 Abs. 2 Satz 2, 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB sind jedoch die genannten Angelegenheiten (ärztliche Eingriffe und freiheitsentziehende Unterbringungsmaßnahmen) in der schriftlich abzufassenden Vollmacht ausdrücklich aufzuführen. Damit soll nach der Gesetzesbegründung sichergestellt werden, dass Vorsorgevollmachten in höchstpersönlichen Angelegenheiten nicht voreilig erteilt werden (vgl. BT-Drucks. 13/7158, S. 48; *Walter* a.a.O. 690 f.; *Müller* a.a.O. 110).

dd) Vor diesem Hintergrund ist die angefochtene Entscheidung nicht zu beanstanden; zunächst erweist sich die erteilte

notarielle Vollmacht ihrem Inhalt nach für die Bereiche der §§ 1904, 1906 BGB als nicht hinreichend konkretisiert.

(1) Soweit die notarielle Urkunde bestimmt, die Vollmacht umfasse alle Willenserklärungen, Rechtsgeschäfte und Tathandlungen, die einem Betreuer im Sinne der §§ 1896 ff. BGB obliegen, wird dies den in §§ 1904 Abs. 2 Satz 2, 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB vorausgesetzten Anforderungen in keiner Weise gerecht. Es fehlt auch ansonsten an jeglicher Konkretisierung der dort beschriebenen Maßnahmen. Hierauf kann nach dem Wortlaut des Gesetzes und der bereits erwähnten Begründung des Gesetzgebers – Sicherstellung, dass Vorsorgevollmachten in höchstpersönlichen Angelegenheiten nicht voreilig erteilt werden – nicht verzichtet werden (vgl. Müller a.a.O. 113; MünchKomm/Schwab § 1904 Rdnr. 62). Auf das im Erstbeschwerdeverfahren – durch Vernehmung des Notars und weiterer Zeugen – unter Beweis gestellte Vorbringen zum Umfang der Vollmacht kommt es schon deshalb nicht an, weil in §§ 1904 Abs. 2 Satz 2, 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB jeweils Schriftlichkeit vorausgesetzt ist.

(2) Unerheblich ist des Weiteren, dass der Betroffene die hier zur Beurteilung stehende Vorsorgevollmacht bereits vor In-Kraft-Treten des Betreuungsrechtsänderungsgesetzes erteilt hat. Abgesehen davon, dass damals – wie bereits ausgeführt – die Zulässigkeit einer Bevollmächtigung im Bereich der Gesundheitsfürsorge zweifelhaft war, insbesondere von der Rechtsprechung immer schon eine hinreichende inhaltliche Bestimmtheit gefordert wurde (vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1994, 1417; LG Krefeld, MittRhNotK 1998, 17, insoweit bestätigt durch OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 904), kommt es auch nach Auffassung des Senats nicht auf den Zeitpunkt der Vollmachterteilung an, sondern auf die Gesetzeslage zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung (vgl. *Bienwald*, *Betreuungsrecht* 3. Aufl. § 1904 Rdnr. 3; a. A. MünchKomm/Schwab a.a.O. § 1904 Rdnr. 64). Maßgebend für die Beurteilung der Rechtslage ist der Zeitpunkt, zu dem sich der Bevollmächtigte auf seine Berechtigung beruft. Soweit die Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des BGH beim Wechsel der Gesetzgebung hinweist (vgl. *Keidel/Kahl* a.a.O. § 27 Rdnr. 22), gibt es hier keinen Grund, dem Betroffenen die beschriebene – aus der Neufassung des Gesetzes abzuleitende – Schutzfunktion vorzuenthalten. Insbesondere greift mit Blick auf die frühere Rechtsprechung und Literaturmeinungen auch nicht der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ein.

c) Schließlich ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Betreuung allgemein mit dem Aufgabenkreis der Gesundheitsfürsorge angeordnet worden ist. Eine Einschränkung auf die Bereich der §§ 1904, 1906 BGB war nicht geboten. In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob sich das Formerfordernis gemäß §§ 1904 Abs. 2 Satz 2, 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB nur auf die in diesen Vorschriften angeführten risikoreichen ärztlichen Maßnahmen bzw. Freiheitsentziehungen erstreckt (vgl. LG Düsseldorf MDR 2000, 646; *Bienwald* a.a.O. § 1904 Rdnr. 3; *Staudinger (Bienwald)* a.a.O. § 1904 Rdnr. 79 f.; *Erman/Holzhauser*; BGB 10. Aufl. § 1896 Rdnr. 44) oder ob der Umfang der Bevollmächtigung darüber hinaus bei allen höchstpersönlichen Angelegenheiten eines Betreuten konkretisiert sein muss, um die gerichtliche Betreuungsanordnung zu erübrigen (vgl. LG Hamburg DNotZ 2000, 220 f.). Für die zuletzt genannte Ansicht könnte der Wortlaut des § 1904 Abs. 2 Satz 2 BGB sprechen, wonach nur auf die in Abs. 1 Satz 1 genannten Maßnahmen ausdrücklich hinzuweisen ist, nicht jedoch weitergehend auf die besonderen Gefahrensituationen (vgl. *Palandt/Diederichsen* § 1904 Rdnr. 7; MünchKomm/Schwab a.a.O. § 1904 Rdnr. 61; Müller a.a.O.

112). Allerdings ist der Gesetzgeber nicht dem Vorschlag von *Bauer/Rink* (BtPrax 1996, 130, 134) gefolgt, die Vollmacht und ihre Einschränkungen im allgemeinen Teil zu regeln. Vielmehr ist es bei der Regelung im Zusammenhang mit den besonders einschneidenden Maßnahmen der §§ 1904, 1906 BGB geblieben. Wenn danach anzunehmen ist, dass durch einen Formmangel die Gültigkeit der Vollmacht im Übrigen nicht berührt wird (vgl. *Bienwald* a.a.O. § 1904 Rdnr. 3; *Staudinger (Bienwald)* a.a.O. § 1904 Rdnr. 80; *Walter* a.a.O. 691, 693), bestehen gleichwohl keine Bedenken, die Betreuung auf alle Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge zu erstrecken. Denn die Bevollmächtigte ist hier zugleich als Betreuerin eingesetzt. Durch ihre Betreuerbestellung für den gesamten Bereich der Gesundheitsfürsorge wird die erteilte Vollmacht in jeder Hinsicht von der Rechtsmacht als Betreuerin überlagert (vgl. *Erman/Holzhauser* a.a.O. § 1819 Rdnr. 45). Soweit deren Maßnahmen einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen (§§ 1904 Abs. 1, 1906 Abs. 1 und 4), wäre eine solche auch bei ordnungsgemäßer Bevollmächtigung im Sinne der §§ 1904 Abs. 2 Satz 2, 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB erforderlich gewesen. Bringt demzufolge die uneingeschränkte Betreuungsanordnung für den Bereich Gesundheitsfürsorge keine weitergehenden Nachteile mit sich, ist eine Abgrenzung zu einem etwaigen für die Vollmacht verbleibenden Teilbereich nicht veranlasst.

(...)

2. FGG § 20 Abs. 1, 69 g Abs. 1; BGB § 1896 (*Beschwerdebefugnis des Generalbevollmächtigten*)

**Ordnet das Vormundschaftsgericht trotz Vorliegens einer wirksamen Generalvollmacht für den Vollmachtgeber die Bestellung eines Betreuers an, steht dem dadurch übergangenen Bevollmächtigten – auch wenn dieser nicht dem Personenkreis des § 69 g Abs. 1 FGG angehört – ein eigenes Beschwerderecht zu.**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.8.2002 – 3 W 152/02 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

3. BGB § 313 a. F., 311 b Abs. 1 n. F. (*Beurkundungspflicht bei zusammenhängenden Rechtsgeschäften*)

**Ist ein Bauvertrag von einem Grundstückskaufvertrag abhängig, dieser aber nicht von ihm, ist er nicht gemäß § 313 BGB zu beurkunden (im Anschluss an BGH, Urteil vom 26.11.1999 – V ZR 251/98, MittBayNot 2000, 101).**

BGH, Urteil vom 13.6.2002 – VII ZR 321/00 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*; Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Die Klägerin nimmt die Beklagten nach Kündigung eines Bauvertrages auf Zahlung in Anspruch. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit dieses Vertrages.

Die Beklagten meldeten sich auf eine Zeitungsanzeige der Klägerin, in der diese angeboten hatte, in ruhiger, verkehrsgünstiger Ortsrandlage ein Haus zu planen und zu bauen. Die Parteien schlossen einen Bauvertrag, der auf das in der Anzeige genannte Grundstück, das nicht im Eigentum der Klägerin stand, Bezug nahm. Dabei wurde im Vertrag die Lage des Grundstücks konkret bezeichnet; den Beklagten wurde ein Rücktrittsrecht u.a. für den Fall eingeräumt, dass ein Kaufvertrag mit dem Eigentümer nicht zustande kommen sollte. Die Klä-

gerin vermittelte den Abschluss des alsdann notariell beurkundeten Kaufvertrages über dieses Grundstück zwischen den Beklagten und dem Verkäufer.

In der Folgezeit wollten die Beklagten von dem Bauvertrag, nicht aber vom Grundstückskauf Abstand nehmen. Nach wechselseitiger Kündigung des Bauvertrages schlossen sie mit dem Verkäufer einen erneut notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag zu den ursprünglichen Vertragsbedingungen. Nach Auflassung wurde das Grundstück auf die Beklagten umgeschrieben.

Die Klägerin hat 60.981,46 DM geltend gemacht. Sie ist der Meinung, der Bauvertrag habe einer notariellen Beurkundung nicht bedurft; jedenfalls sei ein Formmangel durch die erste Beurkundung des Grundstückskaufvertrages analog § 313 BGB geheilt worden. Die Vorinstanzen haben eine Beurkundungspflicht des Bauvertrages bejaht, eine Heilung des Formmangels abgelehnt und die auf Entschädigung aus dem Bauvertrag gerichtete Klage mit Ausnahme eines Betrages von 700 DM abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren weitergehenden Anspruch.

#### Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anzuwenden (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

#### I.

Das Berufungsgericht führt zur Frage der Formbedürftigkeit des Bauvertrages aus, dieser enthalte weder eine unmittelbare Verpflichtung der Beklagten zum Erwerb des Grundstücks noch seien Nachteile für den Fall eines unterlassenen Erwerbs erkennbar, sodass der Bauvertrag nicht schon aus diesen Gründen beurkundungsbedürftig gewesen sei.

Diese der Revision günstige und von den Beklagten nicht angegriffene Auslegung des Vertrages ist nicht zu beanstanden.

#### II.

1. Das Berufungsgericht führt aus, der Bauvertrag sei aus anderen Gründen formunwirksam. Ein für sich allein nicht formbedürftiger Vertrag sei dann notariell zu beurkunden, wenn er mit einem Grundstücksvertrag rechtlich zusammenhänge. Eine solche Verknüpfung liege vor, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig seien, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Dabei sei nicht erforderlich, dass an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Personen beteiligt seien.

Ein solcher Verknüpfungswille der Parteien sei gegeben. Die Beklagten seien seinerzeit nicht Eigentümer eines Grundstücks gewesen und hätten den Erwerb des von der Klägerin vermittelten Grundstücks beabsichtigt. Ohne ein Grundstück hätte das Haus nicht errichtet werden können. Die Klägerin habe schon in ihrer Anzeige für das von den Beklagten gekaufte Grundstück geworben. Sie sei davon ausgegangen, dass die Bauinteressenten das von ihr für die Bebauung vorgesehene Grundstück erwerben wollten; sie habe an der Vermittlung eines Kaufvertrages allein kein Interesse gehabt. Dies hätten die Beklagten erkannt. Für diese sei ein Vertrag mit der Klägerin lediglich über die Errichtung einer Doppelhaushälfte nicht in Betracht gekommen; dies genüge, um einen einheitlichen Vertrag mit daraus folgender Beurkundungsbedürftigkeit für alle Vereinbarungen zu bejahen. Dass die Beklagten zu einem späteren Zeitpunkt bereit gewesen seien, das Grundstück auch ohne Bebauung durch die Klägerin zu erwerben, sei ohne Belang.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Beurteilung, ob der Bauvertrag der Parteien notariell zu beurkunden war, bedarf ergänzender Feststellungen.

a) Ein Vertrag, der als solcher dem Formgebot des § 313 Satz 1 BGB nicht unterliegt, ist dann notariell zu beurkunden, wenn er mit einem Grundstücksgeschäft im Sinne dieser Vorschrift eine rechtliche Einheit bildet. Eine rechtliche Einheit besteht dann, wenn die Verträge nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen (st.Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 6.11.1980 – VII ZR 12/80, BGHZ 78, 346).

Dies setzt nicht voraus, dass die Abhängigkeit der Verträge wechselseitig ist. Auch bei einseitiger Abhängigkeit stehen und fallen beide Geschäftsteile mit dem Vertrag, von dem der andere abhängt. Andererseits ist ein solches Abhängigkeitsverhältnis kein hinreichender Grund, das für einen Vertrag geltende Formgebot auf den anderen auszudehnen. Maßgeblich ist vielmehr, ob die mit dem Normzweck verbundenen Funktionen des § 313 Satz 1 BGB die Erstreckung des Formgebots auf das verbundene Geschäft erfordern. Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat wiederholt auf die Abhängigkeit des Grundstücksvertrages als maßgebliches Kriterium für die Formbedürftigkeit des gesamten Geschäfts hingewiesen (BGH, Urteil vom 26.11.1999 – V ZR 251/98, MittBayNot 2000, 101, NJW 2000, 951 m.w.N.). Er hat dazu ausgeführt, allein die einseitige Abhängigkeit des formfreien Geschäfts vom Grundstücksvertrag genüge nicht, eine rechtliche Einheit im Sinne des Formgebots zu begründen.

b) Dieser Rechtsprechung schließt sich der *Senat* an (vgl. auch BGH, Urteil vom 11.10.2000 – VIII ZR 321/99, MittBayNot 2001, 69, NJW 2001, 226). Es ist maßgeblich auf Sinn und Zweck des Beurkundungsbedürfnisses abzustellen. Allein eine wirtschaftliche Verknüpfung der Verträge gebietet es nicht, das Formerfordernis des § 313 BGB auf den Bauvertrag zu erstrecken. Erst bei einer Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts vom Bauvertrag besteht Anlass, zur Wahrung der Funktionen des § 313 BGB (Warn- und Schutzfunktion, Gewährsfunktion für richtige, vollständige und rechtswirksame Wiedergabe des Parteiwillens, Beweisfunktion) das Formgebot auf den Bauvertrag auszudehnen.

An dieser Beurteilung ändert sich nichts, wenn zunächst der Bauvertrag und alsdann der Grundstücksvertrag geschlossen wird. Die Frage der Formbedürftigkeit ist von der zeitlichen Abfolge der Verträge nicht abhängig (*Pohlmann* EwIR 2000, 323 f; a.A. MünchKommBGB/*Kanzleiter*, 4. Aufl., § 313 Rdnr. 54 und Fn. 207).

c) Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts tragen nicht die Annahme, der Grundstückskaufvertrag sei vom Bauvertrag abhängig.

aa) Der erforderliche rechtliche Zusammenhang der Verträge geht über den tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Zusammenhang der Geschäfte hinaus. Es genügt nicht, dass der Bauvertrag Anlass zum Grundstückskauf gegeben hatte oder diesen erst ermöglicht haben sollte.

Eine Ausdehnung der für den Vertrag über das Grundstück gebotenen Form der notariellen Beurkundung auf das formfreie Rechtsgeschäft des Bauvertrages ist geboten, wenn nach den Vorstellungen der Parteien des Grundstücksvertrages dieser geschlossen wird, um die Ausführung des Bauvertrages zu ermöglichen.

bb) Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben keine Abhängigkeit des Grundstückskaufvertrages vom Bauvertrag. Eine solche rechtliche Abhängigkeit ist weder im

Grundstückskaufvertrag angedeutet noch ergibt sie sich aus dem bisher festgestellten Willen der Parteien. Das Berufungsgericht befasst sich allein mit der Abhängigkeit des Bauvertrages vom Grundstücksgeschäft.

### III.

Danach kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben.

Den Parteien ist zunächst Gelegenheit zu geben, zu dem neuen rechtlichen Gesichtspunkt ergänzend vorzutragen. Sollten weitere Feststellungen des Berufungsgerichts zu einem Formmangel des Bauvertrages führen, so wäre dieser Mangel in der Folgezeit nicht geheilt worden.

1. a) Das Berufungsgericht führt aus, die Formnichtigkeit des Bauvertrages sei durch den Abschluss des ersten Grundstückskaufvertrages nicht geheilt. Die Erwägung der Rechtsprechung, eine Heilung der formunwirksam eingegangenen Verpflichtung zur Veräußerung des Grundstücks könne über die Regelung des § 313 Satz 2 BGB hinaus bereits dann in Betracht kommen, wenn die Verpflichtung formwährend eingegangen worden ist (vgl. hierzu: BGH, Urteil vom 18.12.1981 – V ZR 233/80, BGHZ 82, 398, 403 ff.), sei hier nicht tragfähig.

b) Das hält einer rechtlichen Nachprüfung stand. Die dem vorgenannten Urteil des Bundesgerichtshofs zugrunde liegenden Erwägungen lassen sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Dort ging es um die Frage, ob die unwirksam eingegangene Verpflichtung zum Verkauf eines Grundstückes an einen Dritten bereits durch die notarielle Beurkundung des in Aussicht genommenen Kaufvertrages mit dem Dritten entsprechend § 313 Satz 2 BGB geheilt worden war. Das hat der Bundesgerichtshof mit der Erwägung bejaht, dass der Verkäufer bereits mit dem Abschluss des notariell beurkundeten Kaufvertrages gehindert sei, sich den sachenrechtlichen Konsequenzen des zuvor formunwirksam geschlossenen Vertrages zu entziehen. Hier liegt der Fall anders, da der Bauvertrag gerade keine Kaufverpflichtung bezüglich des Grundstücks enthält. Mit Abschluss des notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrages würde der Schutzzweck des § 313 Satz 2 BGB im Hinblick auf den Bauvertrag nicht erreicht. Die Rechtslage hatte sich in Bezug auf die Verpflichtung der Parteien, den Bauvertrag zu erfüllen, nicht derart verfestigt, dass eine entsprechende Anwendung des § 313 Satz 2 BGB bereits mit Abschluss des Grundstücksvertrages geboten wäre.

2. Der Formmangel des Bauvertrages ist durch den Abschluss des erneuten Grundstücksvertrages sowie Auflassung des Grundstücks und Eintragung der Beklagten als Eigentümer in das Grundbuch nicht geheilt worden. Dieser Vertrag sollte nach dem beurkundeten Willen der Beklagten ohne Bindung an den Bauvertrag geschlossen und sollte ausdrücklich nicht mit ihm als Einheit vollzogen werden. Eine Abhängigkeit dieses Grundstücksvertrages vom Bauvertrag bestand danach nicht.

### Anmerkung

zum vorstehenden Urteil des BGH und zugleich zu den Urteilen des BGH vom 11.10.2000 (NJW 2001, 226 f. = MittBayNot 2001, 69 ff.) und vom 26.11.1999 (NJW 2000, 951 f. = MittBayNot 2000, 101 f.)

1.

Der BGH hat in kurzer zeitlicher Reihenfolge drei Urteile über die Frage des Umfangs des Formgebotes des § 313 S. 1 BGB a.F., nunmehr § 311 b Abs. 1 BGB, beim aus mehreren

selbstständigen Verträgen bestehenden zusammengesetzten Vertrag (s. hierzu *Korte*, Handbuch Rdnr. 3.32 ff.) erlassen, und zwar der V. Senat am 26.11.1999 (MittBayNot 2000, 101 f. = LM § 313 Nr. 151 m. Anm. *Battes*), der VIII. Senat am 11.10.2000 (MittBayNot 2001, 69 f.) und nunmehr auch der VII. Senat am 13.6.2002 (vorstehend). Gegenstand des Urteils des V. Senats waren drei Verträge, nämlich ein Grundstückskaufvertrag, die Bestellung eines Vorkaufsrechts für alle Verkaufsfälle und Vereinbarungen über ein Geh- und Fahrrecht, ohne Drittbeteiligung, Gegenstand des Urteils des VIII. Senats gleichfalls drei Verträge, nämlich die Abtretung eines GmbH-Anteils, ein Grundstückskaufvertrag und Vereinbarungen für die Rückgewähr von Rücklagen und die Abtretung von Forderungen zwischen der Gesellschaft und dem Abtretungsempfänger, also mit Drittbeteiligung, Gegenstand des nunmehrigen Urteils des VII. Senats zwei Verträge, nämlich ein Grundstückskaufvertrag und ein – schon vorher abgeschlossener – Bauvertrag mit einem den Grundstückskaufvertrag „vermittelnden“ Dritten.

Formbedürftig ist ein zusammengesetzter Vertrag dann, wenn der darin enthaltene Grundstücksvertrag mit den übrigen Verträgen in rechtlichem Zusammenhang steht. Die dogmatische Begründung und die Kriterien für diesen rechtlichen Zusammenhang waren bisher außerordentlich strittig (s. hierzu näher *Staudinger/Wufka*, 2001, § 313 Rdnr. 173 ff., 176 f.). Die hierfür von der Rechtsprechung verwendete und von der Literatur meist nachvollzogene Beschreibung dieses rechtlichen Zusammenhangs (er wurde bejaht, „wenn die Verträge zusammen stehen und fallen“, s. schon BGH DNotZ 1971, 410 st. Rspr.; *Soergel/Wolf* Rdnr. 67 m.w.N.; oder wenn die betreffenden Verträge „nur gemeinsam gelten sollen“, s. schon RGZ 97, 220) war nicht gerade dazu geeignet, das Problem des rechtlichen Zusammenhangs und der Frage der Abhängigkeit der zusammengesetzten Verträge voneinander zu erhellten.

Der BGH mit seinen o.a. Senaten hat nunmehr in einheitlicher Meinung ausgeführt, dass ein rechtlicher Zusammenhang, der das Formgebot auch für den an sich nicht beurkundungsbedürftigen Vertrag begründen soll, nur besteht, wenn das *beurkundungsbedürftige* Grundstücksgeschäft von dem an sich nicht beurkundungspflichtigen anderen Rechtsgeschäft abhängt (einseitige Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts). Der BGH ist damit nicht der strengen Auffassung gefolgt, die Abhängigkeit müsse zweiseitig sein (vgl. BGH DNotZ 1971, 410, 411; so *Korte* DNotZ 1984, 3, 17), er hat aber auch die Ansicht abgelehnt, es genüge, wenn das an sich formfreie Rechtsgeschäft vom beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft abhängt (vgl. BGHZ 78, 346; OLG Schleswig NJW-RR 1991, 1175; OLG Koblenz DNotZ 1994, 771 m. Anm. *Wolf*) oder zumindest mit Rücksicht auf das in Aussicht genommene formbedürftige Rechtsgeschäft geschlossen wird (*MünchKomm/Kanzleiter*, 4. Aufl., § 313 Rdnr. 54). Der BGH begründet seine Rechtsansicht jeweils mit dem Hinweis auf die Warn- und Schutzfunktion, die Beweisfunktion und die Gewährsfunktion als Grundsätze des Normzwecks des Formgebotes bei Grundstücksverträgen, die aus der Sicht des *abhängigen* – an sich formfreien – Geschäfts bestehende Vertragseinheit ein Beurkundungserfordernis nicht zu begründen vermögen (s. BGH NJW 2000, 952).

2.

Der Ansicht des BGH ist in ihrem dogmatischen Ansatz zuzustimmen. Dem BGH steht schon der Wortlaut des § 313 S. 1 a.F., nunmehr § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB, zur Seite, wonach *der* Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das *Eigentum* an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung bedarf. Der Gesetzgeber be-

gründet die Beurkundungspflicht also vom gemäß § 313 S. 1 BGB a.F., nunmehr § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB, beurkundungspflichtigen Grundstücksgeschäft her, und nicht umgekehrt. Die Formpflicht auch für die weiteren Verträge ist Ausfluss des Grundsatzes der Beurkundungspflichtigkeit aller Vertragsbestimmungen des Vertrages, der eine Veräußerungs- bzw. Erwerbspflicht enthält und damit Ausfluss des damit zusammenhängenden Grundsatzes der Vollständigkeit (*Staudinger/Wufka*, 2001, § 313 Rdnr. 3, 155, 174). Die Aussage des BGH, dass bei einseitiger Abhängigkeit die Abhängigkeit des – formbedürftigen – Grundstücksvertrages von dem nicht formbedürftigen Vertrag entscheidend ist, nicht umgekehrt, scheint deshalb dogmatisch einleuchtend zu sein und klare Abgrenzungskriterien zu bieten. Sie zwingt auch die Tatsacheninstanzen dazu, den Sachverhalt und den „Verknüpfungswillen“ der Beteiligten, dessen Umfang und Zuordnung sowie dessen Verlautbarung und rechtstechnische Ausgestaltung in den einzelnen Rechtsgeschäften (Urkunden) genauer als bisher aufzuklären (bezeichnenderweise hat der BGH sämtliche Fälle an die Vorinstanzen zurückverwiesen).

3.

Es bleiben jedoch Fragen, Zweifel und Fallstricke.

3.1. Besteht der zusammengesetzte Vertrag nicht lediglich aus *einem* beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäft und einem oder mehreren an sich formfreien Rechtsgeschäften, sondern aus *mehreren beurkundungsbedürftigen* Rechtsgeschäften und einem oder mehreren an sich formbedürftigen Rechtsgeschäften, so muss die einseitige Verknüpfung nicht vom Grundstücksvertrag ausgehen, um eine Formpflicht auch des an sich formfreien Rechtsgeschäfts zu begründen. Im konkreten Fall des BGH (NJW 2000, 951) bestand zwar keine Abhängigkeit des Grundstückskaufvertrages von der Einräumung des Geh- und Fahrrechtes und keine Abhängigkeit des Grundstückskaufvertrages von der Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufsrechtes, aber eine (einseitige) Abhängigkeit der Verpflichtung zur Bestellung eines Vorkaufsrechtes vom Grundstückskaufvertrag einerseits und eine (einseitige) Abhängigkeit der Verpflichtung zur Bestellung eines Vorkaufsrechtes von der – an sich formfreien – Vereinbarung über die Bestellung eines Geh- und Fahrrechtes andererseits. Wenn der BGH also ausführt, dass das Unterbleiben der Beurkundung der Vereinbarungen über die Bestellung des Geh- und Fahrrechtes die Formwirksamkeit des Kaufes nicht berühre, übersieht er, dass ein „weiteres“ Geschäft, nämlich die Verpflichtung zur Einräumung eines Vorkaufsrechtes dem Formgebot des § 313 S. 1 BGB a.F., nunmehr § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB, unterlag, und es insoweit also nicht darauf ankam, ob der Grundstückskaufvertrag vom Vorkaufsrecht oder umgekehrt abhängig war, um eine rechtliche Verknüpfung und damit die Formpflicht des „Gesamtvertrages“ zu begründen (s. insoweit auch schon die Zweifel von *Battes*, LM § 313, 151). Im konkreten Fall kommt hinzu, dass schon der dem Urteil des BGH vorausgehenden Entscheidung (BGH NJW 1996, 2792 = MittBayNot 1996, 429 m. Anm. *Gschossmann*<sup>1</sup>); zum Umfang des Formgebotes des § 313 S. 1 BGB a.F., nunmehr § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB, selbst im Wege der ergänzenden Auslegung nicht gefolgt werden kann (s. hierzu *Staudinger/Wufka*, 2001, § 313 Rdnr. 225).

<sup>1</sup> Der konkrete Fall beschäftigte den BGH offensichtlich ein zweites Mal: Beim ersten Mal ging es um eine bei Beurkundung zwar vorgelegte, aber *nicht* mitbeurkundete Handskizze über die Waschanlage, auf die auch im jetzigen Urteil im Sachverhalt hingewiesen wird.

3.2. Fragen bleiben auch offen, wenn – wie im Fall BGH NJW 2001, 226 – bei einem zusammengesetzten Vertrag die beiden beurkundungsbedürftigen Verträge (neben an sich formfreien Vereinbarungen war die Geschäftsanteilsabtretung und die zugrunde liegende Verpflichtung gem. § 15 Abs. 3, 4 S. 1 GmbHG und der Grundstückskaufvertrag gem. § 313 S. 1 BGB a.F. beurkundungspflichtig) aufgrund *unterschiedlicher* Formvorschriften beurkundungspflichtig sind. Im gegebenen Fall bestand eine einseitige Abhängigkeit der Verpflichtung zur Übertragung der Geschäftsanteile vom Grundstückskaufvertrag und den übrigen – nicht formbedürftigen – Vereinbarungen, nicht jedoch umgekehrt. Es scheint deshalb folgerichtig zu sein, wenn der BGH ausführt, dass die Nichtmitbeurkundung der anderen – an sich formfreien – Vereinbarungen gemäß § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG und damit der Formmangel dieses Verpflichtungsgeschäftes durch die wegen ihrer Abstraktheit formwirksame Abtretung der Geschäftsanteile nach § 15 Abs. 4 S. 2, Abs. 3 GmbHG geheilt worden sind; formpflichtig waren in diesem Falle nämlich die sonstigen – an sich nicht der Formpflicht unterliegenden – weiteren Vereinbarungen gemäß § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG, nicht jedoch (der Grundstückskaufvertrag war nicht einseitig von den weiteren – an sich formfreien – Vereinbarungen abhängig) nach § 313 S. 1 BGB a.F., nunmehr § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB; damit scheint in der Tat auch für die Heilung nicht etwa § 313 S. 2 BGB a.F., nunmehr § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB, einschlägig, sondern § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG (Heilung durch formwirksame Abtretung der Geschäftsanteile als solche). Hierbei wird aber nicht genügend bedacht, dass die h.M. in Rechtsprechung und Literatur sich bei der Auslegung des Umfangs des Formgebotes gemäß § 15 Abs. 3, 4 GmbHG an der Rechtsprechung zu § 313 S. 1 BGB a.F., nunmehr § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB, orientiert mit der Folge, dass nicht nur die Verpflichtung zur Abtretung als solche, sondern der gesamte schuldrechtliche Vertrag zu beurkunden ist (s. bereits BGH NJW 1969, 2049, NJW 1996, 3338, DStR 2000, 1272; *Hachenburg/Zutt*, GmbHG, 8. Aufl., 1992, § 15 Rdnr. 49; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 15 Rdnr. 29; s. auch *Armbrüster DNotZ* 1997, 762 ff.). Damit erfasst das Formgebot des § 15 Abs. 3, 4 GmbHG neben der Beweisfunktion auch die Gewährfunktion, nämlich den Vollständigkeitsgrundsatz wie bei § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB. Ist aber infolge einseitiger Abhängigkeit der Verpflichtung zur GmbH-Anteilsabtretung vom Grundstückskaufvertrag der (an sich ohnehin für sich beurkundungspflichtige) Grundstückskaufvertrag in die Mitbeurkundungspflicht des § 15 Abs. 3, 4 GmbHG einbezogen, wird sich (wegen des Gleichklangs der Schutzfunktionen von § 15 Abs. 4 GmbHG und § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB) die Heilungswirkung bezüglich der an sich formfreien, im konkreten Fall aber gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG gleichfalls formbedürftigen Vereinbarungen nach der Heilungsvorschrift des § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB bemessen müssen, eine Gesamt-Heilung also erst dann eintreten, wenn die „strengeren“ Heilungsvoraussetzungen des § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB vorliegen.

3.3. Im vorstehenden Urteil des VII. Senats vom 13.6.2002 ist dem BGH darin zuzustimmen, dass es auf die zeitliche Reihenfolge des fraglichen Rechtsgeschäftes nicht ankommt, da maßgeblich für die Frage des rechtlichen Zusammenhangs allein der Verknüpfungswille der Parteien ist. Dem BGH (so auch schon die Vorinstanz) ist weiter darin zuzustimmen, dass ein etwaiger Formmangel des Bauvertrages (also für den Fall, dass der erste Grundstückskaufvertrag tatsächlich vom Bauvertrag abhängig gewesen sein sollte) nicht in entsprechender Anwendung des § 313 S. 2 a.F. BGB, nunmehr § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB, durch Abschluss des zweiten – formwahren und ohne Bindung zum Bauvertrag – abgeschlossenen Kaufver-

trages geheilt worden wäre (vgl. insoweit die diesbezügliche Rechtsprechung des BGH zur Heilung des formnichtigen Maklervertrages durch den Abschluss des Hauptvertrages; z. B. BGH NJW 1987, 1628; BGH 1982, 398 = NJW 1982, 759 = DNotZ 1982, 433 m. Anm. *Wolfsteiner*), da der zweite Kaufvertrag gerade *ohne* Bindung an den Bauvertrag geschlossen wurde. Auch die Eigentumsumschreibung im Grundbuch wäre nicht zur Heilung gemäß § 313 S. 2 BGB a.F., nunmehr § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB, geeignet, weil die im zweiten Kaufvertrag etwa enthaltene Auflassung nicht zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem ersten Kaufvertrag und des etwa zusammenhängenden Bauvertrages erfolgt ist.

Offen geblieben ist im vorliegenden Urteil, aber auch in den beiden vorangehenden Urteilen, ob unter einseitiger Abhängigkeit nur die einseitige Abhängigkeit des eine *unmittelbare* Veräußerungs- oder Erwerbsverpflichtung enthaltenen Grundstücksgeschäftes von dem an sich formfreien weiteren Geschäft zu verstehen ist, oder ob auch eine (einseitige) Abhängigkeit des an sich formfreien, jedoch eine *mittelbare* Erwerbsverpflichtung enthaltenen Rechtsgeschäftes (s. hierzu MünchKomm/Kanzleiter, 4. Aufl., § 313 Rdnr. 35; *Soergel/Wolf* § 313 Rdnr. 31; *Staudinger/Wufka* § 313, 2001, Rdnr. 104 ff.) genügt, um einen rechtlichen Zusammenhang und damit eine einheitliche Beurkundungspflicht zu begründen. Dies ist gerade bei – an sich formfreien – Bauverträgen, insbesondere Fertighausverträgen von Bedeutung. Bei derartigen – an sich formfreien – Verträgen wird die Entschließungsfreiheit des Auftragsgebers jedenfalls dann, wenn der betreffende Vertrag sich auf ein (noch zu erwerbendes) *bestimmtes* Grundstück bezieht und dem Auftraggeber im Fall des Rücktritts z. B. durch Vertragsstrafen Entschädigungszahlungen *wirtschaftliche Bindungen* auferlegt werden, die einem *faktischen* Zwang zum Grundstückskauf gleichkommen, beeinträchtigt. In einem derartigen Fall ist auch ein nur einseitig vom Grundstückskaufvertrag abhängiger Bauvertrag (Fertighausvertrag) aus Gründen mittelbarer Erwerbverpflichtung als Einheit zusammen mit dem Grundstückskaufvertrag (zum Beurkundungsverfahren s. *Staudinger/Wufka* § 313, 2001, Rdnr. 182 ff.) beurkundungspflichtig (wie hier *Wolf*, Anm. zu OLG Koblenz DNotZ 1994, 771; *Hartmann* MittBayNot 2000, 11, 16). Der BGH hat bisher eine Beurkundungspflicht nach den beim Maklervertrag entwickelten Grundsätzen über eine mittelbare Erwerbsverpflichtung bei Fertighausverträgen (und entsprechenden Bauverträgen) verneint (vgl. z. B. BGHZ 76, 43 = NJW 1980, 829). Gerade seine Rechtsprechung zur einseitigen Abhängigkeit sollte jedoch Anlass geben, dies zu überdenken.

4.

Dem juristischen Laien wird eine derartige, vom BGH gefundene „chirurgisch“ saubere Lösung der einseitigen Abhängigkeit meist nicht geläufig sein; für ihn handelt es sich um ein wirtschaftlich verflochtenes, von der Interessenlage geprägtes Vertragsbündel, bei dem jeweils sorgfältig geprüft werden muss, ob im konkreten Fall tatsächlich nur das an sich nicht formbedürftige Rechtsgeschäft vom formbedürftigen Rechtsgeschäft abhängt (und damit das an sich nicht formbedürftige Rechtsgeschäft formfrei bleibt) oder ob nicht auch eine umgekehrte Abhängigkeit besteht. Dies gilt insbesondere dann, wenn im Zusammenhang mit unmittelbaren oder mittelbaren Erwerbsverpflichtungen ein Rechtsgeschäft – gleichgültig, ob das formfreie oder das beurkundungsbedürftige – mit Rücktrittsrechten oder Bedingungen ausgestaltet ist und dadurch die Formfreiheit eines an sich formfreien Vertrages „sichergestellt“ werden soll. Beurkundungspflichtig ist nämlich – gleichgültig, ob bei einem reinen Typenvertrag, ge-

mischten Vertrag oder zusammengesetzten Vertrag – nicht das, was die Beteiligten (äußerlich) in die Urkunde aufgenommen haben, sondern das, „was sie zum Bestandteil des Gesamtabkommens machen wollten“ (so schon *Staudinger/Werner*, 9. Aufl., 1930, § 313 II 1a). Abzustellen ist also inhaltlich auf das, was nach dem Willen der Beteiligten Regelungen entfalten und damit Rechtswirkungen erzeugen soll (s. schon BGH NJW 1979, 1495; BGHZ 85, 315, 317 m.w.N.; auch BGH NJW 1986, 248), *nicht* auf die äußere Gestaltung. Auch bei Vertragsgestaltungen unter Bedingungen und Rücktrittsrechten ist daher zu prüfen, ob diese gewollt waren oder ob diese (nach außen hin) lediglich die Formfreiheit des weiteren Rechtsgeschäftes vortäuschen sollten. Daran ändert auch die nunmehrige Rechtsprechung des BGH zur einseitigen Abhängigkeit nichts. Wollen die Beteiligten durch die Gestaltung eines Rücktrittsrechts oder einer Bedingung wirklich nur eine „negative Abgrenzung“ des an sich formfreien Rechtsgeschäftes (also lediglich die Möglichkeit der Lösung vom Vertrag), bleibt dieses formfrei (s. auch *Korte*, DNotZ 1984, 3, 82, 91 zur Gestaltungsfreiheit). Wollen die Beteiligten aber eigentlich – verknüpft – eine positiv regelnde Einbeziehung der an sich formfreien Vereinbarungen als solche in den Grundstückskaufvertrag, bedürfen diese Vereinbarungen als solche der Beurkundung. Ansonsten ist die „vorgesobene“ Ausgestaltung des Vertrages mit einem Rücktrittsrecht/einer Bedingung als Scheingeschäft gemäß § 117 BGB und das wirklich Vereinbarte deshalb nach § 125 BGB nichtig, weil es nicht gem. § 117 S. 2, 311 b Nr. 1 S. 1 BGB beurkundet ist (in diesem Sinne auch *Seeger* MittBayNot 2002, 11, in diesem Heft). Wäre es anders, wäre angesichts der neuen Rechtsprechung des BGH zur einseitigen Abhängigkeit die Versuchung groß, die Formpflicht bei zusammengesetzten Verträgen durch „kreative“ Gestaltungen zu unterlaufen. Die im Ansatz richtige Rechtsprechung des BGH darf nicht zur unreflektierten Leerformel werden.

Notar Dr. Eduard Wufka, Starnberg

4. BGB §§ 325, 504, 1094 (*Schadensersatz wg. Nichtbestellung Vorkaufsrecht*)

**Veräußert der Käufer eines Grundstücks dieses weiter, ohne seiner Vertragspflicht zur künftigen Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts zu genügen, kann er dem Verkäufer Schadensersatz gemäß § 325 BGB schulden.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.6.2001 – 9 U 183/99 –, mitgeteilt von *Anja Stein*, Richterin am OLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Klägerin ist die Tante des Beklagten zu 1). Sie veräußerte am 25.9.1980 an die Beklagten das Grundstück Flur 21, Flurstück 3039 in N. zu einem Preis von 284.700 DM. Den Beklagten war es gestattet, bis 1 m an die Grundstücksparzelle 3040 (jetzt 3210), die ebenso wie das Grundstück 325 der Klägerin gehörte, heranzubauen. Nach dem Vermerk über das Vorlesen der Niederschrift durch den Notar wurde in der Urkunde hinzugefügt:

„Zusatz:

6. Die Käufer verpflichten sich, nach Fertigstellung des von ihnen auf dem Kaufgrundbesitz geplanten Bauvorhabens, spätestens jedoch bis zum 31.12.1981, der Verkäuferin an dem Kaufgrundbesitz ein vererbliches Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall einzuräumen und die entsprechenden Erklärungen in der für Grundbuchsachen vorgeschriebenen Form abzugeben.

Andererseits verpflichtet sich die Verkäuferin, den Käufern an dem ihr verbleibenden Grundstück Flur 21, Flurstück 3040 gleichfalls ein vererbliches Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall zum gleichen Zeitpunkt wie das vorvereinbarte Vorkaufsrecht einzuräumen und die hierzu erforderlichen Erklärungen in der für Grundbuchsachen vorgeschriebenen Form abzugeben.

Beide Vorkaufsrechte sind so zu vereinbaren, dass ein Verkauf an Verwandte in gerader Linie oder an Geschwister bzw. ehe-liche leibliche Abkömmlinge von Geschwistern den Vorkaufsrechtsfall nicht auslösen.“

Zur Eintragung wechselseitiger Vorkaufsrechte im Grundbuch ist es nicht gekommen. Allerdings führten die Parteien einen Rechtsstreit wegen eines von der Klägerin auf dem Grundstück der Beklagten gefällten Nussbaumes.

In den 90er Jahren wollten die Beklagten ihr Anwesen, dessen Gartengelände sich zum Ufer des Flusses E. absenkt, verkaufen. Grund war der von der nahen Autobahn A 57 ausgehende intensive Verkehrslärm.

Am 28.4.1997 veräußerten sie an einen Steuerberater W. zu einem beurkundeten Kaufpreis von 725.000 DM. Vorausgegangen war ein Fax des Beklagten zu 1) vom 13.3.1997, in welchem er die Immobilie zu einem Kaufpreis von 1.175 Mio. DM zahlbar in zwei Beträgen a) 725.000 DM und b) 450.000 DM anbot. Noch am gleichen Tag bestätigte der Käufer unter anderem den „Kaufpreis gemäß Fax“. Ferner war mit Herrn W. abgesprochen, dass die Beklagten bis zur Herstellung ihrer Ersatzwohnung im Sinne eines Mietverhältnisses wohnen bleiben konnten. Am 20.8.1997 wurde Herr W. als Eigentümer im Grundbuch eingetragen; gegen ihn ist mittlerweile ein Strafverfahren eingeleitet worden.

Mit an den Beklagten zu 1) gerichtetem Schreiben vom 12.6.1997 erklärte die Klägerin, sie mache angesichts der Verkaufspläne des Beklagten „ihr Vorkaufsrecht“ geltend und bitte um ein entsprechendes Angebot. Darauf reagierten die Beklagten ebenso wenig wie auf das anwaltliche Aufforderungsschreiben vom 21.7.1997. Nachdem die Klägerin durch Einsicht in das Grundbuch von dem niedrigen Kaufpreis erfahren hatte, begehrte sie von den Beklagten die Zahlung von 675.000 DM, wobei sie den Verkehrswert des Objektes mit 1,4 Mio. DM ansetzte.

Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt, an die Klägerin Schadensersatz in Höhe von 225.000 DM Zug-um-Zug gegen Eintragung eines entsprechenden Vorkaufsrechts am Flurstück 3210 zu zahlen. Dabei hat das Gericht einen Verkehrswert von 1,4 Mio. DM angenommen und dem einen von W. gezahlten Kaufpreis von 1,175 Mio. DM gegenüber gestellt. Mit ihrer Berufung erstreben die Beklagten die Klageabweisung.

#### Aus den Gründen:

Die Berufung hat teilweise Erfolg.

1. Die Beklagten haften der Klägerin auf Schadensersatz in Höhe von 58.000 DM gemäß § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen der ihnen unmöglichen Erfüllung eines Vorvertrages auf Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts. Soweit das Landgericht die Beklagten zur Zahlung weiterer 167.000 DM verurteilt hat, ist das Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

a) Die Parteien haben im Rahmen des Kaufvertrages von 1980 zugleich einen Vorvertrag über die wechselseitige Pflicht zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts (§ 1094 BGB) betreffend die Flurstücke 3039 und 3040 abgeschlossen. Nach § 6 des Notarvertrages sollten die Beklagten nach Fertigstellung ihres Gebäudes bis spätestens 31.12.1981 ein entsprechendes Vorkaufsrecht bestellen. Dies ist bis zur Eintragung des neuen Eigentümers W. am 20.8.1997 unterblieben. Einem entsprechenden Vorkaufsrecht zugunsten der Klägerin fehlt es aber nicht nur an der Eintragung. Vielmehr wurde ein entsprechendes Vorkaufsrecht 1980 noch nicht abschließend ver-

einbart. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut sollte *nach* Fertigstellung des Bauvorhabens das Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall eingeräumt werden, d.h. also noch nicht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Weiterhin heißt es in Satz 3 der Klausel, nach der eine Ausnahme vom Eintritt des Verkaufsfalles vorgesehen ist, dass beide Vorkaufsrechte „so zu vereinbaren sind“. Der Wortlaut lässt daher keinen Platz für eine dahingehende Auslegung, die Rechte seien bereits im September 1980 abschließend vereinbart worden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass möglicherweise beide Parteien davon ausgingen, „sie müssten nichts mehr tun“.

b) In dem Vorvertrag wurde die Pflicht zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes festgelegt. Die entsprechenden Erklärungen sollten noch in der für Grundbuchsachen vorgeschriebenen Form abgegeben werden. Das Vorkaufsrecht sollte folglich dinglich gesichert werden. Dem Vertragstext lässt sich nicht dafür entnehmen, die Parteien hätten zugleich ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht im Sinne von § 504 BGB verabredet. Die Vereinbarung eines dinglichen Vorkaufsrechts enthält nicht zwangsläufig ein obligatorisches Recht. Zwar können Vertragspartner vereinbaren, dass dem dinglichen Vorkaufsrecht auch ein obligatorisches Vorkaufsrecht zugrunde liegen soll (vgl. BGH WM 1970, 1024). Die heutige Interessenlage der Klägerin rechtfertigt aber nicht nachträglich die Annahme, schon damals sei eine dahingehende Einigung zwischen den Parteien zustande gekommen. Zwar mag es zutreffen, dass die Klägerin den Wunsch hegte, das Grundstück in Familienbesitz zu halten und sie dies gegenüber dem Notar auch eindeutig zum Ausdruck gebracht hat. Dafür spricht sicherlich die nachträglich dem Kaufvertragstext angefügte Klausel Nr. 6. Deren Text erschöpft sich aber in einer Vereinbarung über die zukünftige Bestellung entsprechender Rechte. An keiner Stelle kommt zum Ausdruck, ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht solle zugleich und mit sofortiger Wirkung bereits bestellt werden. Im Übrigen hat die Klägerin selbst eingeräumt, dass die Parteien seinerzeit über die unterschiedlichen Rechtsfolgen eines schuldrechtlichen und eines dinglichen Vorkaufsrechtes nicht aufgeklärt wurden. So kann ein persönliches Vorkaufsrecht nur für den ersten Verkaufsfall, nämlich für den Fall des Verkaufs durch den Kaufverpflichteten, ein dingliches dagegen für mehrere oder alle Verkaufsfälle (d.h. auch für den Fall des Verkaufs durch einen Rechtsnachfolger des Bestellers) begründet werden (vgl. *Soergel-Huber*, vor § 504 BGB, Rdnr. 2). Vereinbart haben die Parteien letztendlich nur die Pflicht zur zukünftigen Einräumung eines entsprechenden dinglich gesicherten Rechtes. Soweit der Notar – nach dem Vortrag der Klägerin – dennoch die Absicht gehabt haben sollte, ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht zu beurkunden, ist dies jedenfalls tatsächlich nicht geschehen. Einer Vernehmung des Notars bedarf es dazu daher nicht.

Das Fehlen eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechtes schließt aber nicht bereits die Annahme eines Vorvertrages und bei dessen Nichterfüllung die Rechtsfolge des § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB aus. Jedenfalls lässt sich dies nicht, wie die Beklagten in der letzten mündlichen Verhandlung meinten, aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofes – abgedruckt in WM 1970, 1024 – ableiten. Dort war ein entsprechendes Vorkaufsrecht vereinbart, lediglich die Eintragung im Grundbuch war unterblieben. Über Rechte aus einem Vorvertrag war seinerzeit nicht zu entscheiden.

c) Die Beklagten haben sich die Erfüllung ihrer Pflicht zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes schuldhaft unmöglich gemacht.

Den Beklagten ist es nicht anzulasten, dass sie die entsprechende abschließende Vereinbarung eines Vorkaufsrechts zunächst „vergessen“ haben. Auch die Klägerin hat ihrerseits nichts unternommen, um für die Bestellung eines entsprechenden Vorkaufsrechts zugunsten der Beklagten an ihrem Grundstück Flurstück 3040 zu bestellen. Das „Vergessen“ alleine hat es den Beklagten nicht unmöglich gemacht, ihrer Verpflichtung doch noch – wenn auch vielleicht verspätet – nachzukommen.

Den Beklagten ist aber als Verschulden anzulasten, dass sie, nachdem die Klägerin ihr „Vorkaufsrecht“ im Juni 1997 angemeldet hat, nichts unternommen haben, um die Übertragung des Grundstückes an Herrn W. zu verhindern. Auch wenn den Beklagten beim Abschluss des Vertrages mit Herrn W. im April 1997 verborgen geblieben sein sollte, dass ihr Grundstück nicht entsprechend dinglich belastet war, wurde ihnen spätestens durch das Schreiben der Klägerin vom 11.6.1997 dieses ehemals vorgesehene Recht in das Bewusstsein gerufen. Herr W. wurde erst am 20.8.1997 im Grundbuch eingetragen. Erst zu diesem Zeitpunkt wurde der bis dahin gemäß § 117 BGB nichtige Kaufvertrag wirksam. Dennoch haben die Beklagten nicht darauf hingewirkt, dass die entsprechende Eigentumsumschreibung unterblieben und stattdessen die Eintragung des Vorkaufsrechts erfolgt ist.

Der Beklagte zu 1), der die Vertragsverhandlungen mit W. auch für seine Ehefrau führte, ist in Immobiliengeschäften bewandert. Er hat im Senatstermin vom 11.5.2001 – wenn auch hinsichtlich der Einschätzung des Verkehrswertes des Objektes – ausdrücklich erklärt, entsprechende Erfahrung zu besitzen. Er sei zwar Apotheker, habe aber in den letzten Jahren Immobiliengeschäfte getätigt und den Markt beobachtet.

Entsprechende Vergleichsverhandlungen über einen Rükckerwerb bzw. einen direkten Erwerb der Immobilie durch die Klägerin sind im Sommer 1998 gescheitert; den Beklagten ist es damit nicht mehr möglich, das entsprechende Recht eintragen zu lassen. Ob die Klägerin dabei „unrealistische“ Forderungen gestellt hat, vermag die Beklagten nicht zu entlasten. Das Risiko des Rükckerwerbs trugen alleine die Beklagten.

d) Die Klägerin hat ihre entsprechenden Rechte aus dem im September 1980 abgeschlossenen Vorvertrag nicht verwirkt.

Zwar war im Juni 1997 die Frist zur Bestellung der entsprechenden Rechte seit fast 16 Jahren abgelaufen. Die Annahme der Verwirkung eines Rechtes setzt neben dem „Zeitmoment“ aber auch ein „Umstandsmoment“ voraus, d.h. Tatsachen, aufgrund derer der andere Vertragsteil berechtigt annehmen konnte, der Anspruch werde nicht mehr geltend gemacht (vgl. BGH WM 1999, 796, 797; MünchKomm-Roth § 242, Rdnr. 365). Dafür ist vorliegend weder etwas vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die Klägerin hat zu keinem Zeitpunkt gegenüber den Beklagten zum Ausdruck gebracht, sie wolle auf das ihr diesbezüglich zustehende Recht endgültig verzichten.

Insoweit können die Beklagten auch nichts aus dem Umstand herleiten, dass die Klägerin 1986 das jetzige Flurstück 3209 an die Stadt N. veräußert hat, ohne diesen Verkauf der Beklagten anzuzeigen. Zum einen handelt es sich bei dem Flurstück 3209 lediglich um eine geringfügige Teilfläche des ehemaligen Grundstückes 3040, welches die Erwerberin offensichtlich nicht zum Zwecke der Hausbebauung erworben hat, sondern zur (öffentlich-rechtlichen) Nutzung im Zusammenhang mit der Straße. Zum andern kann aus einem Rechtsgeschäft, das den Beklagten nicht bekannt wurde, kein Vertrauenstatbestand für den Verkaufsfall im Jahre 1997 abgeleitet werden.

Schließlich lässt auch der Streit um den gefälltten Nussbaum, der die Parteien bis heute entzweit hat, nicht vermuten, die Klägerin habe bewusst auf die Eintragung eines Vorkaufsrechts verzichten wollen.

2. Die Klägerin kann gemäß § 325 BGB das positive Interesse ersetzt verlangen.

Zur Berechnung des Schadens bedarf es eines Vergleichs zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung entstandenen Vermögenslage (vgl. BGH NJW 1998, 2901, 2902).

Bei der entsprechenden Vereinbarung und Eintragung eines dinglichen Verkaufsrechtes hätte die Klägerin dieses anlässlich des Verkaufs des Grundstückes N.W. 73 A an Herrn W. ausüben können, so dass zwischen ihr und den Beklagten ein Kaufvertrag zu den mit Herrn W. vereinbarten Konditionen zustande gekommen wäre. Die Klägerin hätte dann – da der mit W. vereinbarte Kaufpreis hinter dem tatsächlichen Verkehrswert zurückbleibt – den Mehrwert „abschöpfen“ können. Diese Differenz ist dem Vermögen der Klägerin infolge der Nichterfüllung des Vorvertrages nicht zugeflossen und daher als ihr Schaden anzusehen.

Der Senat schätzt den Schaden der Klägerin gemäß § 287 ZPO auf der Basis des gerichtlich eingeholten Gutachtens des Sachverständigen M., das dieser vor dem Senat erläutert hat, sowie dem von Beklagtenseite vorgelegten Gutachten des Sachverständigen P. sowie dem Vortrag der Parteien zum Zustand des Hauses auf 58.000 DM.

a) Von der Klägerin wäre bei Ausübung des Vorkaufsrechts ein Kaufpreis in Höhe von 1, 175 Mio. DM aufzubringen gewesen.

Zwar war zwischen den Beklagten und Herrn W. lediglich ein Kaufpreis von 725.000 DM beurkundet. Dieser Betrag ist jedoch nicht als Maßstab für die Schadensberechnung heranzuziehen, denn auch bei einem tatsächlich bestehenden Vorkaufsrecht hätte die Klägerin sich nicht auf diesen niedrigen Kaufpreis berufen können. Denn das Gesetz knüpft gemäß den §§ 1098, 505 Abs. 2 BGB das Entstehen des Rechts zur Ausübung des Vorkaufsrechts allein an das Zustandekommen eines rechtswirksamen Kaufvertrages (Vorkaufsfall) an. Bis zum Wirksamwerden des Kaufvertrages können Käufer und Verkäufer den Vertrag willkürlich aufheben und damit das Vorkaufsrecht gegenstandslos machen, denn der Vorkaufsrechte hat kein Recht auf den Eintritt des Vorkaufsfalles (vgl. BGH NJW 1997, 762; auch RG JW 1902, 218, 219). Maßgebend ist daher allein, mit welchem Kaufpreis der Vertrag der Beklagten mit Herrn W. zustande gekommen ist. Der ursprünglich am 27.4.1997 geschlossene Vertrag über die Immobilie war gemäß § 117 BGB nichtig. Insofern haben die damaligen Vertragsparteien einen zu niedrigen Kaufpreis beurkunden lassen, obwohl sie einen höheren Kaufpreis, nämlich 1,175 Mio. DM, vereinbart hatten. Der diesbezügliche Kaufvertrag wurde erst mit Eintragung von Herrn W. am 20.8.1997 im Grundbuch wirksam. Ab diesem Zeitpunkt hätte ein entsprechendes Vorkaufsrecht der Klägerin wirksam ausgeübt werden können, weshalb dann mit ihr ebenfalls ein Kaufvertrag zum Kaufpreis von 1,175 Mio. DM zustande gekommen wäre. Anlässlich der Erörterung im Senatstermin vom 22.1.01, die zur Rücknahme der Anschlussberufung der Klägerin führt, ist unstrittig geworden, dass die Beklagten mit Herrn W. einen höheren als den zunächst beurkundeten Kaufpreis vereinbart haben. Einer Beweiserhebung durch Vernehmung der Beklagten als Partei bedurfte es daher nicht.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist es den Beklagten nicht verwehrt, sich auf einen höher vereinbarten als den zunächst beurkundeten Kaufpreis zu berufen. § 4 Abs. 3 RSG (Reichssiedlungsgesetz) findet auf den vorliegenden Fall keine Anwendung. Mit dieser Norm wird lediglich das am Gemeinwohl orientierte Vorkaufsrecht zugunsten der Siedlungsgemeinschaft geschützt. Es ist also eine Ausnahmeregel, durch die ein Schwarzkauf entgegen der allgemeinen Regelung des § 117 BGB zugunsten der Siedlungsgesellschaft als gültig angesehen wird (vgl. BGHZ 53, 52, 54). Eine Ausnahmeregel ist aber nur dann verallgemeinerungsfähig, wenn andernfalls das Gebot der Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle verletzt würde (vgl. BGH NJW 1989, 2621, 2622). Daran fehlt es hier.

Die Klägerin verfolgt keine Gemeinwohlinteressen und ist daher nicht wie eine Siedlungsgemeinschaft zu schützen.

b) Der Verkehrswert der Immobilie betrug im Sommer 1997 rund 1,233 Mio. DM.

Der fiktive Preis, der den Verkehrswert ausmacht, wird üblicherweise in Anlehnung an § 194 BauG i.V. mit der Wertermittlungsverordnung (WertV) ermittelt. Daran haben sich sowohl der gerichtlich bestellte Sachverständige M. wie auch der von den Beklagten herangezogene Sachverständige P. orientiert und einen Verkehrswert nach dem Sachwertverfahren (§§ 21 ff. WertV) errechnet. Die Parteien haben gegen diese Vorgehensweise auch keine grundsätzlichen Bedenken erhoben; sie sind lediglich hinsichtlich der Einzelheiten der Bewertung unterschiedlicher Auffassung.

##### 5. MaBV § 3 (Fälligkeit der ersten Rate bei Bauträgervertrag über Altbau)

**Bei einem Bauträgervertrag, der einen Altbau betrifft, darf die erste Rate bereits ausgezahlt werden, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sind. Der Beginn von Modernisierungsarbeiten ist nicht erforderlich.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Hamm, Urteil vom 19.6.2002 – 11 U 4/02 –, mitgeteilt von Rechtsanwalt und Notar *Norbert Schmidt*, Essen

Aus den Gründen:

(...)

Die Kläger haben keinen Schadensersatzanspruch aus § 19 Abs. 1 BNotO. Der mit dem Vollzug des Erwerbsgeschäfts beauftragte Beklagte verstieß nicht gegen seine Amtspflichten, als er die erste Rate in Höhe von 30 % des von den Klägern für den Erwerb des Wohnungseigentums und den Ausbau des Dachbodens zu einer Dachgeschosswohnung versprochenen Preises auszahlte.

Dabei kann dahinstehen, ob die Ausbauarbeiten bereits begonnen hatten. Auch wenn dies, wie die Kläger behaupten, nicht der Fall war, liegt ein Pflichtverstoß des Beklagten nicht vor.

1. Allerdings galten aus den von dem Landgericht angeführten Erwägungen, denen sich der *Senat* anschließt und auf die er zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, die Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung.

2. Eine Auszahlung der ersten Rate in Höhe von 30 % des Gesamtpreises vor Beginn der Ausbauarbeiten verstieß aber – entgegen der Auffassung des Landgerichts und der Kläger – auch nicht gegen die Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung.

a) Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV lagen (wie auch das Landgericht angenommen hat) zum Zeitpunkt der Auszahlung unstrittig vor. Insbesondere war bereits das Wohnungsgrundbuch geschaffen und war zugunsten der Kläger eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

b) Für die Anwendung des § 3 Abs. 2 MaBV ist vorliegend die Sondervorschrift des Satzes 3 maßgeblich (so auch das Landgericht). Altbau im Sinne dieser Bestimmung ist nämlich auch eine aus einem Dachboden zu schaffende Dachgeschosswohnung. Denn der Erwerber erhält auch im Fall eines solchen Dachausbaus Eigentum bzw. einen Eigentumsanteil an einem Altbau (vgl. *Basty*, DNotZ 1997, 284, 292); und auch wertungsmäßig besteht zwischen einer bloßen Altbausanierung und einem Dachgeschossausbau vorliegend kein erheblicher Unterschied (im Ergebnis ebenso etwa auch *Kutter* in Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl., A II, Bauträgervertrag, Rdnr. 133a, S. 266).

Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 3 MaBV gelten daher im Streitfall „die Sätze 1 und 2 mit der Maßgabe entsprechend, dass der hiernach zu errechnende Teilbetrag für schon erbrachte Leistungen mit Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 entgegengenommen werden kann“. Die erste Rate in Höhe von 30 % des Gesamtpreises, welche im Falle eines Neubaus gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MaBV nach Beginn der Erdarbeiten ausgezahlt werden darf, durfte somit ausgezahlt werden, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits eine dem Beginn der Erdarbeiten entsprechende Leistung – im Sinne der Verordnung – „erbracht“ war.

Diese Bedingung war bei Auszahlung der ersten Rate erfüllt.

Zu Unrecht hat das Landgericht gemeint, die Makler- und Bauträgerverordnung verlange mit der Verwendung des Begriffs der „erbrachten Leistungen“, dass Modernisierungsarbeiten begonnen sein müssten. Dass solches nicht gefordert ist, ergibt sich mit hinreichender Klarheit aus der Entstehungsgeschichte der – von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erlassenen – Änderungsverordnung vom 14.2.1997. In der dem Bundesrat übermittelten Begründung der Bundesregierung (BR-Drucksache 1004/96) heißt es hierzu: „Bauleistungen, die bei der Altbausanierung entfallen (z.B. Erdarbeiten, Rohbau, Dacheindeckung), können fälliggestellt werden, sobald die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt sind.“

Nach dieser Entstehungsgeschichte ist § 3 Abs. 2 Satz 4 MaBV vielmehr dahin auszulegen, dass die erste Rate (Abs. 2 Satz 2 Nr. 1) bereits ausgezahlt werden darf, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt sind (ebenso etwa *Basty*, DNotz 1997, 284, 291–293; *Kutter*, a.a.O.; Bauträgermerkblatt der Landesnotarkammer Bayern, Stand: 1. August 1997, Teil A, IX, 1., abgedruckt in: *Weingärtner*, Notarrecht, 7. Aufl., S. 294–8; die vor Erscheinen dieser vorgenannten Fundstellen erfolgte Kommentierung von *Marcks*, Makler- und Bauträgerverordnung, 6. Aufl., § 3 Rdnr. 47 und 48 ist widersprüchlich: während in Rdnr. 47, worauf sich das Landgericht gestützt hat, ohne weitere Begründung der Beginn von Modernisierungsarbeiten zur Fälligkeitsvoraussetzung erklärt wird, heißt es in Rdnr. 48 zu Recht und mit zutreffendem Hinweis auf die o.g. Regierungsbegründung, entfallende Leistungen könnten

bereits bei Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 fällig gestellt werden). Denn bei einem Altbau – einschließlich des Ausbaus eines Dachbodens zu einer Dachgeschosswohnung – entfällt der *Beginn* der Erdarbeiten für das Gesamtobjekt; und es liegt bei einem solchen Altbau auch jedenfalls ein durch die Auflassungsvormerkung für den Erwerber gesicherter solcher Vermögenswert vor, welcher dem Vermögenswert zu *Beginn* der Erdarbeiten im Fall eines Neubaus entspricht.

Hiernach lässt sich auch nicht aus Sinn und Zweck der Makler- und Bauträgerverordnung herleiten, dass die erste Rate erst nach Beginn von Ausbaurbeiten entgegengenommen werden dürfe. Zwar wäre bei einer solchen Interpretation der Vorschrift der Erwerber (noch) besser geschützt; dem Normziel der Sicherstellung einer nur ratenweisen Auszahlung nach tatsächlichem Baufortschritt genügt es aber bereits, wenn § 3 Abs. 2 Sätze 1 und 2 MaBV wie oben dargestellt entsprechend angewandt werden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist auch – jedenfalls im Regelfall – das Wohnungseigentum an einer noch auszubauenden Dachgeschosswohnung mit dem entsprechendem Anteil an dem Gemeinschaftseigentum mehr wert als der bloße zahlenmäßig gleiche Anteil an demselben Grundstück ohne Bebauung. Keine Bedeutung bei der Auslegung des § 3 Abs. 2 Satz 4 MaBV vermag der *Senat* schließlich dem von dem Landgericht weiter angeführten Umstand beizumessen, dass nach Beginn der Ausbaurbeiten eine größere Wahrscheinlichkeit für deren Fortgang bestehe als vor Beginn der Arbeiten. Dies gilt zumal deshalb, weil es – würde man der Auslegung des Landgerichts folgen – für Bauträger in wirtschaftlichen Schwierigkeiten ein Leichtes wäre, den Beginn von Arbeiten zu veranlassen, um so 30 % des jeweiligen Gesamtpreises zu erhalten.

(...)

\_\_\_\_\_

6. WEG § 12 Abs. 1 und 2, § 43 Abs. 4 (*Wichtiger Grund zur Versagung der Verwalterzustimmung*)

1. **Ein wichtiger Grund, die Zustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums zu versagen, kann vorliegen, wenn der Lebensgefährte des Veräußerers die Wohnung erwerben soll und in der Vergangenheit durch provozierendes, beleidigendes und lärmendes Verhalten immer wieder für Streit mit anderen Wohnungseigentümern gesorgt hat.**
2. **Die Voraussetzungen für die Versagung der Zustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums sind geringer als die für die Entziehung des Wohnungseigentums.**
3. **An einem Verfahren auf Verpflichtung des Verwalters zur Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums sind alle übrigen Wohnungseigentümer formell zu beteiligen.**

BayObLG, Beschluss vom 31.10.2001 – 2Z BR 37/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

\_\_\_\_\_

7. BaB §§ 705, 730, 733 (*Auseinandersetzung nach gesellschaftsrechtlichen Regeln bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft*)

1. **Dem nichtehelichen Partner wird für seine Beiträge eine Auseinandersetzung nach gesellschaftsrechtlichen Regeln (§§ 705, 730, 733 BGB) auch dann zugestimmt, wenn die Partner – auch ohne Begründung eines ausdrücklichen Gesellschaftsverhältnisses – durch gemeinsame Leistungen zum Erwerb bzw. Bau und Erhaltung einer, zwar auf den Namen des anderen Partners im Grundbuch eingetragenen, aber als gemeinsames Vermögen betrachteten Immobilie beigetragen haben. Mindestvoraussetzung dafür ist aber, dass die Partner überhaupt die Vorstellung gehabt haben, dass ihnen die Immobilie anschließend auch gemeinsam gehören sollte.**
2. **Ein Ausgleich für Arbeitsleistungen kann nur dann erfolgen, wenn – in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei unbenannten Zuwendungen während der Ehe (BGH, FamRZ 1992, 910, 912) – bei Auflösung der Gesellschaft die Früchte der geleisteten Arbeit in Gestalt einer messbaren Vermögensmehrung beim anderen Partner noch vorhanden sind.**
3. **Soweit es sich bei den erbrachten Arbeitsleistungen überwiegend um „Handlanger- und Kochtätigkeiten“ handelt, scheint eine messbare Vermögensmehrung bereits im Hinblick auf die Art der erbrachten Arbeitsleistung zweifelhaft.**
4. **Wenn der Wert der Arbeitsleistungen nur 4,5 % der gesamten Wertschöpfung ausmacht, kann dieser Beitrag nicht mehr als wesentlich angesehen werden.**
5. **Allein der Umstand, dass eine Immobilie als Familienheim angeschafft, renoviert und mit Blick auf die künftige Ehe auch langfristig gemeinsam bewohnt werden sollte, begründet nach der Lebenserfahrung keinen Anscheinsbeweis für die Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswertes.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG Schleswig, Urteil vom 20.7.2001 – 14 U 187/00 –

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Berufung des Beklagten hat Erfolg, weil ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch gemäß §§ 705, 730, 733 BGB schon dem Grunde nach nicht gegeben ist.

Im Hinblick auf die Tatsache, dass es sich bei den Parteien um geschiedene Eheleute handelt, ist infolge des Vorrangs des güterrechtlichen Ausgleichs (bei Zugewinnngemeinschaft gemäß §§ 1372 ff. BGB) bereits zweifelhaft, ob hier überhaupt ein ergänzender Ausgleichsanspruch zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Betracht kommt. In das Anfangsvermögen im Sinne von § 1374 BGB sind auch die vor der Ehe entstandenen Vermögensrechte und Verbindlichkeiten einzurechnen (*Staudinger-Thiele*, BGB, Neubearbeitung 2000, § 1374 Rdnr. 16). Zu diesen Vermögensrechten gehören auch Forderungen eines Ehegatten gegen den anderen (*Staudinger* a.a.O. Rdnr. 6). Letztlich kommt es auf die Frage eines vorrangigen güterrechtlichen Ausgleichs jedoch nicht an, weil hier schon dem Grunde nach kein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch nach den §§ 730, 733 BGB gegeben ist.

Bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehen die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensmäßige Handeln der Partner bestimmen und daher nicht nur in persönlichem, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht keine Rechtsgemeinschaft besteht. Wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt haben, werden dementsprechend persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet (BGH NJW 97, 3371 mit Hinweis auf BGHZ 77, 55, 59 = NJW 1980, 1520).

Ein Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann ausnahmsweise allerdings dann bestehen, wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag geschlossen haben (BGH NJW 97, 3371). Dabei ist davon auszugehen, dass bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf das Erfordernis einer – auch stillschweigend vereinbarten – rechtsgeschäftlichen Begründung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts verzichtet werden kann und dem nichtehelichen Partner für seine Beiträge eine Auseinandersetzung nach gesellschaftsrechtlichen Regeln auch dann zugebilligt wird, wenn die Partner kein ausdrückliches Gesellschaftsverhältnis begründet haben (BGH FamRZ 1999, 1580, 1582; BGH MDR 1992, 679). Dies gilt u.a. für den Fall, dass beide Partner durch gemeinsame Leistungen zur Schaffung eines Vermögenswertes von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, insbesondere zum Bau und zur Erhaltung eines, zwar auf den Namen des anderen Partners im Grundbuch eingetragenen, aber als gemeinsames Vermögen betrachteten Anwesens beigetragen haben (BGH NJW 1992, 906 = WM 1992, 610, 611 m.w.N.). Mindestvoraussetzung dafür ist aber, dass die Parteien überhaupt die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb des Vermögensgegenstandes einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam benutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte (BGH NJW 1997, 3371, 3372 mit Hinweis auf BGH NJW-RR 1993, 774 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind in diesem Fall nicht erfüllt.

Hier deutet der Wille der Parteien bereits infolge der getroffenen Absprachen darauf hin, dass mit dem Anbau und der Renovierung des Objekts gerade kein gemeinschaftlicher Wert geschaffen werden sollte. Die Klägerin hat unstreitig selbst vor Beendigung der An- und Umbauarbeiten noch durch Vorlage eines schriftlichen Vertragsentwurfs des Notars N versucht, wirtschaftlich als Miteigentümerin an dem Objekt beteiligt zu werden. Im Zuge seiner Parteivernehmung hat der Beklagte im Termin vom 26.6.2000 jedoch eindeutig erklärt, dass er keine dingliche Beteiligung der Klägerin am Hausgrundstück wollte. Er habe vielmehr seine Unterschrift unter den notariellen Vertragsentwurf verweigert, obwohl die Klägerin damit gedroht habe, ihre Arbeitsleistungen auf dem Bau einzustellen. Im Termin vom 26.6.2000 hat die Klägerin dann auch selbst erklärt, dass sie die dingliche Absicherung auch nur für ihre Mitunterschrift bei der Finanzierung haben wollte. Offensichtlich hatte die Klägerin bei der Erbringung der Arbeitsleistung mithin selbst nicht das Bewusstsein, hier einen gemeinschaftlichen Wert zu schaffen.

Aber auch eine Gesamtwürdigung aller Umstände ergibt hier keine zweifelsfreien Anhaltspunkte für eine gemeinschaftliche Wertschöpfung. Solche Anhaltspunkte können sich zum Beispiel aus wesentlichen Beiträgen des Partners, der nicht Miteigentümer ist, ergeben. Ob das der Fall ist und welche Beiträge im Einzelnen eine solche Annahme rechtfertigen,

lässt sich nicht generell entscheiden, sondern hängt insbesondere von der Art des geschaffenen Vermögenswertes und den finanziellen Verhältnissen beider Partner in der konkreten Lebensgemeinschaft ab (BGH NJW 1997, 3371, 3372 m.w.N.). Hier ist zunächst einmal auf der Zeitschiene zu berücksichtigen, dass die Klägerin am Erwerb des Hausgrundstücks durch den Beklagten (notarieller Überlassungsvertrag vom 28.7.1994) nicht beteiligt war, obwohl sie bereits eine Woche zuvor, nämlich am 20.7.1994, die beiden Darlehensverträge des Beklagten bei der Vereins- und Westbank über insgesamt 150.000,00 DM als Mitdarlehensnehmerin unterschrieben hatte. Die Darlehen sollten der Finanzierung der Übernahme und Renovierung des alten Hauses und des neuen Anbaus dienen. Im Hinblick auf das anwaltliche Schreiben vom 26.11.1997 war die Klägerin zwar durch ihre Unterschrift in der Mithaftung für die Darlehensverbindlichkeiten des Beklagten, ein tatsächlicher wesentlicher finanzieller Beitrag scheint jedoch – bis auf die verhältnismäßig geringfügigen Aufwendungen für einen LBS-Bausparvertrag (24 x 170,00 DM = 4.080,00 DM) – nicht geleistet worden zu sein. Hinsichtlich der finanziellen Verhältnisse der Parteien zum Zeitpunkt der Leistungserbringung war es so, dass die Klägerin als ReNo-Gehilfin angestellt und der Beklagte bis August 1995 bei der Bundeswehr war.

Die Arbeitsleistungen der Klägerin stellen ebenfalls keinen wesentlichen Beitrag für eine objektive gemeinschaftliche Wertschöpfung dar, sodass sich auch aus diesem Umstand kein Rückschluss auf die Absicht der Parteien zur Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswertes ziehen lässt. Dies gilt selbst dann, wenn man den Umfang der vom Landgericht festgestellten 601 Arbeitsstunden und die mit der Anschlussberufung behaupteten weiteren 65 Arbeitsstunden (insgesamt 666 Stunden) zugrunde legt. Ein Ausgleich für Arbeitsleistungen kann zudem wohl nur dann erfolgen, wenn – in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei unbenannten Zuwendungen während der Ehe (BGH FamRZ 1992, 910, 912) – bei Auflösung der Gesellschaft „die Früchte der geleisteten Arbeit in Gestalt einer messbaren Vermögensmehrung beim anderen Ehegatten noch vorhanden sind“. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

Die Klägerin hat ihren Anspruch danach berechnet, welchen Betrag der Beklagte seinerzeit für andere Arbeitskräfte (Hilfskräfte) hätte aufwenden müssen, mithin welche Aufwendungen er durch die Arbeitsleistung der Klägerin erspart hat. Dies ist jedoch möglicherweise nicht entscheidend, denn die obere Grenze eines Ausgleichs in Geld stellt der Betrag dar, um den das Vermögen des Beklagten bei der Trennung der Parteien infolge der Arbeitsleistungen der Klägerin noch gemehrt war. Eine messbare Vermögensmehrung scheint bereits im Hinblick auf die Art der erbrachten Arbeitsleistungen (überwiegend Handlanger- und Kochtätigkeit) zweifelhaft. Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass eine Vermögensmehrung bei dem Beklagten in Höhe des Wertes der Arbeitsleistungen der Klägerin von 9.990,00 DM (666 Stunden x 15,00 DM) stattgefunden hat, ist dieser Beitrag im Verhältnis zur gesamten Wertschöpfung (= Verkehrswert des Grundstücks: 400.000,00 DM abzüglich Erwerbspreis für das alte Gebäude 180.000,00 DM = Wertschöpfung: ca. 220.000,00 DM) nicht als wesentlich anzusehen (der behauptete Wert der Arbeitsleistungen beträgt nur 4,5 % der gesamten Wertschöpfung). Damit lässt sich auch aus den Umständen kein zweifelsfreier Rückschluss auf die Absicht beider Parteien ziehen, einen gemeinschaftlichen Wert im Sinne einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu schaffen.

Soweit die Klägerin meint, dass bereits der Umstand, dass das Objekt als Familienheim angeschafft, renoviert und mit Blick auf die künftige Ehe auch langfristig gemeinsam bewohnt werden sollte, nach der Lebenserfahrung eine Vermutung für die Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswertes begründe, kann dies nicht nachvollzogen werden. Voraussetzung für die Annahme eines Anscheinsbeweises ist ein typischer Geschehensablauf, d.h. ein Sachverhalt, bei dem nach der Lebenserfahrung auf das Hervorrufen einer bestimmten Folge geschlossen werden kann (Zöller-Greger, ZPO, 22. Aufl., vor § 284 Rdnr. 29). Ein solcher typischer Geschehensablauf ist nicht gegeben, denn nach der Lebenserfahrung lässt sich kein durch Regelmäßigkeit, Üblichkeit und Häufigkeit geprägtes Muster dahingehend aufstellen, dass vor der Ehe mit unterschiedlichen Beiträgen angeschaffte Vermögensgegenstände nach der Eheschließung wirtschaftlich beiden Partnern auch gemeinsam gehören sollen. Offensichtlich hat die Klägerin auch selbst nicht auf ein solches „Muster“ vertraut, denn sie hat sich ja noch vor der Ehe ausdrücklich – wenn auch erfolglos – um eine wirtschaftliche Beteiligung in Form von Miteigentum an dem Hausgrundstück bemüht.

Im Ergebnis wäre hier zwar eine wirtschaftliche Beteiligung der Klägerin an den Früchten ihrer Arbeit wünschenswert, aufgrund der bestehenden Rechtslage, die nur ausnahmsweise in besonders krassen Fällen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch zubilligt, war jedoch wie erkannt zu entscheiden.

(...)

8. BGB § 2065 Abs. 2, § 2084 (*Erbeinsetzung des Heimträgers in einem Ehegattentestament*)

**Zur Auslegung der letztwilligen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament, in der der überlebende Ehegatte den Träger des von ihm künftig auszuwählenden Heims als Schlusserben einsetzt, wenn der Erblasser auf Veranlassung des für ihn bestellten Betreuers in einer von jenem ausgewählten Einrichtung untergebracht worden ist.**

OLG Hamm, Beschluss vom 27.12.2001 – 15 W 145/01 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

*Zum Sachverhalt:*

Der Erblasser war mit der 1997 vorverstorbenen Frau B verheiratet. Die Ehe ist kinderlos geblieben. Die Eheleute B errichteten am 5.11.1989 ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten und anschließend folgende weitere Verfügung trafen:

„Erklärung beider Eheleute für den jeweils Überlebenden.

1. Das unter schwersten Bedingungen gemeinsam erarbeitete Vermögen (Hausgrundstück und Sparrücklage) ist ausschließlich für den Zweck eines gesicherten Lebensabends geschaffen worden.
2. Die Entscheidung, in ein betreutes Haus oder ähnliche Einrichtungen zu gehen, soll so rechtzeitig von dem überlebenden Partner getroffen werden, dass er sich noch viele Jahre eines sorgenfreien Lebens erfreuen kann.
3. Die in Punkt 1 genannten Mittel sind nach dem derzeitigen Stand ausreichend, sodass bei der Wahl eines Hauses eigener Wohnraum und gute Betreuung Voraussetzung sein sollen.

4. Im Todesfall sollen diesem Heim die noch verbleibenden Mittel zufallen.

Die vorstehenden Punkte sollen nur als Entscheidungshilfe dienen. Je nach Lage und Entwicklung ist jedoch von dem überlebenden Partner frei zu entscheiden.“

Nach dem Tode der Ehefrau wurde der Erblasser im Oktober 1997 wegen eines Oberschenkelhalsbruchs im Klinikum in D behandelt. Der Sozialdienst des Krankenhauses regte beim Amtsgericht D die Einrichtung einer Betreuung an. In einem Kurzgutachten vom 29.10.1997 berichtete der Stationsarzt Dr. R der Erblasser leide an einer Störung des Kurzzeitgedächtnisses mit Realitätsverlust. Er habe seine Fähigkeiten überschätzt und seine Gebrechlichkeit nicht wahrgenommen. Mit Beschluss vom 30.10.1997 richtete das Amtsgericht D für den Erblasser eine Betreuung mit den Aufgabenkreisen Gesundheitsfürsorge, Aufenthaltsbestimmung, Wohnungsangelegenheiten, alle Vermögensangelegenheiten und Befugnis zum Empfang von Post ein. Zum Betreuer wurde der Berufsbetreuer W bestellt. Dieser veranlasste am 6.11.1997 die Verlegung des Erblassers in das Kreisaltenheim in B. Dort verblieb er bis zu seinem Tode im Januar 2000.

Am 13.4.2000 hat der Beteiligte zu 1) als Rechtsträger des in der Rechtsform eines kommunalen Eigenbetriebs geführten Kreisaltenheims in B einen Erbschein beantragt, der ihn aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 15.11.1989 als Alleinerben des Erblassers ausweisen soll.

Der Beteiligte zu 3) ist als Nachlasspfleger u.a. mit dem Wirkungskreis der Ermittlung der gesetzlichen Erben des Erblassers bestellt. Seine Bemühungen um die Ermittlung nach gesetzlicher Erbfolge berufener Verwandter des Erblassers sind – bisher – erfolglos geblieben, weil seinen Angaben zufolge der Erblasser keinerlei verwandtschaftliche Kontakte unterhalten hatte. In seiner Eigenschaft als Nachlasspfleger ist der Beteiligte zu 3) dem Erbscheinsantrag entgegengetreten.

Das Amtsgericht hat den Erbscheinsantrag zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz vom 29.1.2001 Beschwerde erhoben. Das Landgericht hat das zu 2) beteiligte Land Nordrhein-Westfalen als möglichen Fiskuserven zum Verfahren hinzugezogen, das dem Erbscheinsantrag ebenfalls entgegengetreten ist. Durch Beschluss vom 2.4.2001 hat das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1).

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde ist nach § 27 FGG statthaft sowie gemäß § 29 Abs. 1 FGG formgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 1) folgt daraus, dass das Landgericht seine Erstbeschwerde zurückgewiesen hat.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Abs. 1 S. 1 FGG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer nach § 19 Abs. 1 FGG zulässigen ersten Beschwerde des Beteiligten zu 1) ausgegangen. Da sein Erbscheinsantrag eine testamentarische Erbfolge betrifft, musste das Verfahren so gestaltet werden, dass den als gesetzliche Erben in Betracht kommenden Personen das rechtliche Gehör gewährt wurde (BayObLGZ 1960, 432). Zwar hat das Landgericht den Beteiligten zu 3) ordnungsgemäß zum Verfahren hinzugezogen. Nicht hinreichend geklärt ist indessen, ob dadurch die ordnungsgemäße Vertretung derjenigen ggf. noch zu ermittelnden Personen gewährleistet ist, die als gesetzliche Erben des Erblassers in Betracht kommen. Ob der Beteiligte zu 3) als gesetzlicher Vertreter die Rechte dieser nach derzeitigem Sachstand noch unbekanntem Beteiligten wahrnehmen kann (§§ 1915 Abs. 1, 1793 Abs. 1 BGB), hängt von der Bestimmung des Wirkungskreises der von ihm geführten Pflugschaft ab, die bislang nicht näher aufgeklärt worden ist. Ist der Beteiligte gem. § 1960 BGB als Nachlasspfleger mit

einer Bestimmung des Wirkungskreises in der vielfach gebräuchlichen Formulierung „Sicherung und Verwaltung des Nachlasses, Ermittlung der Erben“ bestellt, so erstreckt sich seine gesetzliche Vertretungsmacht nicht auf ein gerichtliches Verfahren, in dem zu klären ist, wer von mehreren Erbprätendenten der wirkliche Erbe ist. Die erforderliche Vertretung unbekannter Erben in einem solchen Verfahren kann vielmehr nur durch die Bestellung eines Pflegers für die unbekannt Beteiligten gem. § 1913 BGB sichergestellt werden (BGH NJW 1983, 226; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 60. Aufl. § 1960, Rdnr. 22). Näherer Aufklärung bedarf es dazu jedoch nicht. Denn die Entscheidung des Landgerichts kann auf einem insoweit ggf. anzunehmenden Verfahrensmangel nicht beruhen, weil seine Sachentscheidung, die ein testamentarisches Erbrecht des Beteiligten zu 1) verneint, rechtlicher Nachprüfung standhält; die Rechte der als gesetzliche Erben in Betracht kommenden Personen werden deshalb durch die Entscheidung nicht berührt.

Das Landgericht hat das gemeinschaftliche Ehegattentestament vom 5.11.1989 im Rahmen der erläuternden Auslegung dahin interpretiert, die Schlusserbeinsetzung des Heimes, in dem der überlebende Ehegatte versorgt werden sollte, sei davon abhängig, dass dieser in freier Selbstbestimmung die Wahl der Einrichtung treffen werde, in der er sich betreuen lassen wolle. Diese Auslegung, die das Landgericht aus dem Zusammenhang der Ziffern 2 und 4 der testamentarischen Verfügung gewonnen hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden und wird auch von der weiteren Beschwerde nicht angegriffen.

Mit diesem Inhalt ist die testamentarische Erbeinsetzung auch rechtlich wirksam. Sie verknüpft die Erbeinsetzung mit einer Bedingung, die von einer eigenen weiteren Willensentscheidung des überlebenden Ehegatten abhängt (Potestativbedingung), nämlich sich aufgrund einer freien Entscheidung über die Auswahl der Einrichtung in einem Heim versorgen lassen zu wollen. Bedingte Verfügungen sind grundsätzlich zulässig (vgl. *Staudinger/Otte*, BGB, 13. Bearb., § 2065, Rdnr. 13). Keine grundsätzlichen Bedenken bestehen gegen die Wirksamkeit von Bedingungen, die an einen eigenen Willensakt des Erblassers anknüpfen. Der Erblasser kann die Auswahl des Erben zwar nicht von einer eigenen späteren Willensäußerung abhängig machen, die nur der Bestimmung der bedachten Person dient. Eine solche Erklärung müsste dann in der Testamentsform erfolgen. Hingegen kann von Willensakten, die eine anderweitige, eigenständige Bedeutung haben, eine Erbeinsetzung abhängig gemacht werden, wobei als Beispiele genannt werden eine Eheschließung, Adoption oder die Übernahme einer Patenschaft (vgl. *MK/BGB-Leipold*, 3. Aufl., § 2065 Rdnr. 15). So verhält es sich auch mit der Entscheidung des überlebenden Ehegatten, sich in einem Heim seiner Wahl versorgen zu lassen.

Von dieser Testamentsauslegung ausgehend hat das Landgericht in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, die Bedingung der Schlusserbeinsetzung sei nicht eingetreten, weil der Erblasser die Wahl der Pflegeeinrichtung nicht in freier Selbstbestimmung getroffen habe.

Die Kammer hat zunächst durch Auswertung der beigezogenen Betreuungsakten festgestellt, die am 6.11.1997 erfolgte Aufnahme des Erblassers in das Altenheim des Beteiligten zu 1) beruhe allein auf der Entscheidung des Zeugen W, der zuvor durch Beschluss des Amtsgerichts vom 30.10.1997 als Betreuer des Erblassers u.a. mit dem Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung bestellt worden war. Gegen diese Feststellung wendet sich auch die weitere Beschwerde nicht.

Das Landgericht hat weiter die Möglichkeit berücksichtigt, die Bedingung der Schlusserbeinsetzung könne auch dadurch eingetreten sein, dass der Erblasser nachträglich eine eigene Auswahlentscheidung getroffen habe, indem er die Auswahl des Betreuers als seine eigene Entscheidung gebilligt habe. Das Landgericht hat eine solche nachträgliche Auswahlentscheidung des Erblassers nicht feststellen können und dazu ausgeführt: Eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers hierzu liege nicht vor. Der Betreuer habe mit ihm diese Frage nicht besprochen. Der Erblasser habe sich bei ihm ab und zu darüber beschwert, dass die Leute in dem Heim unfreundlich seien, und zum Ausdruck gebracht, er, der Erblasser, wolle in sein Haus zurückkehren.

Die weitere Beschwerde greift diese tatsächliche Würdigung ohne Erfolg an. Diese unterliegt im Verfahren der weiteren Beschwerde nur einer eingeschränkten Nachprüfung dahin, ob das Landgericht den maßgebenden Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG, § 2358 Abs. 1 BGB), bei der Erörterung des Beweismaterials alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln oder die Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. *Keidel/Kahl*, FG, 14. Aufl., § 27 Rdnr. 42 m.w.N.). Einen solchen Rechtsfehler lässt die Entscheidung des Landgerichts nicht erkennen.

Die weitere Beschwerde will aus dem mehrjährigen Verbleib des Erblassers in der Einrichtung des Beteiligten zu 1) sowie maßgebend aus einem Teil der Aussage des Zeugen W den Schluss ziehen, der Erblasser habe seinen Aufenthalt in dem Altenheim nachträglich gebilligt. Es handelt sich um die Bekundung dieses Zeugen, in einem von ihm mit dem Erblasser geführten Gespräch habe er diesen davon überzeugt, dass er in dem Altenheim „ganz gut aufgehoben“ sei. Die Aussage des Zeugen lässt diesen Schluss jedoch nicht zu, wenn man sie in der gebotenen Weise in ihrem Gesamtzusammenhang würdigt. Der Zeuge hat nämlich über die geistige Verfassung des Erblassers bekundet, lediglich sein Langzeitgedächtnis sei noch so weit erhalten gewesen, dass er über die Ereignisse in seiner Kindheit bis zum Krieg habe berichten können, während dies bereits für die nachfolgende Zeit nicht mehr möglich gewesen sei. Diese Einschätzung entspricht derjenigen der Mitarbeiterin R des Beteiligten zu 1), die als Zeugin bekundet hat, ein Gespräch über ein komplexes Thema sei mit dem Erblasser nicht mehr möglich gewesen. Damit im Zusammenhang stehend hat der Zeuge W weiter ausgesagt, er habe mit dem Erblasser die Auswahl des Heimes weder bei der Aufnahme noch später besprochen. Der Erblasser habe erklärt, wieder in sein Haus zurückkehren zu wollen, er habe auch nicht verstanden, dass sein Hausgrundstück verkauft worden sei. Auf diesen Zusammenhang bezieht sich die weitere Bekundung des Zeugen, er habe den Erblasser davon überzeugt, dass er in dem Heim ganz gut aufgehoben sei. Daraus folgt, dass der Betreuer lediglich versucht hat, bei dem Erblasser, der eigentlich wieder in sein Haus zurückkehren wollte, ein gewisses Maß von Zufriedenheit in seiner konkreten Situation in der Heimpflege zu erwecken, obwohl diese Situation für den Erblasser fremdbestimmt herbeigeführt worden war, nämlich aufgrund des dem Zeugen mit der Betreuerbestellung übertragenen Aufgabenkreises der Aufenthaltsbestimmung. Die Schlussfolgerung des Landgerichts, darin komme keine nachträgliche Billigung der Auswahl des Heims durch den Erblasser zum Ausdruck, ist deshalb nicht nur rechtlich möglich, sondern nahe liegend. Die Kammer hätte im Übrigen ergänzend auf die Übereinstimmung der Aussage des Zeugen W mit der Niederschrift hinweisen können, die die Rechtspflegerin des Vormundschaftsgerichts aus Anlass der Anhörung des Erblassers zur Entscheidung über

die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung betreffend den Verkauf seines Hausgrundstücks am 15.5.1998 gefertigt hat. Darin heißt es:

„Der Betroffene war zum Ort orientiert, nicht jedoch zur Zeit. Er wurde mit dem Gegenstand der Anhörung bekannt gemacht. Dass er unter Betreuung steht, war ihm nicht bewusst. An seinen Betreuer, Herrn W konnte er sich überhaupt nicht erinnern. Es hatte den Anschein, dass er den Zweck der Anhörung nicht verstand. Auf die Frage, ob er mit dem Verkauf seines Hauses einverstanden sei, antwortete er mit einem aggressiven Unterton in der Stimme mit „nein“. Er sei ins Altersheim zwangsversetzt worden. Er wolle wieder heim. Die Unterzeichnerin gewann jedoch den Eindruck, dass Herr B auf fremde Hilfe angewiesen ist und somit nicht mehr alleine in sein Haus zurückkehren kann.“

Aufgrund dieses Ergebnisses der tatsächlichen Ermittlungen ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landgericht eine nachträgliche Billigung der Auswahlentscheidung des Betreuers durch den Erblasser im Sinne einer in freier Selbstbestimmung getroffenen Entscheidung nicht hat feststellen können.

Das Landgericht hat ferner geprüft, ob eine Schlussereinsetzung des Beteiligten zu 1) im Wege einer ergänzenden Testamentsauslegung angenommen werden kann. Dabei ist die Kammer im Ausgangspunkt bedenkenfrei davon ausgegangen, dass die Eheleute bei der Abfassung des Testamentes den Fall nicht bedacht haben, dass der überlebende Ehegatte entgegen der damaligen Vorstellung zwar in ein Altenheim kommt, die Entscheidung dazu aber nicht von ihm selbst, sondern unabhängig von ihm durch einen gerichtlich bestellten Betreuer getroffen wird. Methodisch einwandfrei hat das Landgericht daran anknüpfend die im Wege der ergänzenden Auslegung zu prüfende Frage dahin gestellt, was nach der erkennbaren Willensrichtung der testierenden Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung als von ihnen gewollt anzusehen sein würde, sofern sie vorausschauend die spätere Entwicklung bedacht hätten.

Der Senat vermag sich in diesem Zusammenhang allerdings nicht der Auffassung des Landgerichts anzuschließen, eine entsprechende Auslegung verbiete sich bereits deshalb, weil ihr Ergebnis zu einer gem. § 2065 Abs. 2 BGB unwirksamen letztwilligen Verfügung führen würde. Diese gesetzliche Vorschrift geht von dem Grundsatz aus, dass der Erblasser eine letztwillige Verfügung nur persönlich errichten und dass er sich weder im Willen noch bei der Abgabe seiner Willenserklärung von einem anderen vertreten lassen kann. § 2065 BGB nötigt ihn, sich selbst über den Inhalt aller wesentlichen Teile seines letzten Willens schlüssig zu werden. Dabei ist anerkannt, dass der Erblasser seinen letzten Willen nicht in der Weise zu äußern braucht, dass der Bedachte von vornherein individuell bestimmt ist (BGHZ 15, 201). Der Anwendungsbereich des § 2065 Abs. 2 BGB ist jedoch abzugrenzen gegenüber zulässigen Bedingungen für die Erbeinsetzung. Der Erblasser ist nach anerkannter Auffassung im Rahmen der Testierfreiheit nicht gehindert, die Wirksamkeit einer Erbeinsetzung von dem Eintritt einer Bedingung abhängig zu machen (vgl. §§ 2074, 2076 BGB). Zulässig sind dabei auch Bedingungen, die an ein bestimmtes Verhalten des Bedachten oder eines Dritten anknüpfen, sofern dieses Verhalten nicht gerade in der Bestimmung des Bedachten liegt (BayObLGZ 1965, 457, 462 f., *Staudinger/Otte*, a.a.O., § 2065, Rdnr. 13). Dementsprechend ist beispielhaft anerkannt, dass ein Erblasser künftige Adoptivkinder seines Ehegatten als Erben einsetzen kann, auch wenn die Auswahl dieser Kinder dem über-

lebenden Ehegatten überlassen ist (BayObLG a.a.O.; OLG Köln, OLGZ 1984, 300). Es wird ebenfalls für zulässig erachtet, zum (Nach-)Erben den künftigen Ehegatten des noch ledigen Kindes zu bestimmen (vgl. BayObLG a.a.O. S. 463). Ein in der Praxis verbreiteter Anwendungsfall dieser Art der letztwilligen Verfügung ist die Einsetzung von Nacherben unter der auflösenden Bedingung, dass der Vorerbe (meist der überlebende Ehegatte) nicht anderweitig über seinen eigenen Nachlass verfügt (BGHZ 2, 35 = NJW 1951, 9591; 59, 220, 222 = NJW 1972, 1987; LM Nr. 6 zu § 2065 BGB; BayObLGZ 1965, 457, 463; 1982, 331, 341; *Senat* FGPrax 2000, 29 = NJW-RR 2000, 78). In der vorliegenden Konstellation wäre der Bedingungsseintritt für die Schlussereinsetzung daran geknüpft, dass ein gerichtlich bestellter Betreuer aufgrund des ihm übertragenen Aufgabenkreises ein anderweitiges Geschäft, nämlich die Heimunterbringung des überlebenden Ehegatten, vornimmt und in diesem Zusammenhang eine Auswahl der Einrichtung vornimmt. Die Entscheidung des Betreuers beschränkt sich in einem solchen Fall nicht etwa auf die Auswahl des Erben. Vielmehr trifft er die Entscheidung im Rahmen der ihm übertragenen Verantwortung als Betreuer im Interesse des überlebenden Ehegatten, wobei nicht einmal erforderlich ist, dass ihm zu diesem Zeitpunkt die letztwillige Verfügung der Ehegatten überhaupt bekannt ist. Der Gesichtspunkt, dass der Betreuer durch seine Auswahl gleichzeitig den Bedingungsseintritt herbeiführt und damit mittelbar auf die Erbenbestimmung Einfluss nimmt, führt nicht zur Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung nach § 2065 Abs. 2 BGB.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Ehegatten, hätten sie die spätere Entwicklung vorausgesehen, in solcher Weise hätten testieren und die Auswahl des begünstigten Heimträgers mittelbar der Entscheidung eines gerichtlich bestellten Betreuers für den überlebenden Ehegatten überlassen wollen. Dafür sprechen jedoch keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte. In diesem Zusammenhang misst der Senat der vom Landgericht erörterten Frage geringere Bedeutung zu, ob bezogen auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten das Altenheim des Beteiligten zu 1) seiner Ausstattung nach über einen Komfort verfügt, der den Vorstellungen des Erblassers und seiner Ehefrau entsprochen haben mag. Für die ergänzende Auslegung muss maßgebend sein, ob die Motivation der Ehegatten, die sie zu der bedingten Erbeinsetzung des Heimträgers veranlasst haben, auch für die später tatsächlich eingetretene Entwicklung zutrifft.

Aus dem Zusammenhang der letztwilligen Verfügung lässt sich lediglich feststellen, dass die Ehegatten bewusst ihr vorhandenes Vermögen einsetzen wollten, um eine gute Versorgung und Pflege des überlebenden Ehegatten sicherzustellen. Welche Überlegungen sie bewogen haben, über den lebenslangen Verbrauch ihres Vermögens hinaus den Träger des Heims, in das sich der überlebende Ehegatte begeben sollte, auch als Erben einzusetzen, bleibt hingegen unklar. Ob die Erbeinsetzung des Heimträgers aus – vorweggenommener – Dankbarkeit für gute Pflegeleistungen erfolgt ist oder sich die Ehegatten weitergehend auf diese Weise das Wohlwollen des Pflegepersonals sichern wollten, ist nicht mehr feststellbar. Der inhaltliche Zusammenhang der Ziffern 2 und 4 der letztwilligen Verfügung belegt aber, dass für die Erbeinsetzung des Heimträgers maßgebend das Vertrauen ist, das der überlebende Ehegatte einer von ihm in freier Selbstbestimmung ausgewählten Einrichtung entgegenbringen sollte. Ein persönliches Vertrauen zwischen dem Erblasser und der Einrichtung ist hier jedoch nicht begründet worden, weil die Unterbringung des Erblassers im Heim ausschließlich durch den für ihn gerichtlich bestellten Betreuer veranlasst worden ist. Der Erb-

lasser selbst wollte nicht in einem Heim untergebracht werden, mag die an seiner Stelle durch den Betreuer getroffene Entscheidung auch objektiv seinem Wohl entsprochen haben. Wenn das Testament in seinem Schlusssatz die Befugnis des überlebenden Ehegatten zur freien Entscheidung auch zu einer anderweitigen letztwilligen Verfügung hervorhebt, spricht nichts dafür, dass die Ehegatten bei vorausschauender Betrachtung den Heimträger auch für den Fall hätten bedenken wollen, dass eine Heimunterbringung des überlebenden Ehegatten allein aufgrund der Entscheidung eines für ihn gerichtlich bestellten Betreuers vorgenommen wird. Darüber hinaus kann nicht angenommen werden, dass die Ehegatten einem gerichtlich bestellten Betreuer mittelbaren Einfluss auf die Bestimmung des Erben des überlebenden Ehegatten hätten einräumen wollen. Die oben erwähnten, in der Rechtsprechung anerkannten Fälle, in denen der Erblasser durch eine Bedingung die Erbeinsetzung mit dem Tun oder Unterlassen eines Dritten verknüpft, sind vielfach dadurch gekennzeichnet, dass der Erblasser dem Verhalten des Dritten besonderes Vertrauen entgegenbringt. An einem solchen besonderen Vertrauensverhältnis fehlt es jedoch im Verhältnis zwischen dem überlebenden Ehegatten und dem für ihn gerichtlich bestellten Betreuer. Die Ehegatten hatten keinen plausiblen Grund, die Auswahl des Erben mittelbar an die Entscheidung des Betreuers über die Auswahl der Heimeinrichtung zu binden, auf die der überlebende Ehegatte selbst keinen Einfluss mehr nehmen konnte.

(...)

### Anmerkung

1. Bei der Durchsicht der Entscheidung fallen folgende Probleme auf:

- handelt es sich überhaupt um eine Schlusserbeinsetzung oder nur um einen unverbindlichen Vorschlag des Prozedere für den Überlebenden?  
– Auslegungsproblem 1 –
- welches Heim ist bedacht als Schlusserbe („dieses“ Heim), das, in dem sich der Überlebende im Zeitpunkt seines Todes befindet oder nur das Heim, das er frei ausgewählt hat?  
– Auslegungsproblem 2 –
- kann die Schlusserbeinsetzung des Heimes überhaupt davon abhängig gemacht werden, dass sich der Überlebende in dieses freiwillig begibt oder liegt hierin eine unzulässige formlose Testamentsergänzung?  
– Wirksamkeitsproblem 1 –
- konnte das Heim überhaupt wirksam als Schlusserbe eingesetzt werden (§ 14 HeimG)?  
– Wirksamkeitsproblem 2 –

2. Wie haben OLG und Vorinstanz die Probleme behandelt?

– Auf Auslegungsproblem 1 sind weder OLG noch Vorinstanz eingegangen. Das ist verwunderlich, da die Anfangs- und Schlusssätze des Testaments („Erklärung beider Eheleute für den jeweils Überlebenden“, „nur als Entscheidungshilfe“ und „ist jedoch von dem überlebenden Partner frei zu entscheiden“) durchaus die Auslegung nahe legen könnten, es sei gar keine Schlusserbeinsetzung gewollt gewesen, es habe also der Testierwille gefehlt (vgl. *Staudinger-Otte*, BGB, 13. Bearb., Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rdnr. 10 f.). Dagegen könnte – aber auch nicht eindeutig – wiederum Ziffer 4 des Testaments für eine Schlusserbeinsetzung sprechen. Die missverständlichen Schlusssätze wären dann zu verstehen als Ausschluss einer Wechselbezüglichkeit (§ 2270 BGB).

– Auslegungsproblem 2 ist breit behandelt. Zunächst wird im Wege „erläuternder Auslegung“ angenommen, die Schlusserbeinsetzung des Heimes sei abhängig davon, dass es in freier Selbstbestimmung vom Überlebenden ausgewählt wurde. Es wird verneint, dass dies geschehen ist.

Dann wird im Wege „ergänzender (hypothetischer) Auslegung“ untersucht, ob die Ehegatten – hätten sie den Fall der zwangsweisen Unterbringung des Überlebenden in einem Heim bedacht – zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung gewollt hätten, dass auch ein solches nicht frei bestimmtes Heim Schlusserbe sein soll. Das OLG verneint dies mit dem Hinweis, dass maßgeblich für die Schlusserbenbestimmung das vorausgesetzte Vertrauen in die frei gewählte Institution war.

– Wirksamkeitsproblem 1 ist im Beschluss eigenartigerweise an zwei Stellen jeweils getrennt und ohne Querverweisung behandelt, einmal im Rahmen der erläuternden Auslegung, das andere Mal im Rahmen der ergänzenden Auslegung. Das OLG kommt zum Ergebnis, dass sowohl die Einsetzung des Heimes zum Schlusserben, in welches der Überlebende sich aus freien Stücken begeben hat, als auch die im Wege der hypothetischen Auslegung gewonnene Ernennung des zwangsweise bestimmten Heimes zum Schlusserben wirksam wäre. Das OLG meint, dass es sich bei der besagten Schlusserbeinsetzung um eine zulässige Bedingung in der Form einer Potestativbedingung handelt; denn der Erblasser könne zwar die Erbenbestimmung nicht einer späteren eigenen (formlosen) Handlung überlassen, wohl aber „Willenakten, die eine anderweitige, eigenständige Bedeutung haben“.

– Wirksamkeitsproblem 2 wird vom OLG nicht erörtert, da eine Schlusserbeinsetzung des Heimes verneint wurde, insoweit konsequent.

3. Dem OLG ist im Ergebnis, aber nicht in der Begründung zuzustimmen.

a) Das OLG musste zunächst bei der (erläuternden) Auslegung des realen Willens des Testierenden ansetzen. Es schließt sich – verfahrensrechtlich insoweit gebunden – der Auslegung des LG an, die Einsetzung des Heimes sei davon abhängig, dass dieses in *freier Selbstbestimmung* vom Überlebenden gewählt wurde. Das LG hat diese Auslegung ausschließlich aus dem Inhalt des Testaments gewonnen, offenbar ohne auf Umstände außerhalb zurückgreifen zu können (z.B. Äußerungen gegenüber Dritten etc.). Die Auslegung des LG ist nicht unbedingt überzeugend; zwar ist im Testament in Ziff. 2 von der Entscheidung des Überlebenden, in ein Heim zu gehen, die Rede, in Ziff. 3 von der Wahl des Hauses. Ziff. 2 betont jedoch vor allem die zeitliche Komponente, Ziff. 3 sagt nicht, wer die Wahl zu treffen hat. Dennoch ist diese Auslegung als erläuternde vertretbar, soweit sie nicht die nachfolgende hypothetische Auslegung präjudiziert.

b) Zur Anpassung des realen Willens der Testierenden an außerhalb der Urkunde liegende Umstände, die nach Testamenterrichtung eingetreten sind und die die Testierenden nicht bedacht haben, bietet die ergänzende Testamentsauslegung ein probates Mittel, welches freilich unter dem Gesichtspunkt der Formgebundenheit testamentarischer Verfügungen nicht unbedenklich ist (vgl. BayObLGZ 1988, 165). Deshalb – so wird gesagt – kommt nur der Erblasserwille als Gegenstand der Auslegung in Betracht, der in der Urkunde wenigstens andeutungsweise einen Ausdruck gefunden hat (vgl. *Staudinger-Otte*, Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rdnr. 28 ff.). Auf diese Weise werden die Prinzipien möglichst weitgehende Berücksichtigung des irgendwie zu Tage getretenen Erblasserwillens und Einhaltung der Form in Einklang gebracht. Deshalb gilt die

Andeutungstheorie auch im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung (hierzu *Staudinger-Otte*, Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rdnr. 81 ff., 86). Im Rahmen der ergänzenden Auslegung waren also zu prüfen Motive, Zweckvorstellungen und Absichten des Erblassers, damit festgestellt werden kann, welchen Willen er bei Kenntnis der künftigen Entwicklung gehabt hätte, Andeutung dieses hypothetischen Willens im Testament vorausgesetzt. Das OLG hat, da Motive und Überlegungen der Ehegatten zur Erbeinsetzung des Heimträgers nach Ansicht des OLG im Dunklen blieben, maßgeblich darauf abgestellt, dass die *frei gewählte Einrichtung* jedenfalls das Vertrauen des Überlebenden genießt. Da indes von Vertrauen im Testament an keiner Stelle die Rede ist, halte ich dies für eine *petitio principii*. Viel eher hätte es doch nahe gelegen, die „Standard-Motive“ der Erbeinsetzung eines Heimes zu prüfen, wie sie zu § 14 HeimG herausgearbeitet wurden (Dankbarkeit, Erlangen von Wohlwollen etc.). Dafür finden sich im Testament durchaus Anhaltspunkte („gute Betreuung“). Vor allem aber wurde übersehen, zu berücksichtigen, dass die Testierenden zu ihren Verwandten, die als gesetzliche Erben in Betracht kamen, keinen Kontakt hatten, einen solchen offenbar geradezu ablehnten. Es ist also naheliegend, ein Hauptmotiv der Erbeinsetzung des Heimes zu sehen im vollkommenen Ausschluss der Verwandten von jeder Erbfolge, neben den im Testament ausdrücklich genannten Motiven/Zweckvorstellungen. Ich halte demnach die ergänzende Testamentsauslegung des OLG für nicht überzeugend. Eine zutreffende ergänzende Testamentsauslegung, die das vorgenannte Hauptmotiv „zu Ende denkt“, ergibt, dass jedes Heim zum Schlusserven eingesetzt sein soll, in welchem sich der Überlebende im Zeitpunkt seines Todes befindet (gleichgültig ob frei gewählt oder nicht). Eine Andeutung in dieser Richtung ist in Punkt 1. der Schlusserbeinsetzung zu finden.

c) Zum Wirksamkeitsproblem 1 ist zu sagen: wird die Erbenbestimmung einer künftigen Handlung des Testierenden überlassen, bewegt sich dies im Dreieck der §§ 2074 ff. (bedingte Verfügung), §§ 2231 f. (Formvorschriften) und § 2065 BGB (Fremdbestimmungsverbot).

Mit der allgemeinen Aussage, dass Bedingungen und auch Potestativbedingungen gemäß §§ 2074 ff. BGB zulässig sind (vgl. *Staudinger-Otte* § 2074 Rdnr. 27 ff.), ist nicht viel gewonnen. Die Bedingung, wonach der Inhalt einer letztwilligen Verfügung von einer eigenen Handlung des Testierenden abhängig sein soll (per definitionem keine Potestativbedingung, da nicht von einer Handlung des Bedachten oder eines Dritten abhängig, *Staudinger-Otte* § 2065 Rdnr. 13 ff.), hat eine ganz andere Dimension. In der Literatur ist diese Thematik kaum behandelt, andeutungsweise nur MünchKomm-*Leipold*, 3. Aufl. 1997, § 2065 Rdnr. 15. Das OLG meint hierzu im Anschluss an diese Literaturstelle, dass keine Bedenken bestehen gegen Bedingungen, die an einen eigenen Willensakt des Erblassers anknüpfen, soweit dieser Akt nicht nur der Kompletzierung der letztwilligen Verfügung dient, sondern eine *anderweitige eigenständige Bedeutung* hat. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass der kompletzierende Willensakt i.d.R. nicht in der für letztwillige Verfügungen geltenden Form vom Erblasser gesetzt wird. Die erbrechtlichen Formvorschriften haben Warn-, Beweis- und Echtheitsnachweisfunktion und sollen dem Erblasserwillen Geltung verschaffen. Gestattet man dem Erblasser, durch einen eigenen nicht formgebundenen Willensakt seine letztwillige Verfügung zu kompletzieren, werden diese Formzwecke zum Teil unterlaufen, insbesondere hinsichtlich Beweis- und Echtheitsnachweisfunktion. Man mag dies akzeptieren, soweit die Erfüllung dieser Zwecke anderweitig gesichert ist, z.B. durch öffentliche Akte, Beurkundungen und allgemein offenkun-

dige Tatsachen (wie Eheschließung, Adoption etc.), die Beweis und Nachweis gewährleisten. Darüber hinaus jedoch ist eine solche Gestaltung wegen Verstoßes gegen das Formgebot unzulässig. Unter diesem Gesichtspunkt wäre also die Schlusserbeinsetzung des Heimes unwirksam, soweit auf das freiwillig gewählte Heim abgehoben wird, wegen Formmangels der Erbenbestimmung (a.M. andeutungsweise OLG Frankfurt NJW RR 1995, 711), soweit man das zwangsweise bestimmte Heim als eingesetzt ansieht, wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 (so auch *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 475).

Die vom OLG im Anschluss an *Leipold* gewählte Formulierung erlaubt jedenfalls keine geeignete Abgrenzung zwischen formpflichtigen Ergänzungen des Testaments und formlos erlaubten Bedingungserfüllungshandlungen. Sie widerspricht auch der Rspr. des BayObLG (FamRZ 1991, 610, 1992, 987).

d) Zum Wirksamkeitsproblem 2: Die Schlusserbeinsetzung des Heimträgers ist unter dem Gesichtspunkt des § 14 HeimG problematisch (dazu näher *Rossak*, ZEV 1996, 41 ff.); sie könnte nach § 134 BGB nichtig sein, wenn sie eine verbotene Erbeinsetzung des Heimträgers darstellt. Eine solche *testamentarische* Erbeinsetzung des Heimträgers ist nach §§ 134 BGB, 14 HeimG nichtig, wenn der Heimträger von der Zuwendung bis zum Ableben des Testierenden erfahren hat, unter Umständen auch vermittelt durch einen Wissensvertreter (näher *Rossak* MittBayNot 1998, 407; ZEV 2001, 365). Freilich besteht hier die Besonderheit, dass der Testator zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung noch nicht Heimbewohner war, sondern dies erst später wurde. Auch dies führt jedoch zur Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen § 14 HeimG (BGH NJW RR 1995, 1272; *Rossak* ZEV 1996, 41, 46). Erfüllung der Wissens-Komponente vorausgesetzt war die Einsetzung des Heimträgers also aus diesem Grunde jedenfalls unwirksam.

Notar Dr. Erich Rossak, Dachau

## Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. BGB § 705, GBO §§ 32, 47, GBV § 15 (*GbR nicht grundbuchfähig*)

**Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht grundbuchfähig; sie kann nicht unter ihrem Namen als Eigentümerin eines Grundstücks oder als Berechtigte eines beschränkten dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden.**

BayObLG, Beschluss vom 31.10.2002 – 2Z BR 70/02 = BayObLGZ 2002 Nr. 59, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Die drei Beteiligten sind die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die den Namen „Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts, F.-straße 1/4 GbR“ führt. Die Beteiligten sind im Grundbuch als Eigentümer mehrerer Grundstücke mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen.

Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 11.3.2002 beantragten die Beteiligten, das Grundbuch in Abteilung I dahin zu berichtigen, dass als Eigentümer nunmehr die Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen

Rechts, F.-straße 1/4, derzeit bestehend aus den drei namentlich genannten Beteiligten eingetragen wird.

Mit Beschluss vom 5.4.2002 hat das Amtsgericht den Antrag zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht mit Beschluss vom 24.6.2002 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Rechtsfähigkeit einer Außengesellschaft bürgerlichen Rechts sei zwar vom Bundesgerichtshof nunmehr im Grundsatz anerkannt. Die Gesellschaft könne im Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen. Einer Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft stünden aber spezielle Erfordernisse des Grundbuchs entgegen. Einer Eintragung stehe insbesondere der Umstand entgegen, dass wegen der fehlenden Registerpublizität der BGB-Gesellschaft der erforderliche Nachweis der Identität und Vertretungsbefugnis nicht in der grundbuchmäßigen Form geführt werden könne. Mit der Aufgabenstellung des Grundbuchamts sei es nicht vereinbar, vor einer Eintragung einer BGB-Gesellschaft zunächst zu klären, ob es sich bei der Gesellschaft um eine Außen- oder Innengesellschaft handle.

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

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 146, 342 = NJW 2001, 1056) kann eine BGB-Gesellschaft im Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen. Jedoch können spezielle Gesichtspunkte, d.h. besondere Rechtsvorschriften und die Eigenart des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses der Fähigkeit der BGB-Gesellschaft zur Einnahme einer bestimmten Rechtsposition entgegenstehen. Der Bundesgerichtshof hat es deshalb nicht ausgeschlossen, dass z.B. die Arbeitgeberfähigkeit der BGB-Gesellschaft weiterhin verneint wird (BGH NJW 2002, 1207 f.). Aus den selben Gründen steht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einer Verneinung der Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft nicht entgegen.

Nach Ansicht des *Senats* kann die BGB-Gesellschaft nicht als solche unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragen werden. Der Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft stehen die Besonderheiten des Grundbuchs und die Eigenart dinglicher Rechtspositionen entgegen. Diese bestehen darin, dass das Eigentum an einem Grundstück und die Berechtigung an einem dinglichen Recht grundsätzlich nur durch Eintragung im Grundbuch erlangt werden können (§ 873 Abs. 1 BGB) und die Eintragung im Einzelnen durch die grundbuchrechtlichen Vorschriften festgelegt ist. Im Schrifttum ist seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29.1.2001 die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft umstritten (verneinend: *Demharter* GBO 24. Aufl. § 19 Rdnr. 108; *derselbe* Rpfleger 2001, 329 und Rpfleger 2002, 538; *Stöber* MDR 2001, 544; *Heil* NZG 2001, 300/305 und NJW 2002, 2158; *Ann* MittBayNot 2001, 197; *Münch* DNotZ 2001, 535; a.A. *Eickmann* ZfIR 2001, 433; *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330; *Dümmig* Rpfleger 2002, 53 und ZfIR 2002, 796; *Wertenbruch* NJW 2002, 324; *Pohlmann* WM 2002, 1421; *Demuth* BB 2002, 1555). Der angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29.1.2001 lassen sich für die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft direkte Folgerungen nicht entnehmen (*Demharter* Rpfleger 2002, 538; *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330/332). In der Rechtsprechung wird die Grundbuchfähigkeit vom Landgericht Dresden (NotBZ 2002, 384 mit ablehnender Anmerkung von *Hammer*) verneint.

b) Die Grundbuchordnung und die Grundbuchverfügung enthalten für die Eintragung einer BGB-Gesellschaft keine Vorschriften. Die BGB-Gesellschaft ist keine juristische Person und auch keine Handels- oder Partnerschaftsgesellschaft im Sinn des § 15 Abs. 1 Buchst. b GBV. Aus § 15 Abs. 3 GBV ergibt sich vielmehr, dass die BGB-Gesellschaft nicht als solche im Grundbuch eingetragen wird, sondern dass das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht den Mitgliedern einer BGB-Gesellschaft zur gesamten Hand zusteht. Dies entspricht der bisher herrschenden Meinung (vgl. BayObLGZ 1985, 212 f.). Nach ihr werden die einzelnen Gesellschafter gemäß § 15 Abs. 1 Buchst. a GBV als Rechtsträger in das Grundbuch eingetragen. Im Hinblick auf § 47 GBO ist dabei ein Hinweis auf die gesamthänderische Verbundenheit erforderlich, die durch den Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ zum Ausdruck kommt. Eingetragen ist damit nicht die BGB-Gesellschaft. Der auf die gesamthänderische Verbundenheit hinweisende Zusatz ist erforderlich, um eine Beurteilung der Verfügungsbefugnis durch das Grundbuchamt zu ermöglichen (§ 719 Abs. 1 BGB). Bei Berechtigten, bei denen es sich nicht um natürliche Personen handelt, die also nach § 15 Abs. 1 Buchst. b GBV im Grundbuch einzutragen sind, regelt § 32 GBO, wie die Verfügungsbefugnis dem Grundbuchamt nachzuweisen ist. Dies betrifft juristische Personen sowie Handels- und Partnerschaftsgesellschaften. Der Nachweis kann durch ein öffentliches Register, z.B. das Handels- oder Partnerschaftsregister, geführt werden, in dem die juristische Person oder Handels- oder Partnerschaftsgesellschaft eingetragen ist. Das Zeugnis des Registergerichts erbringt zunächst den Beweis für das Bestehen der Gesellschaft und darüber hinaus für die Vertretungsbefugnis (BayObLG NJWR 1989, 977).

Ein entsprechender Nachweis des Bestehens und der Verfügungsbefugnis kann mangels einer Eintragung in einem öffentlichen Register für eine BGB-Gesellschaft nicht geführt werden. Würde die Gesellschaft unter ihrem Namen eingetragen, dann könnte die Verfügungsbefugnis nur an eine organische Vertretung anknüpfen. Dies gilt auch, wenn die Gesellschaft unter dem Namen der Gesellschafter eingetragen würde. Die Vermutung des § 891 BGB würde dann nicht an die eingetragenen Gesellschafter anknüpfen, sondern an die Gesellschaft. Im Übrigen würde ein guter Glaube an die Verfügungs- und Vertretungsbefugnis nicht geschützt sein.

c) Trotz der Parallelen, die der Bundesgerichtshof (BGHZ 146, 342 = NJW 2001, 1056) in Teilbereichen zur offenen Handelsgesellschaft gezogen hat, können die für diese geltenden Vorschriften nicht entsprechend angewendet werden.

Für die Eintragung der offenen Handelsgesellschaft im Grundbuch findet sich bereits im materiellen Recht eine Grundlage. Nach § 124 Abs. 1 HGB kann die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben. Dem trägt § 15 Abs. 1 Buchst. b GBV dadurch Rechnung, dass die Handelsgesellschaft mit Firma und Sitz im Grundbuch einzutragen ist (vgl. *Westermann* NZG 2001, 289/293). Eine entsprechende Anwendung der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften scheidet daran, dass es bei der BGB-Gesellschaft an der Registerpublizität fehlt. Zwar kann sich eine BGB-Gesellschaft einen Namen geben (vgl. statt aller *Demharter* Rpfleger 2001, 329/330). Dieser Name unterscheidet sich jedoch wesentlich von einer Firma. Das Firmenrecht hat in §§ 17 ff. HGB eine eingehende Ausprägung erfahren, für die es im Namensrecht keine Parallelen gibt. Insbesondere muss die Firma nach § 29 HGB zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Damit vermittelt die Grundbucheintragung in Verbindung mit der Handelsregistereintragung die erforderliche Publizität. Das ist bei einer BGB-Gesellschaft nicht der Fall.

Entsprechendes gilt für die Vertretungsbefugnis. Da die BGB-Gesellschaft nicht in ein Register eingetragen ist, kann der Nachweis der Vertretungsbefugnis nicht nach § 32 GBO durch ein Zeugnis des Registergerichts geführt werden. Die fehlende Eintragung der BGB-Gesellschaft in ein Register führt zu nicht überwindbaren Problemen hinsichtlich Identität und Vertretungsbefugnis, da die Nachweise über das Bestehen der Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis häufig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO erbracht werden können (*Demharter* Rpfleger 2001, 329/330 und Rpfleger 2002, 538; *Heil* NZG 2001, 300/305 und *NJW* 2002, 2158/2159). Im Einzelfall können erforderliche Nachweise durch Vorlage eines der Form des § 29 GBO entsprechenden Gesellschaftsvertrags geführt werden. Dies setzt aber voraus, dass der Gesellschaftsvertrag wenigstens schriftlich geschlossen worden ist und die Form des § 29 GBO nachträglich herbeigeführt werden kann, wenn der Vertrag nicht von vornherein in dieser Form errichtet wurde (*Demharter* Rpfleger 2002, 538). Abgesehen davon könnte das Grundbuchamt nicht zweifelsfrei feststellen, ob die in einem vorgelegten Gesellschaftsvertrag genannte Gesellschaft mit der im Grundbuch eingetragenen namensgleichen BGB-Gesellschaft identisch ist. Auch könnte nie ausgeschlossen werden, dass der Gesellschaftsvertrag in der Zwischenzeit geändert wurde, insbesondere hinsichtlich der Vertretungsbefugnis. Für die Entgegennahme und Behandlung von ergänzenden Mitteilungen durch das Grundbuchamt, wie sie *Dümig* (ZfIR 2002, 796 f.) vorschlägt, gibt es in den grundbuchrechtlichen Vorschriften keine Grundlage (vgl. *Demharter* Anh. zu § 13 Rdnr. 32); dasselbe gilt für die von *Hammer* (NotBZ 2002, 385) vorgeschlagenen ergänzenden Eintragungen der Gesellschafter und zur Geschäftsführungsbefugnis. Insbesondere ist das Grundbuchamt im Eintragungsverfahren zu Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet (BayObLG Rpfleger 1982, 467).

Im Bereich des formellen Konsenzprinzips (§ 19 GBO) könnte das Grundbuchamt bei Bewilligung eines dinglichen Rechts für eine BGB-Gesellschaft die Vorlage eines Gesellschaftsvertrags nicht verlangen. Das Gleiche gilt, wenn eine BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen einen Vollstreckungstitel erwirkt und die Eintragung einer Zwangshypothek verlangt. In diesem Fall hat das Grundbuchamt ohne weitere Prüfung den Vollstreckungsgläubiger in das Grundbuch so einzutragen, wie er sich aus dem Titel ergibt (vgl. BGH FGPrax 2002, 7).

d) Weder das Grundbuch selbst noch die Grundakten können als Ersatz für ein fehlendes Register dienen (*Demharter* Rpfleger 2002, 538; a.A. *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330/336 f.). Gesetzliche Vorschriften, die solches ermöglichen würden, bestehen nicht.

Solche Regelungen können auch nicht im Wege der Rechtsfortbildung geschaffen werden. Dem stehen die vorhandenen grundbuchrechtlichen Bestimmungen entgegen, die festlegen, was und auf welche Weise im Grundbuch eingetragen werden kann und welche Urkunden zu den Grundakten zu nehmen sind. Zusätzliche Schwierigkeiten ergäben sich, wenn eine BGB-Gesellschaft als Eigentümerin oder Berechtigte eines dinglichen Rechts in den Grundbüchern verschiedener Grundbuchämter einzutragen wäre. Der mit der Eintragung einer BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen verfolgte Zweck einer Vereinfachung dadurch, dass die Eintragung aller Gesellschafter unterbleiben könnte, würde wieder aufgehoben, wenn zwar die BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen eingetragen werden könnte, aber gleichwohl stets der aktuelle Gesellschafterbestand und die jeweiligen Vertretungsbefugnisse aus dem Grundbuch oder den Grundakten ersichtlich sein

müssten. Abgesehen davon fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage dafür, Gesellschaftsverträge und Gesellschafterlisten zu den Grundakten zu nehmen (vgl. § 10 GBO). Auch ist die Einsicht in das Grundbuch oder die Grundakten anders als die in das Handelsregister nicht uneingeschränkt für jedermann zulässig § 12 GBO, § 46 GBV).

Auch der Umstand, dass der Bundesgerichtshof (MittBayNot 2001, 574) vor Einfügung des § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB die Anmeldung und Eintragung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft, die Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft ist, im Handelsregister verlangt hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Diese Rechtsprechung und die anschließenden gesetzgeberischen Maßnahmen sprechen vielmehr dafür, dass die Eintragung der BGB-Gesellschaft in einem Register unentbehrlich ist. In dem behandelten Fall bot sich die Eintragung im Handelsregister bei der Kommanditgesellschaft an. An einer solchen Anknüpfungsmöglichkeit fehlt es jedoch in anderen Fällen.

e) Der *Senat* verkennt nicht, dass die fehlende Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft den Schluss nahelegt, die Gesellschaft könne als solche kein Eigentum und keine beschränkten dinglichen Rechte erwerben. Dies kann materiellrechtlich zu Schwierigkeiten führen, wenn die BGB-Gesellschaft grundstücksbezogene Rechtsgeschäfte vornimmt (vgl. *K. Schmidt* NJW 2001, 993/1002; LG Berlin NZM 2002, 780). Wenn die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft herbeigeführt werden soll, wird es Sache des Gesetzgebers sein, die Voraussetzungen dafür zu schaffen. Dazu erscheint es unverzichtbar, die Eintragung der BGB-Gesellschaft in einem öffentlichen Register für den Fall vorzusehen, dass sie beabsichtigt, sich am Grundbuchverkehr zu beteiligen.

Zusammenfassend scheidet die Eintragung einer BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen in das Grundbuch daran, dass die grundbuchrechtlichen Vorschriften hierfür keinen Raum geben. Im Übrigen würden dadurch Eintragungen vorgenommen, von denen die Gefahr besteht, dass Rechte verlautbart werden, die nicht verkehrsfähig sind, weil sich die Identität der betroffenen Gesellschaft und die Verfügungsbefugnis vom Grundbuchamt nicht zuverlässig beurteilen lassen.

3. Der 3. Zivilsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts hat in seiner Entscheidung vom 7.5.2002 (BayObLGZ 2002, 137 = Rpfleger 2002, 536 mit Anm. *Demharter*) in einer Kostensache die Auffassung vertreten, bei Eintragung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer eines Grundstücks, also bei einer Eintragung wie sie hier vorliegt, sei die BGB-Gesellschaft als Eigentümerin eingetragen. Der 2. Zivilsenat teilt zwar nicht die Ansicht, dass die Eintragung von Gesellschaftern mit dem auf die gesamthänderische Verbundenheit hinweisenden Zusatz gemäß § 47 GBO die BGB-Gesellschaft und nicht die namentlich genannten Gesellschafter als Rechtsträger ausweist. Dies macht es aber nicht notwendig, entsprechend § 132 GVG tätig zu werden (vgl. § 81 Abs. 2 GBO, § 10 Abs. 1 EGGVG). Selbst wenn sich der *Senat* die Ansicht des 3. Zivilsenats zu Eigen machen würde, wäre nicht anders zu entscheiden; auch dann müsste die weitere Beschwerde zurückgewiesen werden. Der 3. Zivilsenat hat nicht die hier zur Entscheidung anstehende Rechtsfrage entschieden, ob die BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen als Eigentümerin eines Grundstücks oder als Berechtigte eines beschränkten dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden kann.

10. Artikel 43 EG und 48 EG (*Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit* – „Überseering“)

1. **Es verstößt gegen die Artikel 43 EG und 48 EG, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründet worden ist und von der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat, in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit vor seinen nationalen Gerichten für das Geltendmachen von Ansprüchen aus einem Vertrag mit einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.**
2. **Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so ist dieser andere Mitgliedstaat nach den Artikeln 43 EG und 48 EG verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.**

EuGH, Urteil vom 5.11.2002 – Rechtssache C-208/00 –

1. Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 30.3.2000 (MittBayNot 2000, 564 mit Anmerkung *Görk*), bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 25.5.2000, gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung der Artikel 43 EG und 48 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Überseering BV (im Folgenden: Überseering), einer am 22.8.1990 in das Handelsregister von Amsterdam und Haarlem eingetragenen Gesellschaft niederländischen Rechts, und der Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (im Folgenden: NCC), einer Gesellschaft mit Sitz in Deutschland, über die Beseitigung von Mängeln bei der Ausführung von Bauarbeiten in Deutschland, mit der Überseering NCC beauftragt hatte.

### Nationales Recht

3. Nach der ZPO ist die Klage einer Partei, die nicht parteifähig ist, als unzulässig abzuweisen. Nach § 50 Absatz 1 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist, d. h. die Fähigkeit besitzt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein; dies gilt auch für Gesellschaften.

4. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der die herrschende Lehre in Deutschland folgt, beurteilt sich die Frage, ob eine Gesellschaft rechtsfähig ist, im Gegensatz zur Gründungstheorie, nach der sich die Rechtsfähigkeit nach dem Recht des Staates bestimmt, in dem die Gesellschaft gegründet worden ist, nach demjenigen Recht, das am Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes gilt (Sitztheorie). Dies gilt auch dann, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Staat wirksam gegründet worden ist und anschließend ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt.

5. Eine solche Gesellschaft kann, soweit ihre Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht zu beurteilen ist, weder Träger von Rechten und Pflichten noch Partei in einem Gerichtsverfahren sein, es sei denn, sie gründet sich in der Bundesrepublik Deutschland in einer Weise neu, die zur Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht führt.

### Ausgangsrechtsstreit

6. Im Oktober 1990 erwarb Überseering ein Grundstück in Düsseldorf, das sie gewerblich nutzte. Mit Generalübernehmervertrag vom 27.11.1992 beauftragte Überseering NCC mit der Sanierung eines Garagengebäudes und eines Motels, die sich auf diesem Grundstück befinden. Die Leistungen sind erbracht, Überseering macht aber Mängel der Malerarbeiten geltend.

7. Im Dezember 1994 erwarben zwei in Düsseldorf wohnhafte deutsche Staatsangehörige sämtliche Geschäftsanteile an Überseering.

8. Nachdem Überseering NCC vergeblich aufgefordert hatte, die festgestellten Mängel zu beseitigen, verklagte sie 1996 NCC aus dem zwischen beiden bestehenden Generalübernehmervertrag beim Landgericht Düsseldorf auf Zahlung von 1.163.657,77 DM zuzüglich Zinsen als Ersatz der Kosten der Beseitigung der angeblichen Mängel und der Folgeschäden.

9. Das Landgericht wies die Klage ab. Das Oberlandesgericht Düsseldorf wies die Berufung zurück. Nach seinen Feststellungen hatte Überseering aufgrund des Erwerbs ihrer Geschäftsanteile durch zwei deutsche Staatsangehörige ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Düsseldorf verlegt. Es vertrat die Ansicht, dass Überseering als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland nicht rechtsfähig und demnach auch nicht parteifähig sei.

10. Das Oberlandesgericht hielt die Klage von Überseering daher für unzulässig.

11. Überseering legte gegen dieses Urteil des Oberlandesgerichts Revision beim Bundesgerichtshof ein.

12. Aus den Erklärungen von Überseering ergibt sich ferner, dass sie parallel zum derzeit beim Bundesgerichtshof anhängigen Verfahren nach nicht näher bezeichneten sonstigen deutschen Rechtsvorschriften bei einem deutschen Gericht verklagt wurde. So sei sie vom Landgericht Düsseldorf – wahrscheinlich aufgrund ihrer Eintragung vom 11.9.1991 in das Grundbuch Düsseldorf als Eigentümerin des Grundstücks, auf dem das Garagengebäude und das Motel stünden, die NCC saniert habe, – verurteilt worden, Architektenhonorare zu begleichen.

### Vorlagefragen

13. Der Bundesgerichtshof stellt fest, dass seine in den Randnummern 4 und 5 dieses Urteils dargelegte Rechtsprechung in unterschiedlicher Hinsicht von einem Teil des deutschen Schrifttums abgelehnt werde, hält es aber aus verschiedenen Gründen für vorzugswürdig, beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts und des Gesellschaftsrechts innerhalb der Europäischen Union daran festzuhalten.

14. Zunächst seien alle Lösungsansätze abzulehnen, bei denen durch Berücksichtigung unterschiedlicher Anknüpfungspunkte die Rechtsstellung einer Gesellschaft nach mehreren Rechtsordnungen beurteilt werde. Solche Lösungsansätze führten zu Rechtsunsicherheit, weil sich die Regelungsbereiche, die verschiedenen Rechtsordnungen unterstellt werden sollten, nicht eindeutig voneinander abgrenzen ließen.

15. Ferner komme die Anknüpfung an den Ort der Gründung den Gründern der Gesellschaft entgegen, die gleichzeitig mit dem Gründungsort die ihnen genehme Rechtsordnung wählen könnten. Hierin liege die entscheidende Schwäche der Gründungstheorie, die vernachlässige, dass die Gründung und Betätigung einer Gesellschaft auch die Interessen dritter Personen und des Staates berührten, in dem sich der tatsächliche

Verwaltungssitz befinde, sofern dieser sich in einem anderen Staat als demjenigen befinde, in dem die Gesellschaft gegründet worden sei.

16. Demgegenüber könne durch die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz verhindert werden, dass die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des Staates des tatsächlichen Verwaltungssitzes, mit denen bestimmte grundlegende Interessen geschützt werden sollten, durch eine Gründung im Ausland umgangen würden. Im vorliegenden Fall wolle das deutsche Recht u. a. die Interessen der Gläubiger der Gesellschaft schützen. Die Rechtsvorschriften über die GmbH gewährten diesen Schutz durch detaillierte Regelungen über die Einzahlung und Erhaltung des Gesellschaftskapitals. Schutzbedürftig seien weiter bei Verbindungen von Unternehmen auch die abhängigen Gesellschaften und deren Minderheitsgesellschafter; diesem Schutz dienten in Deutschland u. a. die Regeln des Konzernrechts oder bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen die Regeln zur Entschädigung und zur Abfindung der durch diese Verträge benachteiligten Gesellschafter. Dem Schutz der von der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer dienten schließlich die Vorschriften über die Mitbestimmung. Vergleichbare Regelungen bestünden nicht in allen Mitgliedstaaten.

17. Für den Bundesgerichtshof stellt sich jedoch die Frage, ob bei der grenzüberschreitenden Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nicht die in den Artikeln 43 EG und 48 EG garantierte Niederlassungsfreiheit der Anknüpfung der Rechtsstellung der Gesellschaft an das Recht des Mitgliedstaats, in dem sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz befindet, entgegensteht. Die Beantwortung dieser Frage kann nach seiner Ansicht der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht eindeutig entnommen werden. (...)

21. Der Bundesgerichtshof hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Artikel 43 EG und 48 EG dahin auszulegen, dass es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründet worden ist, nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in den die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt hat, und wenn sich aus dessen Recht ergibt, dass sie vertraglich begründete Ansprüche dort nicht mehr gerichtlich geltend machen kann?

2. Sollte der Gerichtshof diese Frage bejahen:

Gebietet es die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Artikel 43 EG und 48 EG), die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaats zu beurteilen?

### Zur ersten Vorlagefrage

(...)

*Vor dem Gerichtshof abgegebene Erklärungen:* (...)

*Würdigung durch den Gerichtshof*

*Zur Anwendbarkeit der Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit*

52. Vorab ist entgegen der Ansicht von NCC sowie der deutschen, der spanischen und der italienischen Regierung klarzustellen, dass im Fall einer Gesellschaft, die wirksam in einem ersten Mitgliedstaat gegründet worden ist, dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat und von der nach dem Recht eines

zweiten Mitgliedstaats angenommen wird, dass sie nach der Abtretung aller ihrer Geschäftsanteile an Staatsangehörige dieses Staates, in dem diese auch wohnen, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat, die Regeln, die der zweite Mitgliedstaat auf diese Gesellschaft anwendet, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht aus dem Anwendungsbereich der Gemeinschaftsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit fallen. (...)

56. Wie der Gerichtshof bereits bei anderer Gelegenheit ausgeführt hat, umfasst die Niederlassungsfreiheit, die Artikel 43 EG den Gemeinschaftsangehörigen zuerkennt, das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie zur Errichtung von Unternehmen und zur Ausübung der Unternehmertätigkeit nach den Bestimmungen, die im Niederlassungsstaat für dessen eigene Angehörigen gelten. Außerdem stehen nach dem Wortlaut des Artikels 48 EG für die Anwendung (der Bestimmungen des EG-Vertrags über das Niederlassungsrecht) die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

57. Hieraus folgt unmittelbar, dass diese Gesellschaften das Recht haben, ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, wobei ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung, ebenso wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen, dazu dient, ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaats zu bestimmen.

58. Auf diese Prämissen hat der Gerichtshof seine Erwägungen im Urteil vom 9.3.1999 in der Rechtssache C-212/97 (*Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rdnr. 19 und 20) gestützt.

59. Die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit setzt zwingend die Anerkennung dieser Gesellschaften durch alle Mitgliedstaaten voraus, in denen sie sich niederlassen wollen.

60. Es ist daher nicht erforderlich, dass die Mitgliedstaaten eine Übereinkunft über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften schließen, damit die Gesellschaften, die die in Artikel 48 EG genannten Voraussetzungen erfüllen, von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen können, die ihnen in den seit Ablauf der Übergangszeit unmittelbar anwendbaren Artikeln 43 EG und 48 EG zuerkannt wird. Folglich kann kein Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der vollen Wirksamkeit dieser Artikel daraus hergeleitet werden, dass bis heute keine Übereinkunft über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften auf der Grundlage des Artikels 293 EG geschlossen worden ist.

61. Zweitens ist das Vorbringen zu prüfen, das sich auf das Urteil vom 27.9.1988 in der Rechtssache 81/87 (*Daily Mail and General Trust*, Slg. 1988, 5483), das im Mittelpunkt der Erörterungen vor dem Gerichtshof gestanden hat, stützt. Dieses Vorbringen ist insoweit zu prüfen, als es darauf gerichtet ist, der dem Urteil *Daily Mail and General Trust* zugrunde liegenden Situation in gewisser Weise die Sachlage gleichzusetzen, aus der das deutsche Recht den Verlust der Rechtsfähigkeit und den Verlust der Parteifähigkeit einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft ableitet.

62. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das Urteil *Daily Mail and General Trust* die Beziehungen zwischen einer Gesellschaft und einem Mitgliedstaat, nach dessen Recht sie gegründet worden ist, in dem Fall betrifft, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz unter Wahrung der ihr in ihrem Gründungsstaat zuerkannten Rechtspersönlichkeit in einen anderen Mitgliedstaat verlegen wollte. Hingegen

handelt es sich im Ausgangsrechtsstreit um die Anerkennung einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft durch einen anderen Mitgliedstaat; dabei wird einer solchen Gesellschaft in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit abgesprochen, da er davon ausgeht, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt hat, ohne dass es hierfür darauf ankäme, ob die Gesellschaft tatsächlich eine Sitzverlegung vornehmen wollte.

63. Wie sowohl die niederländische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs als auch die Kommission und die EFTA-Überwachungsbehörde geltend machen, hat Überseering nie die Absicht bekundet, ihren Sitz nach Deutschland zu verlegen. Ihre rechtliche Existenz ist nach dem Recht ihres Gründungsstaats durch die Abtretung ihrer sämtlichen Geschäftsanteile an in Deutschland wohnende Personen nie in Frage gestellt worden. Insbesondere ist sie nicht Gegenstand von Auflösungsmaßnahmen nach niederländischem Recht gewesen, nach dem sie nie aufgehört hat, wirksam zu bestehen.

64. Selbst wenn man den Ausgangsrechtsstreit so verstünde, als ginge es um die grenzüberschreitende Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes, ist daher die von NCC sowie der deutschen, der spanischen und der italienischen Regierung vertretene Auslegung des Urteils *Daily Mail and General Trust* unzutreffend.

65. In der Rechtssache, in der dieses Urteil erging, wollte die *Daily Mail and General Trust PLC*, eine nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete Gesellschaft, die dort sowohl ihren satzungsmäßigen Sitz als auch ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hatte, letzteren in einen anderen Mitgliedstaat verlegen, ohne ihre Rechtspersönlichkeit oder ihre Eigenschaft als Gesellschaft englischen Rechts zu verlieren; die dafür erforderliche Genehmigung der zuständigen britischen Behörden wurde ihr verweigert. Sie verklagte diese Behörden daher beim High Court of Justice, Queen's Bench Division (Vereinigtes Königreich), und machte geltend, dass die Artikel 52 und 58 des EWG-Vertrags ihr das Recht zuerkennen würden, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz ohne vorherige Genehmigung und ohne Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.

66. Anders als im Ausgangsverfahren ging es somit in der Rechtssache, in der das Urteil *Daily Mail and General Trust* erging, nicht darum, wie ein Mitgliedstaat eine in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaft zu behandeln hat, die im ersten Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch macht.

67. Im Zusammenhang mit der Frage des High Court of Justice, ob die Bestimmungen des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft das Recht zuerkennen, ihre Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, erinnert der Gerichtshof in Randnummer 19 des Urteils *Daily Mail and General Trust* daran, dass eine aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründete Gesellschaft jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität hat.

68. In Randnummer 20 dieses Urteils unterstreicht der Gerichtshof die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen hinsichtlich dessen, was für die Gründung einer Gesellschaft an Verknüpfung mit dem nationalen Gebiet erforderlich ist, wie hinsichtlich der Möglichkeit einer nach einem nationalen Recht gegründeten Gesellschaft, diese Verknüpfung nachträglich zu ändern.

69. In Randnummer 23 dieses Urteils kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass der EG-Vertrag diese Unterschiede als

Probleme betrachtet, die durch die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen; eine solche war jedoch noch nicht gefunden worden.

70. Dabei hat sich der Gerichtshof darauf beschränkt, festzustellen, dass sich die Möglichkeit für eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft, ihren satzungsmäßigen Sitz oder ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, ohne die ihr durch die Rechtsordnung des Gründungsmitgliedstaats zuerkannte Rechtspersönlichkeit zu verlieren, und gegebenenfalls die Modalitäten dieser Verlegung nach den nationalen Rechtsvorschriften beurteilen, nach denen diese Gesellschaft gegründet worden ist. Er zog daraus den Schluss, dass ein Mitgliedstaat die Möglichkeit hat, einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet aufzuerlegen, damit sie die ihr nach dem Recht dieses Staates zuerkannte Rechtspersönlichkeit beibehalten kann.

71. Der Gerichtshof hat sich dagegen nicht zu der Frage geäußert, ob in einem Fall wie im Ausgangsverfahren, in dem von einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in diesen verlegt hat, dieser andere Mitgliedstaat sich weigern darf, die Rechtspersönlichkeit anzuerkennen, die ihr nach der Rechtsordnung ihres Gründungsstaats zuerkannt wird.

72. Ungeachtet des allgemein gehaltenen Wortlauts der Randnummer 23 des Urteils *Daily Mail and General Trust* wollte der Gerichtshof den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit einräumen, die tatsächliche Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit in ihrem Hoheitsgebiet durch in anderen Mitgliedstaaten wirksam gegründete Gesellschaften, von denen sie annehmen, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in ihr Hoheitsgebiet verlegt haben, von der Beachtung ihres nationalen Gesellschaftsrechts abhängig zu machen.

73. Dem Urteil *Daily Mail and General Trust* kann daher nicht entnommen werden, dass in dem Fall, dass eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden ist und der dort Rechtspersönlichkeit zuerkannt wird, von ihrer Niederlassungsfreiheit in einem anderen Mitgliedstaat Gebrauch macht, die Frage der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit und ihrer Parteifähigkeit im Mitgliedstaat der Niederlassung nicht den Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit unterliegt. Dies gilt selbst dann, wenn von dieser Gesellschaft nach dem Recht des Mitgliedstaats der Niederlassung angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat.

74. Drittens ist das Vorbringen der spanischen Regierung zurückzuweisen, in einer Situation wie im Ausgangsverfahren mache das Allgemeine Programm in seinem Titel I die Inanspruchnahme der durch den EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit vom Bestehen einer tatsächlichen und dauerhaften Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaats abhängig.

75. Wie sich nämlich aus dem Wortlaut des Allgemeinen Programms ergibt, verlangt dieses eine tatsächliche und dauerhafte Verbindung allein für den Fall, dass die Gesellschaft nur ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Gemeinschaft hat. Bei Überseering, die sowohl ihren satzungsmäßigen Sitz als auch ihren tatsächlichen Verwaltungssitz innerhalb der Gemeinschaft hat, verhält es sich unbestreitbar nicht so. Der Ge-

richtshof hat für diese Fallkonstellation in Randnummer 19 des Urteils *Centros* festgestellt, dass Artikel 58 EG-Vertrag die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleichstellt, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

76. Nach alledem beruft sich Überseering zu Recht auf die Niederlassungsfreiheit, um sich dagegen zur Wehr zu setzen, dass das deutsche Recht sie nicht als parteifähige juristische Person ansieht.

77. Ferner ist daran zu erinnern, dass der Erwerb von Geschäftsanteilen an einer in einem Mitgliedstaat gegründeten und ansässigen Gesellschaft durch eine oder mehrere natürliche Personen mit Wohnort in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Kapitalverkehr unterliegt, wenn eine solche Beteiligung ihnen nicht einen gewissen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht und sie deren Tätigkeiten nicht bestimmen können. Wenn dagegen der Erwerb sämtliche Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit satzungsmäßigem Sitz in einem anderen Mitgliedstaat umfasst und eine solche Beteiligung einen gewissen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht und es diesen Personen ermöglicht, deren Tätigkeiten zu bestimmen, sind die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit anwendbar (vgl. in diesem Sinne das Urteil vom 13.4.2000 in der Rechtssache C-251/98, *Baars*, Slg. 2000, I-2787, Rdnr. 21 und 22).

#### *Zum Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit*

78. Sodann ist zu prüfen, ob die Weigerung der deutschen Gerichte, einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründeten Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit zuzuerkennen, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt.

79. In einer Situation wie im Ausgangsverfahren hat eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats als der Bundesrepublik Deutschland wirksam gegründet worden ist und in diesem anderen Mitgliedstaat ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nach deutschem Recht keine andere Wahl, als sich in Deutschland neu zu gründen, wenn sie vor einem deutschen Gericht Ansprüche aus einem Vertrag mit einer Gesellschaft deutschen Rechts geltend machen möchte.

80. Überseering, die in den Niederlanden wirksam gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, genießt aufgrund der Artikel 43 EG und 48 EG das Recht, als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen. Insoweit ist es unbeachtlich, dass nach der Gründung dieser Gesellschaft deren gesamtes Kapital von in Deutschland ansässigen deutschen Staatsangehörigen erworben wurde, denn dieser Umstand hat offenbar nicht zum Verlust der Rechtspersönlichkeit geführt, die ihr die niederländische Rechtsordnung zuerkennt.

81. Ihre Existenz hängt sogar untrennbar mit ihrer Eigenschaft als Gesellschaft niederländischen Rechts zusammen, da eine Gesellschaft, wie bereits ausgeführt wurde, jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität hat (in diesem Sinne Urteil *Daily Mail and General Trust*, Rdnr. 19). Das Erfordernis, dieselbe Gesellschaft in Deutschland neu zu gründen, kommt daher der Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich.

82. Unter diesen Umständen stellt es eine mit den Artikeln 43 EG und 48 EG grundsätzlich nicht vereinbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn ein Mitgliedstaat sich

u.a. deshalb weigert, die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, anzuerkennen, weil die Gesellschaft im Anschluss an den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch in seinem Hoheitsgebiet wohnende eigene Staatsangehörigen, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt haben soll, mit der Folge, dass die Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat nicht zu dem Zweck parteifähig ist, ihre Ansprüche aus einem Vertrag geltend zu machen, es sei denn, dass sie sich nach dem Recht dieses Aufnahmestaats neu gründet.

#### *Zur eventuellen Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit*

83. Schließlich ist zu prüfen, ob eine solche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die sowohl vom vorlegenden Gericht als auch von der deutschen Regierung angeführten Gründe gerechtfertigt sein kann. (...)

92. Es lässt sich nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.

93. Solche Ziele können es jedoch nicht rechtfertigen, dass einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit abgesprochen wird. Eine solche Maßnahme kommt nämlich der Negierung der den Gesellschaften in den Artikeln 43 EG und 48 EG zuerkannten Niederlassungsfreiheit gleich. (...)

## Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht

11. BGB § 273 Abs. 1, §§ 313 (Fassung: 30. Mai 1973), 812, 818, 883, 894; KO §§ 17, 24, 49 Abs. 1 Nr. 3 und 4 (*Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers bei formnichtigem Kaufvertrag*)

**Fordert der Konkursverwalter die Löschung einer Auflassungsvormerkung, die vor Konkurseröffnung über das Vermögen des Grundstückseigentümers aufgrund eines formnichtigen Kaufvertrages zugunsten des Käufers eingetragen wurde, kann dieser wegen der von ihm vor Konkurseröffnung an den verkaufenden Eigentümer erbrachten Kaufpreiszahlungen dem Verlangen kein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen.**

BGH, Urteil vom 7.3.2002 – IX ZR 457/99 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### *Zum Sachverhalt:*

Der Kläger ist Verwalter im Konkurs über das Vermögen der W. GmbH (nachfolgend: W. oder Gemeinschuldnerin). Diese bebaute ein eigenes Grundstück mit 20 Eigentumswohnungen. Durch notariellen Vertrag vom 7.9.1994 kaufte der Beklagte eine im Bau befindliche Eigentumswohnung zum Preise von 398.446,- DM. Der Kaufpreis sollte nach Baufortschritt fällig werden. Gemäß II Abs. 3 des Vertrages sollte der Kaufgegenstand nach Maßgabe „der Baubeschreibung nebst Bauzeichnung“ erstellt werden. Beides war dem Verträge nicht beigelegt und wurde nicht mitbeurkundet. Zugunsten des Beklagten wurde eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Sie war nach dem Kaufvertrag Voraussetzung für die Fälligkeit der Kaufpreisraten. Der Beklagte zahlte an die W. 424.463,56 DM, davon

332.663,56 DM auf die notariell vereinbarte Vergütung. Der weitergehende Betrag wurde für Zusatzleistungen oder – nach der Behauptung des Klägers – in Höhe von 40.000 DM als Schwarzgeld gezahlt.

Am 11.3.1997 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der W. eröffnet. Zu dieser Zeit war die Wohnung des Beklagten noch nicht fertiggestellt. Inzwischen hat der Kläger die Masseunzulänglichkeit des Konkursverfahrens öffentlich angezeigt.

Mit der Klage begehrt der Kläger die Löschung der zugunsten des Beklagten eingetragenen Auflassungsvormerkung. Dieser hat u.a. ein Zurückbehaltungsrecht wegen des von ihm gezahlten Kaufpreises geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr uneingeschränkt stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. (...)

III. Zutreffend hat das Berufungsgericht eine Pflicht des Beklagten angenommen, die Löschung der zu seinen Gunsten im Grundbuch eingetragenen Grundschuld zu bewilligen.

1. Nach § 894 BGB kann – wenn der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an dem Grundstück oder einer Verfügungsbeschränkung (§ 892 Abs. 1 BGB) mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht – derjenige, dessen Recht durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird.

a) Der Kläger handelt hierbei für die Konkursmasse, deren Rechtsträgerin Eigentümerin des vom Beklagten „gekauften“ Wohnungseigentums ist oder im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz war. Die Konkursmasse wird demgemäß durch die für den Beklagten eingetragene Auflassungsvormerkung betroffen.

b) Die Vormerkung ist zu Unrecht im Grundbuch eingetragen. Denn gemäß § 883 BGB soll sie den Anspruch auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück sichern. Zu diesem Anspruch ist sie streng akzessorisch (vgl. BGH, Urt. v. 17.6.1994 – V ZR 204/92, NJW 1994, 2947 f.). Besteht er nicht, so ist auch die Vormerkung wirkungslos (BGHZ 54, 56, 63). Ein sicherungsfähiger Anspruch auf Erklärung der Auflassung besteht vorliegend nicht, weil der Kaufvertrag, der ihn begründen soll (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB), gemäß §§ 313 Satz 1, 125 BGB nichtig ist.

aa) Wird – wie hier – ein Vertrag zur Übertragung einer erst noch zu errichtenden Eigentumswohnung geschlossen, gehören auch die Ausgestaltung und Ausstattung der Wohnung für den Erwerber zu den wesentlichen Vertragselementen (BGHZ 63, 359, 361 f.; BGH, Urt. v. 10.6.1977 – V ZR 99/75, DNotZ 1978, 37 f.). In dem zwischen den Parteien geschlossenen notariellen Vertrag ist unter „II. Kaufgegenstand“ im letzten Absatz lediglich geregelt, der Kaufgegenstand solle auf der Grundlage der Baubeschreibung nebst Bauzeichnung erstellt werden; diese hätten dem Käufer vorgelegen, seien von ihm geprüft und inhaltlich akzeptiert. Baubeschreibung und -zeichnung selbst sind aber nicht notariell beurkundet. Auch sonst regelt der Vertrag Ausgestaltung und Ausstattung der Wohnung nicht. Damit sind wesentliche Teile des schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäfts nicht mit beurkundet. Zu den Voraussetzungen des § 13 a Abs. 4 BeurkG ist nichts dargetan.

bb) Entgegen der Auffassung des Beklagten war die Beurkundung insoweit auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Ermittlung der vertraglich geschuldeten Leistung auf andere Weise gesichert gewesen sei. Es bedarf hier keiner Entscheidung darüber, ob bei Vorliegen einer solchen Voraussetzung eine unterbliebene Beurkundung der Baubeschreibung alle-

mein unschädlich wäre. Denn das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Wohnung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht weitgehend fertiggestellt war. Im Gegenteil waren nicht einmal die Erdarbeiten beendet. Insoweit erhebt die Revision keine Rügen. Sie will nur stattdessen auf den während des gegenwärtigen Prozesses erreichten Bauzustand abstellen. Das ist jedoch rechtlich verfehlt. Denn für die Frage der wirksamen Vertragsbeurkundung entscheidet grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, weil die Rechte und Pflichten der Parteien von Anfang an feststehen müssen und nicht erst später durch faktische Handlungen eines Vertragsteils zu konkretisieren sind. Die nachträgliche Entwicklung nach dem Vertragsschluss kann nur unter den Voraussetzungen des § 313 Satz 2 BGB den Formmangel bedeutungslos machen, also im Falle der Eintragung im Grundbuch. Dazu ist es hier nicht gekommen. Eine heilende Grundbucheintragung ist auch nicht mehr zu erwarten, nachdem der Kläger die Rückabwicklung des Kaufvertrages mit dem Beklagten verlangt.

2. Unter diesen Umständen vermag der Beklagte im Konkurs der Verkäuferin auch keine Rechte aus § 24 KO herzuleiten. Nach dieser Vorschrift kann der durch eine eingetragene Vormerkung gesicherte Gläubiger zwar auch vom Konkursverwalter die Befriedigung des vorgemerkten Anspruchs verlangen. Eine solche Sicherung hat die Vormerkung aber nur, wenn sie wirksam ist, insbesondere wenn der vorgemerkte schuldrechtliche Anspruch auf Verschaffung des Eigentums besteht (*Jaeger/Henckel*, KO 9. Aufl. § 24 Rdnr. 28; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO 11. Aufl. § 24 Rdnr. 6; *Kilger/K. Schmidt*, Insolvenzgesetz 17. Aufl. § 24 KO Anm. 2 unter b). Trifft das nicht zu, so ist die Rechtsstellung des Erwerbers nicht anders als in den Fällen, in denen zu seinen Gunsten keine Vormerkung eingetragen worden ist. Denn diese sichert nur den Anspruch, für den sie bestellt worden ist, hingegen nicht etwa die bereicherungsrechtliche Forderung auf Rückgewähr eines angezahlten Kaufpreisteils.

IV. Der Umstand, dass der Beklagte für einen Erwerb des Grundstücks – und damit der Vormerkung – vertragsgemäß Gegenleistungen an die W. erbracht hat, hindert seine uneingeschränkte Verurteilung zur Löschungsbewilligung ebenfalls nicht.

1. Der Beklagte darf die von ihm geforderte Berichtigung nicht gemäß § 242 BGB mit Rücksicht auf diese Gegenleistungen – unabhängig vom Konkurs über das Vermögen der W. – verweigern. Der Umstand allein, dass der Kläger zur Rückzahlung der „Kaufpreisleistungen“ aus der Konkursmasse nicht in der Lage sein mag, macht sein Verlangen auf Grundbuchberichtigung nicht treuwidrig. Dies hat der *Senat* in dem in einem Parallelverfahren ergangenen Urteil vom 20.12.2001 (IX ZR 401/99, ZIP 2002, 309, 310 f.) näher begründet. Darauf wird verwiesen.

2. Dem Beklagten steht mit Rücksicht auf diese Gegenleistungen auch kein konkursbeständiges Leistungsverweigerungsrecht zu.

a) Die §§ 320 ff. BGB sind auf die Rückabwicklung nichtiger Verträge unanwendbar (vgl. RGZ 94, 309, 310; *Münch-Komm-BGB/Emmerich*, 4. Aufl., vor § 320 Rdnr. 31; *Palandt/Heinrichs*, BGB 61. Aufl., Einf. v. § 320 Rdnr. 1). Diese erfolgt vielmehr nach den Regeln für den Ausgleich ungerechtfertigter Bereicherungen.

b) Gegenüber einer Berichtigungsklage nach § 894 BGB ist regelmäßig ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB möglich (BGHZ 75, 288, 293; *BGB-RGRK/Augustin*, 12. Aufl. § 894 Rdnr. 47). Insbesondere kann die Rückabwicklung von Leistungen aus einem nichtigen Kaufvertrag auf

solche Weise mit einer darauf beruhenden unrichtigen Grundbucheintragung verknüpft werden (BGH, Urt. v. 7.10.1966 – V ZR 159/63, WM 1966, 1224, 1226 unter IV; RG LZ 1927, 48, 49; WarnR 1930 Nr. 28; *Staudinger/Gursky*, BGB 13. Bearb. § 894 Rdnr. 106; *Soergel/Stürner*, BGB 12. Aufl. § 894 Rdnr. 30). Die Berichtigungsbewilligung braucht dann lediglich nach Maßgabe des § 274 BGB abgegeben zu werden.

Nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 und 4 KO (§ 51 Nr. 2, 3 InsO) sind aber nur einzelne, bestimmte Zurückbehaltungsrechte konkursfest. Soweit dies für das Zurückbehaltungsrecht wegen wertbeständiger Verwendungen auf eine Sache der Konkursmasse zutrifft (§ 49 Abs. 1 Nr. 3 KO), hat der Beklagte hier schon nicht dargetan, dass seine Kaufpreiszahlungen der Konkursmasse einen Vorteil erbracht haben, der noch vorhanden ist (§§ 994 ff. BGB). Auch ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht (§ 49 Abs. 1 Nr. 4 KO) kommt nicht in Betracht. Die Rechtsstellung des Beklagten, der rechtsgrundlos Vorleistungen erbracht hat, ist nicht mit derjenigen des Inhabers eines Zurückbehaltungsrechts i.S.v. § 369 HGB vergleichbar. Zwar gibt ihm die zu seinen Gunsten eingetragene – unwirksame (s.o. III 1 b) – Vormerkung eine begrenzte Sicherung. Diese entspricht aber nicht dem Besitz, den das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht voraussetzt und der dem Berechtigten sogar ein pfandrechtsähnliches Selbstverwertungsrecht verleiht (§ 371 Abs. 2 HGB). Die nichtige Vormerkung hat keinerlei dingliche Wirkung. Sie hat zudem keinerlei Drittwirkung, die mit § 369 Abs. 2 HGB vergleichbar wäre. Denn das gegenüber dem Grundbuch-Berichtigungsanspruch der Verkäuferin (W.) mögliche Zurückbehaltungsrecht hätte schon außerhalb des Konkurses keine Wirkung gegenüber einem neuen Eigentümer gehabt, welcher das Grundstück später rechtsgeschäftlich von der ursprünglichen Verkäuferin erworben hätte; insbesondere greift insoweit nicht § 404 BGB ein. Erst recht kann die Scheinvormerkung keine Besserstellung gegenüber sonstigen Konkursgläubigern der Verkäuferin begründen.

Ein allein auf § 273 Abs. 1 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht hat zugunsten bloßer Konkursgläubiger innerhalb des Konkurses grundsätzlich keine Wirkung (BGH, Urt. v. 20.1.1965 – V ZR 214/62, WM 1965, 408, 410 f.; RGZ 77, 436, 438 f.; *Kuhn/Uhlenbruck*, a.a.O. § 17 Rdnr. 23c und § 49 Rdnr. 24; *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch 2. Aufl. § 42 Rdnr. 48; *Henckel ZZP* 99, 419, 421 ff.). Denn es stellt ein Zwangsmittel zur Durchsetzung einer rein persönlichen Gegenforderung dar, das im Konkurs über die Grenzen des § 49 Abs. 1 Nr. 3 und 4 KO hinaus nicht zugelassen werden kann, weil es im Widerspruch zu dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger stünde. Soweit demgegenüber *Marotzke* (Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl., Rdnr. 2.50, 2.63, 2.70 f.) das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB für den Fall für konkursfest hält, dass es sich auf eine eigene – also noch nicht zur Konkursmasse gehörende – Sache des anderen Teils bezieht, kommt es darauf hier nicht entscheidend an. Denn der Beklagte will im vorliegenden Fall mit dem Zurückbehaltungsrecht verhindern, dass die Rechtslage bezüglich des zur Konkursmasse gehörenden Grundstücks richtiggestellt wird, solange nicht die schon zuvor an die Gesamtschuldnerin gezahlten Geldbeträge zurückgewährt werden. Mit diesem Verlangen soll im Ergebnis die abgesonderte Befriedigung am Grundstück der Konkursmasse wegen eines Bereicherungsanspruchs erzwungen werden. Dafür gibt es keine Rechtsgrundlage.

c) Der Beklagte beruft sich auf die gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge bereicherungsrechtlich (§§ 812, 818 BGB) nach den Grundsätzen der Saldotheorie zu

erfolgen hat. Der klagende Bereicherungsgläubiger hat danach im Falle ungleichartiger Gegenleistungen die Rückgewähr seiner Gegenleistung Zug um Zug anzubieten (BGH, Urt. v. 24.6.1963 – VII ZR 229/62, NJW 1963, 1870 f.; v. 11.11.1994 – V ZR 116/93, NJW 1995, 454, 455; v. 10.2.1999 – VII ZR 314/97, NJW 1999, 1181). Der Grund für diese enge Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung liegt darin, dass Wertungswidersprüche zwischen Vindikations- und Bereicherungsrecht vermieden werden sollen: Der rechtsgrundlos besitzende Eigentümer soll im Ergebnis keine schlechtere Rechtsposition einnehmen als andere rechtsgrundlose Besitzer (BGH, Urt. v. 14.7.1995 – V ZR 45/94, NJW 1995, 2627, 2628).

Darum geht es hier aber nicht. Der Kläger macht einen Anspruch geltend, der einseitig aus dem originären dinglichen Recht der Konkursmasse folgt. Er wurzelt nicht im Kaufvertrag mit dem Beklagten, sondern dieser ist nur der Anlass für die unrichtige Grundbucheintragung. Der Berichtigungsanspruch steht der W. als Eigentümerin zu.

Nachdem die Verfügungsbefugnis über diesen Anspruch auf den Kläger als Konkursverwalter übergegangen ist, vermag der Beklagte ihm den bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Kaufpreisrückgewähr – der eine bloße Konkursforderung darstellt – nicht (mehr) entgegenzuhalten. Es liegt ähnlich, wie wenn das Eigentum am Grundstück auf einen Dritten übertragen worden wäre. Diesem gegenüber könnte der Bereicherungsschuldner sein Gegenrecht nicht geltend machen. Für eine „Verdinglichung“ seiner Rechtsstellung gegenüber Dritten bietet auch die Saldotheorie keine Grundlage. Die Konkursmasse des Eigentümers wird gegen reine schuldrechtliche Gegenrechte eines Vertragspartners in gleicher Weise geschützt wie ein Dritter. Wie ein solcher braucht das Interesse der Gläubigersamtheit nicht allein wegen der zu Unrecht zugunsten des Beklagten eingetragenen Vormerkung hinter dessen Belangen zurückzustehen. Andere Konkursgläubiger mögen durch den Konkurs der W. vergleichbar hart geschädigt worden sein wie der Beklagte. Zudem weist das Berufungsgericht zutreffend darauf hin, dass das Grundbuch auf Dauer unrichtig würde, wenn die zu Unrecht eingetragene Vormerkung nicht gelöscht werden könnte und der Konkursverwalter den von der Gesamtschuldnerin längst verbrauchten Kaufpreis mangels Masse nicht zurückzahlen vermag.

d) Demgegenüber vermag die Revision sich nicht mit Erfolg auf das Senatsurteil vom 15.12.1994 (IX ZR 252/93, WM 1995, 353, 354) zu berufen. Zwar hat der *Senat* darin einer Bereicherungseinrede (§§ 812 Abs. 2, 813 Abs. 1 Satz 1, 821 BGB) Wirkungen gegenüber der Konkursmasse zuerkannt. In dem zugrunde liegenden Fall hatte aber die Bank des späteren Gesamtvollstreckungsschuldners ihm zu Unrecht eine Gutschrift erteilt. Später verlangte der Gesamtvollstreckungsverwalter die Auszahlung des entsprechenden Betrages. Die dagegen erhobene Bereicherungseinrede der Bank hat der *Senat* mit der Begründung für konkursfest gehalten, dass es allein um die Abwehr einer ohne Rechtsgrund bestehenden Forderung gehe. Diese wirke sich auf den Wert der Konkursmasse nicht aus, weil eine Forderung, der eine dauernde Einrede entgegenstehe, von vornherein wertlos sei.

Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um die Werthaltigkeit der eingeklagten Forderung selbst. Vielmehr will der Beklagte mit einem dinglichen Berichtigungsanspruch das Schicksal der Gegenleistung aus einem nichtigen gegenseitigen Vertrag verknüpfen. Das ist im Konkurs des Löschungsberechtigten nicht zulässig.

e) Diesem Ergebnis steht endlich nicht der Rechtsgedanke des § 17 KO entgegen.

Zwar ist diese Vorschrift sinngemäß auch auf Rückgewährschuldverhältnisse auf vertraglicher Grundlage angewendet worden (BGH, Urt. v. 14.2.1960 – VIII ZR 24/60, WM 1961, 482, 485 f; RG LZ 1915, 217 Nr. 17; vgl. *Kilger/K. Schmidt*, Insolvenzgesetz 17. Aufl. § 17 KO Anm. 2 c; *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB 13. Bearb. § 9 VerbrKrG Rdnr. 101; E. von *Olshausen*, Festschrift für H.F. Gaul, 1997, 497, 516). Ferner wird die Ansicht vertreten, auch beiderseits unerfüllte Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung fielen unter § 17 KO, soweit die ohne Rechtsgrund empfangene Leistung selbst noch zurückgegeben werden könne (*Jaeger/Henckel*, a.a.O. § 17 Rdnr. 28; *Kuhn/Uhlenbruck*, a.a.O. § 17 Rdnr. 21; MünchKomm-InsO/*Huber*, § 103 Rdnr. 86; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge a.a.O. Rdnr. 4.114; *Kepplinger*, Das Synallagma in der Insolvenz, 2000, S. 336 f; von *Caemmerer*, Festschrift für Larenz, 1973, S. 621, 635 f.).

Eine solche Erwägung kann aber jedenfalls nicht dazu führen, die Durchsetzung dinglich begründeter Ansprüche der Konkursmasse einzuschränken. § 17 KO bezweckt – ebenso wie § 103 InsO – in erster Linie, es dem Verwalter zu ermöglichen, einen von keiner Seite bereits vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag zum Vorteil der Masse und damit der Gläubigergesamtheit auszuführen, insoweit dann aber zugleich auch dem Vertragspartner den durch das funktionelle Synallagma vermittelten Schutz zu erhalten (MünchKomm-InsO/*Kreft*, § 103 Rdnr. 2; *Bork* in Festschrift für Zeuner, 1994, S. 297, 309; vgl. *Marotzke*, Gegenseitige Verträge a.a.O. Rdnr. 2.78, 2.80; *Jaeger/Henckel*, a.a.O. § 17 Rdnr. 6 f.). Eine solche einseitige Wahlmöglichkeit unter Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten zum Vorteil der Konkursmasse hat der Verwalter im Streitfall nicht: Hier geht es von Anfang an nur um gesetzlich festgelegte Ansprüche eines Teils oder beider Seiten. Sofern der andere Teil nicht freiwillig einer mindestens ebenso massегünstigen vertraglichen Neuregelung zustimmt, hat der Verwalter im Rahmen seiner Liquidationsaufgabe (§ 117 Abs. 1 KO) die gesetzlichen Folgen daraus zu ziehen, dass die Eigentumsübertragung auf den Beklagten infolge der Unwirksamkeit des Vertrages gescheitert ist. Würde man ein solches gesetzlich gebundenes Verlangen allgemein der fakultativen Erfüllungswahl i.S.v. § 17 KO gleichstellen, so hätte dies ausschließlich die Wirkung, den vor Konkursöffnung begründeten Gegenanspruch der anderen Seite – der im Ansatz nur eine Konkursforderung darstellt – sogar gegen die Konkursmasse durchzusetzen. Das entspricht nicht dem Zweck des § 17 KO. Insbesondere kann auf solche Weise nicht ein nur auf § 273 BGB zu stützendes Zurückbehaltungsrecht (s.o. b) dahin aufgewertet werden, dass es die Durchsetzung eines Grundbuchberichtigungsanspruchs der Konkursmasse einzuschränken vermöchte.

## Beurkundungs- und Notarrecht

12. BNotO § 19, EStG § 23 (Pflicht zur Belehrung über Spekulationssteuer)

**Ein Notar, der den Verkauf eines Grundstücks beurkundet, muss nur dann über eine mögliche Besteuerung von Spekulationsgewinnen belehren, wenn ihm positiv alle Voraussetzungen für das Vorliegen eines steuerpflichtigen Gewinns und der Nicht-Ablauf der Spekulationsfrist bekannt sind. Er ist nicht verpflichtet, zu ermitteln, ob Umstände vorliegen, aus denen sich die Gefahr der Versteuerung eines Spekulationsgewinns ergibt.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Koblenz, Urteil vom 13.2.2002 – 1 U 296/01 –

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt von dem beklagten Notar aus eigenem und aus abgetretenem Recht (Ehemann) Schadensersatz wegen behaupteter unterlassener, fehlerhafter Belehrung im Rahmen der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages mit den Eheleuten D vor Ablauf der zweijährigen „Spekulationsfrist“. Sie machen die erhobenen – noch nicht bestandskräftig festgesetzten – Steuern als Schaden geltend.

Die Klägerin und ihr Ehemann erwarben das Grundstück am 2.9.1996 für 259.000 DM von der Großmutter der Klägerin. Am 1.9.1998 verkauften sie dieses Hausgrundstück an die Zeugen D für 390.000 DM.

Die Klägerin hat vorgetragen:

Ihr Ehemann habe im Rahmen einer Vorbesprechung den Kaufvertrag von 1996 – mit dem daraus ersichtlichen Kaufpreis – im Notariat des Beklagten vorgelegt.

Auf die steuerlichen Risiken einer Beurkundung vor Ablauf der zweijährigen Spekulationsfrist seien sie nicht hingewiesen worden. Die Beurkundung habe ohne weiteres um zwei Tage verschoben werden können.

Der geltend gemachte Schaden errechne sich aus der Differenz der Steuerforderung mit und ohne Berücksichtigung des Spekulationsgewinns in Höhe von 123.790 DM.

Das Landgericht hat nach eingehender Beweisaufnahme die Klage abgewiesen und dies im Wesentlichen damit begründet, dass nur die Kenntnis von einem tatsächlich angefallenen Spekulationsgewinn eine Belehrungspflicht des beurkundenden Notars 1998 hätte erzeugen können. Dass der ursprüngliche Kaufpreis dem Notar bei Beurkundung am 1.9.1998 bekannt gewesen sei, habe die Klägerin nicht nachgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie unter Intensivierung ihres bisherigen Vortrages vor allem zu einer ihrer Ansicht nach gesteigerten Beratungs- und Belehrungspflicht bei einer Beurkundung zwei Tage vor Ablauf der Spekulationsfrist vorträgt.

### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Ihr steht ein Schadensersatzanspruch gegen den beklagten Notar gemäß § 19 Abs. 1 BNotO nicht zu. Das Landgericht hat dementsprechend die Klage zu Recht abgewiesen.

1. Eine Pflichtverletzung des beklagten Notars hat die Klägerin nicht nachgewiesen. Insoweit verweist der *Senat* auf die zutreffenden und überzeugenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (...).

Ergänzend ist lediglich noch darauf hinzuweisen, dass auch der *Senat* in ständiger Rechtsprechung (vgl. nur Urteil v. 28.4.1993, DNotZ 1993 S. 761) davon ausgeht, dass eine Belehrungspflicht des beurkundenden Notars hinsichtlich eines anfallenden „Spekulationsgewinns“ u. Ä. nur dann gegeben ist, wenn dem Notar positiv alle Voraussetzungen für das Vorliegen eines steuerpflichtigen „Gewinns“ und der Nicht-Ablauf der „Spekulationsfrist“ bekannt sind (vgl. BGH, NJW 1989 S. 586). Der Notar ist nicht verpflichtet, zu ermitteln, ob Umstände vorliegen, aus denen sich die Gefahr der Versteuerung eines „Spekulationsgewinns“ ergibt (so der Leitsatz der o.g. Entscheidung des *Senats* DNotZ 1993 S. 761; im gleichen Sinn *Arndt/Lersch/Sandkühler*, BNotO, 4. Aufl., § 14 Rdnr. 188 – m.w.N.). Dies gilt auch unabhängig davon, wann genau die Beurkundung innerhalb der Zweijahresfrist (Spekulationsfrist) vorgenommen wird.

Nach der Beweisaufnahme steht auch unter Berücksichtigung des vorgetragenen Telefonats zwischen dem Notar und der Klägerin nicht fest, dass der Kaufvertrag von 1996 dem Beklagten oder einer Notariatsangestellten übergeben wurde, er positive Kenntnis von dem tatsächlichen Kaufpreis (1996)

hatte. Eine Belehrungspflicht lag mithin bei der Beurkundung vom 1.9.1998 nicht vor.

2. Weiterhin ist zu berücksichtigen und trägt die Klageabweisung in gleicher Weise, dass einerseits noch völlig unklar ist, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Klägerin und ihr Ehemann letztlich Steuern auf den „Spekulationsgewinn“ zahlen müssen. Der Steuerbescheid, den sie ihrer Schadensberechnung zugrunde legt, ist – unstreitig – noch nicht bestandskräftig.

Auch ist möglicherweise zu berücksichtigen, dass der Erwerb im September 1996 deutlich unter dem Verkehrswert erfolgt sein könnte, gegebenenfalls eine gemischte Schenkung unter nahen Verwandten (Großmutter, Enkeltochter) vorgelegen haben und mithin überhaupt kein „Spekulationsgewinn“ angefallen sein könnte.

Bei einer derart *noch nicht abschließend* festgestellten „Steuer-schuld“ kann der hier von der Klägerin geltend gemachte Er-satz derselben als Schaden keinen Erfolg haben.

(...)

## Kostenrecht

13. KostO § 144 Abs. 1 und Abs. 3 (*Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1, 3 KostO*)

**1. Verpachtet eine Marktgemeinde ein nicht mehr für öffentliche Zwecke benötigtes Gebäude an einen privaten Dritten und räumt diesem hierfür gleichzeitig ein Ankaufsrecht ein, so liegt darin kein „wirtschaftliches Unternehmen“ im Sinne von § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO (Ergänzung zu BayObLG MittBayNot 1997, 314).**

**2. Zur Erstreckung der Gebührenermäßigung für eine Marktgemeinde auf den privaten Dritten, wenn dieser vertraglich die Kosten der notariellen Beurkundung des Pachtvertrages und des Ankaufsrechts übernommen hat (Bestätigung von BayObLGZ 1961, 141).**

BayObLG, Beschluss vom 26.9.2002 – 3Z BR 155/02 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligten schlossen am 17.2.1999 einen vom beteiligten Notar beurkundeten Vertrag, wonach die Beteiligte zu 1, eine bayerische Gemeinde, ein ihr gehörendes Gebäude auf 10 Jahre zur Benutzung als Fitness- und Tanzstudio an die Beteiligten zu 2 und 3 verpachtete. In dem Vertrag wurde den Beteiligten zu 2 und 3 ein Ankaufsrecht für die Dauer des Pachtverhältnisses eingeräumt. Eine Absicherung im Grundbuch wurde hierfür nicht vorgesehen. Die Urkunde enthält abschließend eine Klausel, wonach die Beteiligten zu 2 und 3 die Kosten der Niederschrift und ihres Vollzugs tragen.

Der beteiligte Notar erstellte für die Beurkundung eine Rechnung über 3.386,27 DM, die er den Beteiligten zu 2 und 3 übersandte. Nach einer im April 2000 durchgeführten Prüfung beanstandete die Prüfungsabteilung der Notarkasse, dass die Gebührenermäßigung für Gemeinden nicht beachtet worden sei. Der auf die Beteiligte zu 1 entfallende Hälfteanteil der Gebühr müsse um 50 % ermäßigt werden. Da der beteiligte Notar dem entgegentrat, wies ihn der Präsident des Landgerichts auf Ersuchen der Notarkasse an, eine Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Auf die demgemäß eingelegte Beschwerde des beteiligten Notars hat das Landgericht am 4.7.2002 dessen Kostenrechnung bestätigt.

Hiergegen richtet sich die ebenfalls auf Weisung des Präsidenten des Landgerichts erhobene weitere Beschwerde des beteiligten Notars.

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 6 Satz 1 KostO), insbesondere durch das Landgericht zugelassen. Sie ist zum Teil begründet. Die Kostenrechnung des beteiligten Notars besteht, entgegen der Auffassung des Landgerichts, nicht in vollem Umfang zu Recht. Das Landgericht hat ausgeführt, die Notargebühren seien nicht gemäß § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO zu ermäßigen, da die Angelegenheit ein wirtschaftliches Unternehmen des Beteiligten zu 1 betreffe. Das ist nicht frei von Rechtsfehlern (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO). Der *Senat* kann abschließend in der Sache entscheiden, da der Sachverhalt hinreichend geklärt ist und weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind.

1. Abgesehen davon, dass die Beteiligte zu 1 als Gemeinde unter § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, nicht Nr. 1 KostO fällt, ist auch die Zuordnung des verfahrensgegenständlichen Geschäfts zum Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens, wie sie das Landgericht vorgenommen hat, nicht zutreffend.

a) Zur Auslegung des Begriffs des „wirtschaftlichen Unternehmens“ im Sinne von § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO wird häufig auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 95, 155/157) zurückgegriffen (vgl. BayObLG MittBayNot 1997, 314; *Korintenberg/Schwarz* KostO 15. Aufl. § 144 Rdnr. 13). Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage, ob die Deutsche Bundesbahn ein Gewerbe im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB betreibe. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, auch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft könne mit Erwerbsabsicht handeln, sofern sie ein wirtschaftliches Unternehmen betreibe. Darunter fielen solche Einrichtungen und Anlagen, die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Erzielung dauerhafter Einnahmen betrieben werden könnten und gelegentlich auch betrieben würden. Diese Formel allein wird zwar dem Zweck der Einschränkung in § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO nicht in jeder Beziehung gerecht (vgl. BayObLGZ 1992, 324/326 f.). Sie zeigt aber auf, dass von einem Unternehmen nur gesprochen werden kann, wenn die ausgeübte Tätigkeit derjenigen eines privaten Wirtschaftsunternehmens vergleichbar ist. Es muss sich um eine auf Dauer angelegte, fortgesetzte und planmäßige Teilnahme am Wirtschaftsleben handeln (vgl. auch *Widmann/Grasser* GO 9. ErgLfg Art. 87 Rdnr. 4).

Das aus einer besonderen Situation heraus einmalig betriebene Geschäft, auch wenn es auf eine gewisse Dauer Einnahmen erbringen mag, stellt noch keine fortgesetzte und planmäßige Teilnahme am Wirtschaftsleben und damit kein wirtschaftliches Unternehmen dar. Es fällt regelmäßig in den Bereich der Verwaltung des Vermögens der Körperschaft, wozu auch die Veräußerung oder Verpachtung nicht mehr benötigter Gegenstände zählen können (*Widmann/Grasser* a.a.O., vgl. zur ähnlichen Problematik der Abgrenzung privater Vermögensverwaltung von unternehmerischer Tätigkeit im Steuerrecht *Schmidt/Weber-Grellet* EStG 21. Aufl. § 15 Rdnr. 50 ff.). Aus diesem Grund hat der *Senat* z.B. die einmalige Errichtung eines Gebäudes und den Verkauf der durch Teilung gebildeten Wohnungen nicht als wirtschaftliches Unternehmen einer Gemeinde angesehen (vgl. BayObLG MittBayNot 1997, 314).

b) Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung lediglich darauf abgestellt, dass der Beteiligte zu 1 im Rahmen des beurkundeten Vertrags ein Geschäft vorgenommen hat, wie es auch ein privater Unternehmer tätigen kann. Es hat aber nicht beachtet, dass es sich, wie gerade der Notar betont hat, um ein einmaliges Geschäft handeln sollte. Durch die Verpachtung der ehemaligen Turnhalle sollten lediglich die Kosten für deren Umbau kompensiert werden (Abschnitt II.

§ 3 des Vertrages), um das Gebäude schließlich an die Pächter verkaufen zu können. Die Verpachtung ist vor diesem Hintergrund keine unternehmerische Maßnahme, sondern ein insoweit neutrales Geschäft, das gerade durch das jederzeit ausüb- bare Ankaufsrecht der Pächterinnen Sinn erhält. Der Verkauf des Gebäudes kann nicht anders beurteilt werden als die seinerzeit vom *Senat* als nicht unternehmerisch qualifizierte gemeindliche Betätigung (oben a). Es handelt sich um eine Maßnahme der Vermögensverwaltung, die innerhalb des Auf- gabenbereichs einer Gemeinde liegt und im Hinblick auf eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung (Art. 61 GemO) sogar rechtlich geboten sein kann (vgl. *Widmann/ Grasser* Art. 87 Rdnr. 4 Buchst. b; *Hözl/Hien* GO 27. ErgLfg Art. 87 Anm. 2.2). Daher kann die Gebührenermäßigung nicht mit der Begründung versagt werden, die Angelegenheit be- treffe ein wirtschaftliches Unternehmen des Beteiligten zu 1.

2. Die Gebühren, die für das Geschäft gemäß 36 Abs. 2, § 38 Abs. 2 Nr. 1, § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO vorgesehen sind, ermäßigen sich bei Anwendung des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO in der hier maßgebenden Fassung (vgl. § 161 Satz 1 KostO) bei einem Geschäftswert von 675.163,20 DM um 50 vom Hundert. Diese Ermäßigung erstreckt sich auf die Be- teiligten zu 2 und 3 insoweit, als sie von der Beteiligten zu 1 aufgrund gesetzlicher Vorschrift Erstattung verlangen können (§ 144 Abs. 3 KostO).

a) Die Bewertung der einzelnen Rechtsgeschäfte war vor- liegend nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und ist daher vom *Senat* so zugrunde zu legen, wie sie vom beteilig- ten Notar und der Notarkasse übereinstimmend vorgenom- men wurde. In der Beschwerdeschrift vom 8.1.2002 bean- tragte der beteiligte Notar die Entscheidung des Landgerichts lediglich über die Beanstandungen der Notarkasse. Das Be- schwerdegericht war an diesen Antrag gebunden (vgl. *Korin- tenberg/Bengel/Tiedtke* KostO 15. Aufl. 156 Rdnr. 58). Dem *Senat* ist auf weitere Beschwerde hin nicht mehr angefallen, als Gegenstand des Erstbeschwerdeverfahrens war.

b) Sind an einer Beurkundung mehrere Personen beteiligt und betreffen ihre Erklärungen denselben Gegenstand, so haf- tet jeder als Gesamtschuldner für die gesamten Kosten (§ 5 Abs. 1 KostO; *Korintenberg/Schwarz* § 144 Rdnr. 35). Ist nur einer der Beteiligten durch eine Gebührenermäßigung begün- stigt, wirkt sich diese auf andere nichtbegünstigte Beteiligte grundsätzlich nicht aus (vgl. *Korintenberg/Schwarz* a.a.O. Rdnr. 36). Anderes gilt, wenn und soweit der vom Notar in Anspruch genommene Nichtbegünstigte vom Begünstigten aufgrund gesetzlicher Vorschrift Erstattung verlangen kann (§ 144 Abs. 3 letzter Halbsatz KostO). Diese Ausnahme soll verhindern, dass der Begünstigte auf dem Umweg der Er- stattung der vom Nichtbegünstigten verauslagten vollen Ge- bühren seiner Privilegierung beraubt wird (vgl. *Rohs/Wedewer* KostO 80. ErgLfg zur 2. Aufl. § 144 Rdnr. 12).

c) Die Beteiligten zu 2 und 3 haften danach in Ansehung des beurkundeten Pachtvertrags mit dem gemäß § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KostO begünstigten Beteiligten zu 1 als Gesamt- schuldner. Nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Gesamt- schuldner im Innenverhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Eine anderweitige gesetzliche Regelung besteht für den Abschluss eines Pachtvertrages nicht. Eine vertragliche Bestimmung, die wie hier den Ausgleich abweichend von der gesetzlichen Quote regelt, ist im Rahmen des § 144 Abs. 3 KostO unbe- achtlich. Dies gilt nicht nur in den Fällen der vertraglichen Übernahme von Kosten durch den Begünstigten (vgl. *Bay- ObLGZ* 1978, 94 = *MittBayNot* 1978, 119; *BayObLG Mitt- BayNot*, 1984, 147 und 149), in denen eine Kostenschmäle-

rung durch willkürliche Kostenverschiebung auf den Begün- stigten verhindert werden muss (vgl. auch OLG Köln Rpfleger 1977, 378). Vielmehr ist bei Anwendung des § 144 Abs. 3 KostO die gesetzliche Regelquote, d.h. diejenige Quote, die sich nach den gesetzlichen Vorschriften ohne eine Vereinba- rung ergäbe, auch dann maßgeblich, wenn ein im Sinne von § 144 Abs. 3 KostO Nichtbegünstigter die Kosten vertraglich über seine gesetzliche Quote hinaus oder – wie hier – insge- samt übernommen hat (*BayObLGZ* 1961, 141 = *MittBayNot* 1961, 187/189; *Korintenberg/Schwarz* § 144 Rdnr. 44 und 51; *Rohs/Wedewer* § 144 Rdnr. 13). Der in der Rechtsprechung teilweise vertretenen abweichenden Auffassung (*KG DNotZ* 1980, 429/430; *SchlHolstOLG JurBüro* 1996, 650/651) ver- mag der *Senat* aus den in seiner erwähnten Entscheidung dar- gelegten Gründen nicht zu folgen. Insbesondere verträgt es sich mit dem System der Kostenordnung nicht, dass der An- fall und die Höhe einer Gebühr durch eine Abrede der Par- teien über ihre interne Kostenregelung bestimmt oder auch nur beeinflusst wird (*BayObLGZ* a.a.O. S. 145). Die Ver- tragsfreiheit (§ 311 Abs. 1 BGB n.F.) gibt den Vertragspar- teien die Möglichkeit, ihre Abrede vom Eintritt von Bedin- gungen abhängig zu machen, nachträglich abzuändern oder aufzuheben. Daher fehlt einer solchen Abrede die Beständig- keit, die für die Gebührenerhebung Voraussetzung ist.

d) Auch für die durch die Beurkundung der Einräumung ei- nes Ankaufsrechts entstandenen Kosten haften die Beteiligten zu 2 und 3 mit der Beteiligten zu 1 als Gesamtschuldner (§ 2 Nr. 1, § 5 Abs. 1 Satz 1 KostO). Anders als in Ansehung des Pachtvertrags können die Beteiligten zu 2 und 3 hier jedoch nicht aufgrund gesetzlicher Vorschrift Erstattung von der Beteiligten zu 1 verlangen.

Bei der beurkundeten Einräumung des Ankaufsrechts handelt es sich um einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag. An- kaufsrechte können in unterschiedlicher rechtlicher Ausge- staltung begründet werden (vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB 61. Aufl. § 313 Rdnr. 11). Welche Form im Einzelfall vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. *BGH NJW-RR* 1996, 1167). Sind Kaufgegenstand und Kaufpreis bereits festgelegt und hängt die Ausübung des Ankaufsrechts – wie hier – nur noch von einer privatschriftlichen Erklärung des Ankaufsbe- rechtigten ab, ist mangels weiterer gegebenenfalls entgegen- stehender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass ein Kauf- vertrag bereits zustande gekommen ist, wenn auch aufschie- bend bedingt durch die Vornahme der Erklärung des Ankaufs- berechtigten (vgl. *BGH* a.a.O. und *NJW* 1991, 2698). Hierfür spricht im vorliegenden Fall auch, dass die Hauptverpflich- tungen eines Kaufvertrags, die Zahlung des Kaufpreises ei- nerseits, die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Grundstück und zur Besitzübergabe andererseits, bereits durch die Ausübung des Ankaufsrechts in vollem Umfang fäl- lig werden (vgl. Abschnitt III.2 der Urkunde). Lediglich die Eigentumsumschreibung soll bis zur Zahlung des Kaufpreises zurückgestellt werden.

Im Rahmen eines Kaufvertrags wird § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB durch § 448 Abs. 2 BGB (hier die gleich lautende Bestim- mung des § 449 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.; vgl. dazu *BayObLGZ* 1978, 94/95) verdrängt. Danach haben die Käufer eines Grund- stücks die (gesamten) Kosten der Beurkundung des Kaufver- trags zu tragen. Diese Vorschrift ist schon nach ihrem Wort- laut jedenfalls auch auf einen Kaufvertrag anzuwenden, der wie hier unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlos- sen wurde. Ob sie auf die anderen Formen eines Ankaufs- rechts anzuwenden ist, kann deshalb dahingestellt bleiben.

3. In welchem Umfang sich die von den Beteiligten zu 2 und 3 geschuldeten Gebühren ermäßigen, bestimmt sich nach

dem Umfang ihres Erstattungsanspruchs gegenüber der Beteiligten zu 1 (§ 144 Abs. 3 KostO). Da sie aufgrund gesetzlicher Vorschrift Erstattung nur der auf die Beurkundung des Pachtvertrags entfallenden Gebühren verlangen können, aber für die Beurkundung von Pachtvertrag und Ankaufsrecht eine einheitliche Gebühr anfällt, ist die Ermäßigung nach dem Anteil der jeweiligen Geschäfte an dieser Gebühr zu bestimmen.

a) Der Notar hat für die Bestimmung der Gebühren § 44 Abs. 2 Buchst. a KostO angewandt. Das ist auch weiterhin zutreffend, selbst wenn man die Ermäßigung des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO entgegen der Begrifflichkeit der Kostenordnung als „Gebührensatz“ im Sinne von § 44 KostO auffassen wollte. Denn im Außenverhältnis unterliegen die Beurkundung des Pachtvertrages wie die Beurkundung des Ankaufsrechts gegenüber dem jeweiligen Beteiligten jeweils dem gleichen Gebühren- bzw. Ermäßigungssatz. Die durch die Ermäßigung hervorgerufenen Unterschiede wirken sich zunächst nur im Innenverhältnis der Beteiligten aus. Lediglich der dort sich ergebende Erstattungsanspruch berührt über § 144 Abs. 3 KostO das Außenverhältnis zum Notar.

b) Im Innenverhältnis ist die gegenüber dem Notar einheitliche Gebühr aufzuteilen, da die Beteiligten zu 2 und 3 aufgrund gesetzlicher Vorschrift zwar Erstattung hinsichtlich des auf die Beurkundung des Pachtvertrags entfallenden Anteils, nicht aber hinsichtlich des auf die Beurkundung des Ankaufsrechts entfallenden Anteils verlangen können. Sachgerecht erscheint es, die Anteile des gebührenbegünstigten Geschäfts und des nichtbegünstigten Geschäfts an der Gebühr nach deren Anteil am Geschäftswert zu bestimmen und davon ausgehend den Erstattungsanspruch und somit auch die sich auf die Beteiligten zu 2 und 3 erstreckende Ermäßigung zu errechnen. Der Wert des Pachtvertrags wurde mit 570.163,20 DM, der des Ankaufsrechts mit 105.000 DM angenommen. Das entspricht Anteilen von 84 bzw. 16 vom Hundert am zusammengerechneten (§ 44 Abs. 2 Buchst. a KostO) Wert.

c) Auch für den auf den Pachtvertrag entfallenden Gebührenanteil können die Beteiligten zu 2 und 3 Erstattung der Hälfte nur hinsichtlich des Betrages verlangen, für den auch die Beteiligte zu 1 als Gesamtschuldner haftet, d.h. des um 50 % ermäßigten Betrages.

d) Damit ergibt sich folgende Berechnung:

84 % der <sup>20</sup>/<sub>10</sub>-Beurkundungsgebühr betragen 1.898,40 DM. Gemäß § 426 Abs. 1 BGB können die Beteiligten zu 2 und 3 von der Beteiligten zu 1 Erstattung von 25 % dieses Betrags verlangen, sodass die Gebührenermäßigung sich in dieser Höhe auf sie erstreckt (§ 144 Abs. 3 KostO). Demnach haben sie nur 75 % des Betrags (1.423,80 DM) an den beteiligten Notar zu zahlen. Nicht ermäßigt werden 16 % der <sup>20</sup>/<sub>10</sub>-Beurkundungsgebühr, das sind 361,60 DM.

84 % der <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr für den Genehmigungsentwurf betragen 474,60 DM, insoweit führt die Ermäßigung wiederum zu einer Zahlungspflicht von 75 % dieses Betrags (355,95 DM), während 16 % dieser Gebühr (90,40 DM) nicht der Ermäßigung unterliegen.

Die von den Beteiligten zu 2 und 3 geschuldeten Kosten berechnen sich daher wie folgt:

<sup>20</sup> / <sub>10</sub> -Beurkundungsgebühr	1.785,40 DM
<sup>5</sup> / <sub>10</sub> -Gebühr für Genehmigungsentwurf	446,35 DM
Schreibgebühren	64,20 DM
Auslagen	30,00 DM
16 % Umsatzsteuer	372,15 DM
	<u>2.698,10 DM</u>

4. Einer Vorlage an den Bundesgerichtshof (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i.V.m. § 28 Abs. 2 FGG) im Hinblick auf die erwähnten Entscheidungen des Kammergerichts (DNotZ 1980, 429/430) und des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts (JurBüro 1996, 650/651) bedarf es nicht. Sie wäre nur geboten, wenn diese Entscheidungen auf der anderen Beurteilung der hier entschiedenen Rechtsfrage beruhten (vgl. BayObLGZ 1988, 24/32 m.w.N.). Dies ist nicht der Fall. Das Kammergericht führt in seiner Entscheidung aus, die Kostenberechnung des Notars wäre auch dann nicht zu beanstanden gewesen, wenn die Kostenschuldner untereinander einen Ausgleichsanspruch zur Hälfte gehabt hätten (a.a.O. S. 431). Die Entscheidung wäre daher nicht anders ausgefallen, auch wenn das Gericht die Auffassung des *Senats* zugrunde gelegt hätte. Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht zieht den Rechtsgedanken des § 144 Abs. 3 KostO lediglich entsprechend heran, um darzulegen, dass der Erlass der Kostenschuld gegenüber einem der möglichen Gesamtschuldner zu einer Kürzung des Anspruchs gegenüber dem anderen Kostenschuldner, demgegenüber der Erlass nicht wirkt, führen kann (SchlHOLG a.a.O.). Der Verfahrensgegenstand dieser Entscheidung ist daher im Tatsächlichen wesentlich anders gelagert als der hier vorliegende, sodass es an der Identität der Rechtsfragen fehlt (vgl. BayObLGZ a.a.O.).

14. KostO §§ 3 Nr. 3, 16 (*Erbscheinsantrag mit fehlerhafter Erbquote*)

**1. Beurkundet der Notar aufgrund eines ihm vorgelegten Entwurfs einen Erbscheinsantrag, liegt bei fehlerhafter Erbquote keine unrichtige Sachbehandlung des Notars i.S.d. § 16 KostO vor, wenn die Erbenermittlung und die Quotenberechnung im Auftrag einer Miterbin von einer Fachfirma durchgeführt wurde.**

**2. Ein Testamentsvollstrecker haftet gem. § 3 Nr. 3 KostO aufgrund bürgerlich-rechtlicher Verpflichtung kraft Gesetzes neben dem veranlassenden Erben gem. § 5 KostO als Gesamtschuldner für die Kosten eines Erbscheinsantrags.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

LG München I, Beschluss vom 24.9.2001 – 13 T 11 382/01 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Michael Bohrer*; München

*Zum Sachverhalt:*

Der Beteiligte zu 1) wurde am 29.3.2000 zum Testamentsvollstrecker für den Nachlass des am 19.10.1999 verstorbenen O ernannt. In dieser Eigenschaft hat er am 28.11.2000 zur Urkunde des Notars N einen Erbscheinsantrag gestellt und dem Nachlassgericht vorlegen lassen. Der Antrag bedurfte noch der Ergänzung, weil nicht alle Miterben aufgefunden worden waren, darunter die Miterbin S. Eine Ergänzung und Berichtigung erfolgte mit Schreiben des Notars N vom 29.3.2001 an das Nachlassgericht.

Des ungeachtet suchten die genannte Miterbin sowie zwei weitere Miterben den Beteiligten zu 2) auf und veranlassten am 23.4.2001 unter Vorlage des Entwurfs einer Verhandlungsniederschrift durch die Fa. C-Genealogie die Beurkundung eines weiteren Erbscheinsantrags. Zugegen waren hierbei auch Herr C und ein weiterer Mitarbeiter der Firma, die mit der Ermittlung der Erben beauftragt worden war.

Über seine Tätigkeit erteilte der Beteiligte zu 2) am 23.4.2001 dem Beteiligten zu 1) eine Kostenberechnung über DM 16.699,36.

Der Testamentsvollstrecker legte dagegen Beschwerde ein, da er nicht Kostenschuldner sei. Dem Notar sei bekannt gewesen, dass be-

reits ein Erbscheinsantrag vorlag, er hätte ohne weitere Ermittlungen hierzu beim Nachlassgericht nicht durch seine Tätigkeit unnötige Kosten verursachen dürfen; es läge eine unrichtige Sachbehandlung vor. Der Notar müsse sich an die Auftraggeberin halten. Im Übrigen seien die Erbanteile teilweise von ihm unrichtig ermittelt worden, was sich aus der Urkunde selbst ergäbe.

Der Beteiligte zu 2) entgegnete, dass er während der Verhandlung über die Existenz eines Erbscheinsantrags durch den Testamentsvollstrecker unterrichtet worden sei, allerdings mit dem Hinweis, dieser sei so lückenhaft, dass Nachbesserung nicht möglich sei. Der nunmehrige Erbscheinsantrag sei mit dem Nachlassgericht abgesprochen worden; dieses warte auf unverzügliche Vorlage. Für ihn habe daher kein Grund zu weiteren eigenen Nachforschungen bestanden auch im Hinblick auf die Fachkenntnisse der Fa. C-Genealogie. Im Übrigen habe er vom Nachlassgericht keine Beanstandungen betreffend seinen Antrag erhalten. Versagungsgründe für die Beurkundung i.S. von § 14 Abs. 2 BNotO, 4 BeurkG hätten nicht vorgelegen.

*Aus den Gründen:*

1. Das Rechtsmittel ist zulässig. (...)
2. Das Rechtsmittel ist jedoch nicht begründet.

Fließen dem Notar die Kosten selbst zu, so hat er seine Gebühren und Auslagen gemäß § 154 KostO durch eine den dort genannten Anforderungen entsprechende Kostenberechnung einzufordern.

Kostenschuldner ist zum einen derjenige, der die Amtstätigkeit des Notars veranlasst (§ 2 KostO), weitere Kostenschuldner sind die in § 3 Ziffer 1–4 KostO Genannten. Vorliegend ist Ziffer 3 einschlägig, wonach neben dem originären Kostenschuldner der Haftungsschuldner aufgrund bürgerlich-rechtlicher Verpflichtung Kraft Gesetzes tritt, somit auch der Testamentsvollstrecker neben dem veranlassenden Erben (§§ 1967, 2213 BGB, § 74 8 ZPO; *Korinthenberg/Lappe* KostO, 14. Auflage, § 3 Rdnr. 38). Beide haften gemäß § 5 KostO als Gesamtschuldner, wobei es dem Notar freisteht, an wen er seine Kostenberechnung richtet.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers liegt auch keine unrichtige Sachbehandlung vor. Sie ist gemäß § 16 KostO dann gegeben, wenn dem Notar ein offen zutage tretender Verstoß gegen eindeutige Normen oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist (BayObLG, FamRZ 99, 101; OLG Celle RPfleger 70, 365, Kammergericht RPfl 76, 29; BayObLGZ 1981, 165/170, *Korinthenberg-Bengel*, KostO, 14. Auflage, § 16 Rdnr. 2). Die Unrichtigkeit der Sachbehandlung infolge einer irrigen Entscheidung muss demnach ganz einwandfrei zutage liegen (*Hartmann*, Kostengesetze, 29. Auflage, § 16 KostO Rdnr. 4).

Der Vortrag, die Erbteilsquote sei teilweise falsch berechnet, erfüllt – selbst wenn dies zuträfe – diese Voraussetzungen nicht. Die Miterbin S hat einen Entwurf des zu beurkundenden Erbscheinsantrags vorgelegt und sich hierzu einer in Genealogie bewanderten Fachfirma bedient, die die Erbenermittlung vorgenommen und die Quoten errechnet hatte. Bei dieser Sachlage und im Hinblick darauf, dass die Angelegenheit wie vorgetragen mit dem Nachlassgericht zuvor besprochen worden war, gab es für den Notar keine Veranlassung, von sich aus eine eigene Überprüfung des Entwurfs hinsichtlich der Quotenberechnung vorzunehmen; ein dabei unterlaufener Fehler würde zudem keine offensichtlich unrichtige Sachbehandlung darstellen, die den Kostenanspruch entfallen ließe. Es ist auch nicht erkennbar, dass der beurkundete Erbscheinsantrag unbrauchbar für die Entscheidung des Nachlassgerichts gewesen wäre. Hierzu trägt der Beschwerdeführer nichts weiter vor.

Der Notar war nicht verpflichtet, weitere Erkundigungen hinsichtlich des bereits zuvor durch den Testamentsvollstrecker

gestellten Erbscheinsantrags vor Abschluss seiner Beurkundung vorzunehmen; eine Amtsermittlungspflicht gemäß § 17 BeurkG bestand nicht. Die Miterbin S hat im Wissen um diesen früheren Erbscheinsantrag die Tätigkeit des Beteiligten zu 2) veranlasst, sie musste damit rechnen, dass dies weitere Gebühren auslösen würde. Einer Aufklärung diesbezüglich durch den Notar bedurfte es nicht.

Der Sachverhalt selbst war von ihr und den Vertretern der Fa. C-Genealogie nach der insoweit unwidersprochenen Darstellung des Notars dergestalt erläutert worden, dass er die tatsächlichen Angaben als richtig ohne eigene Sachprüfung zugrunde legen durfte (*Reitmann*; Handbuch; 7. Auflage Rdnr. 207/208; *Schippel* BNotO 7. Auflage § 15 Rdnr. 23; *Keidel/Winkler* BeurkG § 17 Rdnr. 72/73). Die Voraussetzungen für eine Verweigerung der Amtstätigkeit nach § 15 BNotO lagen nicht vor aus den gleichen Gründen.

Inwieweit der Erbscheinsantrag der Miterbin S sie im Innenverhältnis, d.h. gegenüber den anderen Miterben – zu einem Ausgleich verpflichtet, weil er ordnungsgemäßer Verwaltung nicht entsprach (§ 1978 Abs. 3 BGB), ist vom Notar nicht zu prüfen, sondern der späteren Erbauseinandersetzung zu überlassen.

(...)

## Steuerrecht

15. GrEStG 1983 § 3 Nr. 2 Satz 1 und 3; ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 4 (*Grunderwerbsteuer bei Grundstückserwerb an Erfüllungs statt für Pflichtteilsanspruch*)

**Ein Grundstückserwerb zur Erfüllung eines auf Geld gerichteten Pflichtteils- oder Pflichtteilergänzungsanspruchs „an Erfüllungs statt“ ist nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG 1983 von der Grunderwerbsteuer befreit (Aufgabe des BFH-Urteils vom 30.9.1981 II R 64/80, BFHE 134, 370, BStBl II 1982, 76).**

BFH, Urteil vom 10.7.2002 – II R 11/01 –

*Zum Sachverhalt:*

Durch gemeinsames Testament 1987, geändert durch Testament 1991, setzten sich die Eltern der Klägerin und Revisionsbeklagten (Klägerin) gegenseitig zu alleinigen Erben ein. Nach dem Tode des überlebenden Ehegatten sollte der beiderseitige Nachlass an ihre drei ehelichen Kinder – die Klägerin und zwei Schwestern – fallen. Die Schwestern der Klägerin sollten je einen Anteil von 41,665 %, die Klägerin einen Anteil von 16,67 % des Nachlasses erhalten. Das Testament enthielt die Bestimmung, dass, wer dieses Testament anfecht oder den Pflichtteil geltend macht oder sonstwie nicht anerkennt bzw. es nicht befolgt, sowohl nach dem Tode des Erstversterbenden wie auch nach dem Tode des Längstlebenden der Ehegatten nur den Pflichtteil erhält.

Vor ihrem Tode machten die Ehegatten den Schwestern der Klägerin umfangreiche Vorschenkungen, die wesentlich aus Grundbesitz bestanden. 1992 verstarb der Vater und 1993 die Mutter der Klägerin. Im Nachlass befand sich kein Grundbesitz mehr.

Nach dem Tod der Mutter machte die Klägerin in Verhandlungen mit ihren miterbenden Schwestern den Pflichtteilergänzungsanspruch geltend. Durch notariell beurkundete Erklärungen vom 7.5.1993 schlossen die Klägerin und ihre zwei Schwestern eine als „Teilerbauseinandersetzung“ bezeichnete Vereinbarung. Die Vereinbarung ging davon aus, dass die drei Töchter die Erbschaft nach ihrer Mutter angenommen hätten. Die als Miterbin bezeichnete Klägerin schied durch Übertragung ihres Erbteils zu gleichen Teilen auf ihre beiden Miterbinnen (Schwestern) aus der Erbengemeinschaft aus. Im Ge-

genzug verpflichteten sich ihre Schwestern, drei bisher in deren Miteigentum stehende Grundstücke, die ihnen im Rahmen der Vorschenkungen von ihrer Mutter übereignet worden waren, auf die Klägerin zu übertragen. Mit der Erfüllung dieses Vertrags sollten alle Ansprüche der Klägerin aus ihrer Erbteilsquote nach ihrer Mutter und ihre sämtlichen Pflichtteilergänzungsansprüche am Nachlass der Mutter und aufgrund deren Vorschenkungen gegenüber den beiden Schwestern abgefunden sein. Zwischen den Beteiligten sollten keine gegenseitigen erbrechtlichen Ansprüche mehr bezüglich des Nachlasses nach der Mutter und der genannten Pflichtteilergänzungsansprüche bestehen.

Durch unter Vorbehalt der Nachprüfung gestellten Bescheid vom 9.11.1993 setzte der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) gegen die Klägerin Grunderwerbsteuer fest.

Als Bemessungsgrundlage zog das FA den nach ihrem Anteil am Nachlass berechneten Wert des Erbteils der Klägerin heran. Dagegen richtete sich nach erfolglosem Einspruchsverfahren die Klage. Mit dieser wurde geltend gemacht, der Erwerb im Wege der Teilerbauseinandersetzung sei nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG 1983 von der Grunderwerbsteuer befreit.

Das Finanzgericht (FG) hat der Klage stattgegeben. Der nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 der Grunderwerbsteuer unterliegende Erwerbsvorgang der Klägerin sei nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG 1983 von der Grunderwerbsteuer ausgenommen. Die Klägerin sei letztlich nicht Erbin, sondern nur Pflichtteilsberechtigte geworden, weil sie durch die Geltendmachung des Pflichtteilergänzungsanspruchs gegen die testamentarische Verfügung ihrer Eltern verstoßen habe und damit nach deren Willen lediglich pflichtteilsberechtigt war. Die Übertragung der Grundstücke anstelle des eigentlich auf Geld gerichteten Pflichtteils- bzw. Pflichtteilergänzungsanspruchs sei aber ein Grundstückserwerb von Todes wegen i.S. des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG 1983. Dies ergebe sich aus dem Urteil des BFH vom 17.2.1982 II R 160/80 (BFHE 135, 336, BStBl II 1982, 350).

Hiergegen richtet sich die Revision des FA. Zur Begründung beruft sich das FA auf die Änderung der BFH-Rechtsprechung hinsichtlich der erbschaftsteuerrechtlichen Beurteilung geltend gemachter Pflichtteilsansprüche, die durch Hingabe von Grundstücken an Erfüllung statt erfüllt werden (BFH-Urteil vom 7.10.1998 II R 52/96, BFHE 187, 50, BStBl II 1999, 23).

#### Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage.

1. Die Vorentscheidung ist aufzuheben. Rechtsfehlerhaft hat das FG angenommen, dass die Leistung eines Grundstücks an Erfüllung statt zur Befriedigung eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs bzw. Pflichtteilergänzungsanspruchs als Grundstückserwerb von Todes wegen im Sinne des ErbStG anzusehen und deshalb von der Besteuerung gemäß § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG 1983 ausgenommen sei.

Das FG ist davon ausgegangen, dass der Klägerin ein Pflichtteilsanspruch (§ 2303 BGB) und ein Pflichtteilergänzungsanspruch (§ 2325 BGB) zugestanden und sie diese Ansprüche geltend gemacht habe. Danach ist der durch den Vertrag vom 7.5.1993 erfolgte Übergang der Grundstücke auf die Klägerin kein Grundstückserwerb der Klägerin von Todes wegen im Sinn des Erbschaftsteuergesetzes, denn Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsanspruch sind auf Erfüllung in Geld gerichtet. Von Todes wegen erworben wurden diese Geldansprüche. Die nachfolgende Erfüllungsabrede vom 7.5.1993 (Übertragung von Grundstücken an Erfüllung statt) hat das ursprüngliche Schuldverhältnis zwar zum Erlöschen gebracht, dessen für die Erbschaftsteuer maßgeblichen Inhalt (= Geldanspruch) aber nicht verändert. Diese Auffassung hat der Senat mit Urteil in BFHE 187, 50, BStBl II 1999, 23 zum Pflichtteilsanspruch (§ 2303 BGB) vertreten. Sie gilt auch für den Pflichtteilergänzungsanspruch (§ 2325 BGB), da insoweit zivilrechtlich kein relevanter Unterschied zwischen bei-

den Anspruchsarten besteht. Die abweichende Auffassung im BFH-Urteil in BFHE 135, 336, BStBl II 1982, 350 hat der Senat im Urteil in BFHE 187, 50, BStBl II 1999, 23 ausdrücklich aufgegeben.

Grunderwerbsteuerrechtlich hat dies zur Folge, dass die Hingabe eines Grundstücks an Erfüllung statt für den geltend gemachten Pflichtteilsanspruch (oder Pflichtteilergänzungsanspruch) nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG 1983 von der Besteuerung ausgenommen ist, denn diese Vorschrift setzt voraus, dass das – nämliche – Grundstück Gegenstand des Erwerbs von Todes wegen im Sinn des Erbschaftsteuergesetzes ist. An der hiervon abweichenden Auffassung im BFH-Urteil vom 30.9.1981 II R 64/80 (BFHE 134, 370, BStBl II 1982, 76) kann daher nicht festgehalten werden.

2. Die Sache ist spruchreif. Die Klage wird abgewiesen; das FA hat den Erwerb der Klägerin zu Recht der Grunderwerbsteuer unterworfen.

Durch den Vertrag vom 7.5.1993 sind Ansprüche der Klägerin auf Übertragung des Eigentums an inländischen Grundstücken begründet worden. Dieser Vorgang unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 der Grunderwerbsteuer. Eine Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 GrEStG 1983 ist nicht gegeben.

Dabei kann offen bleiben, ob die Klägerin zivilrechtlich – wovon das FG ausgeht – ihre Erbenstellung aufgrund der Verwirkungsklausel im Testament ihrer Eltern verloren hat und ihr stattdessen Pflichtteils- bzw. Pflichtteilergänzungsansprüche zustanden, oder ob sie – wovon die Parteien der Vereinbarung vom 7.5.1993 ausgegangen sind – Erbin geblieben ist.

a) Hatte die Klägerin bereits aufgrund der Verwirkungsklausel ihre Erbenstellung verloren, so hat sie – zivilrechtlich – die Grundstücke in Erfüllung ihrer auf Geld gerichteten Pflichtteils- bzw. Pflichtteilergänzungsansprüche erhalten. Hierfür kommt eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG 1983 – wie oben zu 1. ausgeführt – nicht in Betracht. Die erworbenen Grundstücke gelten auch nicht nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG fiktiv als vom Erblasser zugewendet und damit als von Todes wegen erworben. Die Klägerin hat – nach den Feststellungen des FG – auf keinen Pflichtteils- bzw. Pflichtteilergänzungsanspruch verzichtet, sondern diese geltend gemacht und die Grundstücke an Erfüllung statt erhalten.

Damit liegen auch die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrESt 1983 i.V.m. § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG nicht vor.

b) Ist die Klägerin zivilrechtlich Erbin geblieben, so hat sie die Grundstücke für die Aufgabe (Übertragung) ihrer Miterbenstellung erhalten. Zwar diente das Rechtsgeschäft der Teilung des Nachlasses, die Voraussetzungen des § 3 Nr. 3 GrEStG 1983 für den Erwerb der Grundstücke durch die Klägerin sind jedoch gleichwohl nicht erfüllt. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Grundstücke nicht aus dem Nachlass erworben worden sind.

Auch wenn der Klägerin als Erbin ein Pflichtteilergänzungsanspruch zugestanden hätte, wäre die Übertragung der Grundstücke an Erfüllung statt zur Erfüllung des Pflichtteilergänzungsanspruchs – wie dargelegt – nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG 1983 befreit. Auch ein Erwerb von Todes wegen i.S. von § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG läge nicht vor, da die Klägerin auf einen Pflichtteilergänzungsanspruch nicht verzichtet hat.

## Anmerkung

Nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG sind von der Besteuerung mit Grunderwerbsteuer der Grundstückserwerb von Todes wegen und Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinne des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes ausgenommen.

Die Grunderwerbsteuer tritt somit grundsätzlich hinter die Erbschaft- und Schenkungsteuer zurück.

Vor diesem Hintergrund erscheint das Urteil des BFH vom 10.7.2002 als bedenklich, da nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG auch das als vom Erblasser zugewendet gilt, was als Abfindung für einen Verzicht auf den entstandenen Pflichtteilsanspruch oder für die Ausschlagung einer Erbschaft, eines Erbersatzanspruchs oder eines Vermächtnisses gewährt wird.

Allerdings war die Entscheidung in gewisser Weise vorhersehbar<sup>1</sup>, da in der neuesten Auflage des *Boruttau*, in der Kommentierung des BFH-Richters *Sack* bereits eine entsprechende Ansicht unter Aufgabe der noch in der Voraufgabe vertretenen Auffassung entwickelt worden war<sup>2</sup>.

Das Urteil ist gleichwohl sehr ärgerlich, weil es dazu führt, dass ein Grundstückserwerb zur Erfüllung eines auf Geld gerichteten Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsanspruchs an Erfüllung statt einerseits mit Erbschaftsteuer und andererseits mit Grunderwerbsteuer belastet wird.

Außerdem wird bei der Erbschaftsteuer nicht der niedrigere Grundstückswert, sondern der volle Wert des auf Geld gerichteten Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsanspruches angesetzt.

Die Entscheidung ist nur nachvollziehbar, wenn man sich die geänderte Rechtsprechung zu § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG vergegenwärtigt.

Erhält der ausschlagende Erbe bzw. Vermächtnisnehmer für seine Ausschlagung eine Abfindung, so wird diese nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG der Erbschaftsteuer unterworfen. Das Gesetz behandelt die Abfindung somit als Surrogat des ausgeschlagenen Erwerbs und damit als einen Erwerb vom Erblasser. § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG erfasst ferner die Abfindung für einen Verzicht auf den entstandenen Pflichtteilsanspruch. Nach der Rechtsprechung liegt ein derartiger Verzicht vor, wenn durch Rechtsgeschäft der Pflichtteilsgläubiger nach dem Erbfall, *aber vor der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs*, dem Erben die Schuld erlässt. Erhält er dafür eine Abfindung, so unterliegt diese der Erbschaftsteuer, während der Erbe die deswegen geleistete Abfindung von seinem Erbschaftsteuerlichen Erwerb zum Abzug bringen kann<sup>3</sup>.

Grunderwerbsteuer fällt gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG folgerichtig nicht an.

Demgegenüber soll von § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG der Fall nicht erfasst sein, dass der Pflichtteilsberechtigte gegen Abfindung *nach der Geltendmachung des Anspruchs verzichtet*<sup>4</sup>.

Erbschaftsteuerrechtlich werden demzufolge vom BFH die Verzichte/Ausschlagungen *gegen Abfindung* von der Erfüllung auf Geld gerichteter erbrechtlicher Ansprüche (z.B. Geldvermächtnis oder Pflichtteilsanspruch) durch *Hingabe eines Grundstücks an Erfüllung* statt unterschieden.

Im letztgenannten Fall vertritt das Gericht die Auffassung, dass erbschaftsteuerlich die Erfüllung eines auf Geld gerichteten

Anspruchs (z.B. Vermächtnis oder Pflichtteilsanspruch) durch Übertragung eines Grundstücks an Erfüllung statt den ursprünglich auf Geld gerichteten Anspruch für die Erbschaftsteuer unverändert lasse. Beim Erwerber (Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigter) sei folglich der Erwerb mit dem ursprünglichen *Geldbetrag* nominal anzusetzen, beim Belasteten korrespondierend dazu der Geldbetrag in nominale Höhe abzuziehen.

In seinem Urteil vom 10.7.2002 hat der BFH versucht, diese erbschaftsteuerliche Betrachtung auf die Grunderwerbsteuer zu übertragen: Da die Hingabe eines Grundstückes an Erfüllung statt für die Erbschaftsteuer ohne Relevanz sei, sei es rechtstechnisch ausgeschlossen, die Grundstücksübertragung als von Todes wegen erfolgt und damit nach § 3 Nr. 2 GrEStG als von der Grunderwerbsteuer befreit anzusehen.

Wenn überhaupt ein derartiges aliud in der Vereinbarung einer Hingabe eines Grundstückes an Erfüllung statt gesehen werden kann, so dürfte dies meines Erachtens allenfalls dazu führen, dass anstelle der niedrigeren Grundstückswerte tatsächlich die Erwerbe mit den Nominalwerten der Pflichtteilsansprüche bzw. Vermächtnisansprüche angesetzt werden; gleichwohl erscheint es kaum nachvollziehbar, darüber hinaus auch noch eine Grunderwerbsteuerbarkeit zu bejahen.

Selbst BFH-Richter *Sack*, welcher in seiner neuesten Kommentierung des § 3 in „*Boruttau*“ bereits diese geänderte Auffassung vorgetragen hat, weist darauf hin, dass sich die Beteiligten des Unterschieds – Übertragung eines Grundstückes in Erfüllung eines Geldanspruchs einerseits und des Verzichts auf einen Geldanspruch gegen Abfindung mit einem Grundstück andererseits – nicht immer bewusst seien und bisweilen bei ihren Vertragsgestaltungen Formulierungen wählen dürften, die nicht eindeutig zu erkennen gäben, welche der beiden Gestaltungen von ihnen eigentlich gewollt sei.

Seiner Ansicht nach rechtfertigten diese Unterscheidungsschwierigkeit und die annähernde Identität der wirtschaftlichen Ergebnisse es jedoch nicht, den zivilrechtlichen und erbschaftsteuerlichen Unterschied für die Grunderwerbsteuer zu negieren<sup>5</sup>. Da es sich bei dem – der Erbschaftsteuer unterliegenden – Geldanspruch (Geldvermächtnis, Pflichtteilsanspruch) und der Übertragung des Grundstückes aufgrund einer Erfüllungsabrede um zwei verschiedene Vorgänge handele, werde durch die Besteuerung des ersten mit der Erbschaftsteuer und des zweiten mit der Grunderwerbsteuer auch nicht gegen das Verbot der doppelten Besteuerung verstoßen.

Was am meisten an dieser Auffassung stört, ist, dass leider nirgends dogmatisch genau aufgezeigt wird, worin sich eigentlich eine Grundstücksabfindung für einen Verzicht auf einen Geldanspruch und eine Grundstücksübertragung an Erfüllung statt für einen Geldanspruch unterscheiden.

Ist nicht jede Vereinbarung, derzufolge eine andere als die ursprünglich geschuldete Leistung an Erfüllung statt erbracht wird, zugleich auch ein Verzicht auf den eigentlich vorhandenen Anspruch?

Wenngleich das Urteil somit m.E. nicht wirklich zu überzeugen vermag, bleibt dem Rechtsgestalter nichts anderes übrig, als für die Kautelarpraxis die entsprechenden Schlussfolgerungen zu ziehen: Bei künftigen Urkundsgestaltungen ist darauf zu achten, dass der Grundstückserwerb als „Abfindung“ für einen Verzicht auf einen entstandenen Pflichtteilsanspruch und nicht als „Hingabe“ an Erfüllung statt für einen geltend gemachten Pflichtteilsanspruch gestaltet wird.

Notar Dr. Stefan Gottwald, Pappenheim

<sup>1</sup> Vgl. *Gottwald* Grunderwerbsteuer S. 85 Fn. 213, 217; vgl. auch *Hofmann*, Rdnr. 11; anderer Ansicht noch *Pahlke/Franz* § 3 Rdnr. 61.

<sup>2</sup> Vgl. *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 186 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BFH Bundessteuerblatt II 81, S. 473.

<sup>4</sup> Vgl. *Meincke*, § 3 Rdnr. 101.

<sup>5</sup> Vgl. *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 187.

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### 1. Bedeutung von Einstimmigkeitsabreden beim Besitzunternehmen für das Vorliegen einer personellen Verflechtung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung

Anwendung der BFH-Urteile vom 21.1.1999 – IV R 96/96 –, vom 11.5.1999 – VIII R 72/96 – und vom 15.3.2000 – VIII R 82/98 –

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 7.10.2002, Gz. IV A 6 – S 2240 – 134/02

Der BFH hat in seinen Urteilen vom 21.1.1999, vom 11.5.1999 und vom 15.3.2000 daran festgehalten, dass im Grundsatz eine personelle Verflechtung fehlt, wenn ein nur an der Besitzgesellschaft beteiligter Gesellschafter die rechtliche Möglichkeit hat, zu verhindern, dass die beherrschende Person oder Personengruppe ihren Willen in Bezug auf die laufende Verwaltung des an die Betriebsgesellschaft überlassenen Wirtschaftsguts durchsetzt.

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt zur allgemeinen Anwendung der Grundsätze der BFH-Urteile vom 21.1.1999 und vom 11.5.1999 Folgendes:

#### I. Grundsatz

Für einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen als personelle Voraussetzung einer Betriebsaufspaltung genügt es, dass die Person oder die Personengruppe, die die Betriebsgesellschaft tatsächlich beherrscht, in der Lage ist, auch in dem Besitzunternehmen ihren Willen durchzusetzen (Beherrschungsidentität). Die Betriebsgesellschafter können ihren Willen in der Besitzgesellschaft durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag, mit Mitteln des Gesellschaftsrechts oder aber ausnahmsweise durch eine faktische Beherrschung durchsetzen. Für die Durchsetzung des geschäftlichen Betätigungswillens ist auf das hinsichtlich der wesentlichen Betriebsgrundlage bestehende Miet- oder Pachtverhältnis (sachliche Verflechtung) abzustellen (BFH-Urteil vom 27.8.1992, BStBl II 1993 S. 134).

#### II. Gesellschaftsrechtliches Einstimmigkeitsprinzip und Reichweite dieses Prinzips

Werden im Gesellschaftsvertrag keine Regelungen über die Zulässigkeit von Mehrheitsentscheidungen bei Gesellschafterbeschlüssen getroffen, gilt der Grundsatz der Einstimmigkeit (Einstimmigkeitsprinzip). Hierzu gilt im Einzelnen Folgendes:

##### 1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Wird das Besitzunternehmen als Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführt, steht die Führung der Geschäfte den Gesellschaftern nur gemeinschaftlich zu. Für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich (§ 709 Abs. 1 BGB).

##### 2. Offene Handelsgesellschaft

Ist das Besitzunternehmen eine Offene Handelsgesellschaft, bedarf es für die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehenden Handlungen des Beschlusses aller Gesellschafter

(§ 116 Abs. 2 HGB). Dieser Beschluss ist einstimmig zu fassen (§ 119 Abs. 1 HGB).

### 3. Kommanditgesellschaft

Das Einstimmigkeitsprinzip gilt auch für die Kommanditgesellschaft, soweit es um die Änderung oder Aufhebung des Miet- oder Pachtvertrags mit der Betriebsgesellschaft geht, denn hierbei handelt es sich um ein so genanntes außergewöhnliches Geschäft, das der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf (§ 164 HGB; BFH-Urteil vom 27.8.1992, a.a.O.). Für die laufenden, so genannten Geschäfte des täglichen Lebens ist dagegen die Zustimmung der Kommanditisten nicht erforderlich; insoweit gilt bei einer Kommanditgesellschaft das Einstimmigkeitsprinzip nicht.

### III. Beherrschungsidentität auf vertraglicher und gesellschaftsrechtlicher Grundlage

Ist an der Besitzgesellschaft neben der mehrheitlich bei der Betriebsgesellschaft beteiligten Person oder Personengruppe mindestens ein weiterer Gesellschafter beteiligt (Nur-Besitzgesellschafter) und müssen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung wegen vertraglicher oder gesetzlicher Bestimmungen einstimmig gefasst werden, ist eine Beherrschungsidentität auf vertraglicher und gesellschaftsrechtlicher Grundlage und damit eine personelle Verflechtung nicht gegeben.

Die mehrheitlich beteiligte Person oder Personengruppe ist infolge des Widerspruchsrechts des nur an der Besitzgesellschaft beteiligten Gesellschafters nicht in der Lage, ihren geschäftlichen Betätigungswillen in der Besitzgesellschaft durchzusetzen.

Dies gilt jedoch nur, wenn das Einstimmigkeitsprinzip auch die laufende Verwaltung der vermieteten Wirtschaftsgüter, die so genannten Geschäfte des täglichen Lebens, einschließt. Ist die Einstimmigkeit nur bezüglich der Geschäfte außerhalb des täglichen Lebens vereinbart, wird die personelle Verflechtung dadurch nicht ausgeschlossen (BFH-Urteil vom 21.8.1996, BStBl 1997 II S. 44).

### IV. Beherrschungsidentität auf faktischer Grundlage

In besonders gelagerten Ausnahmefällen kann trotz fehlender vertraglicher und gesellschaftsrechtlicher Möglichkeit zur Durchsetzung des eigenen geschäftlichen Betätigungswillens auch eine faktische Machtstellung ausreichen, um eine personelle Verflechtung zu bejahen. Eine solche faktische Beherrschung liegt vor, wenn auf die Gesellschafter, deren Stimmen zur Erreichung der im Einzelfall erforderlichen Stimmenmehrheit fehlen, aus wirtschaftlichen oder anderen Gründen Druck dahingehend ausgeübt werden kann, dass sie sich dem Willen der beherrschenden Person oder Personengruppe unterordnen. Dazu kann es z.B. kommen, wenn ein Gesellschafter der Gesellschaft unverzichtbare Betriebsgrundlagen zur Verfügung stellt, die er der Gesellschaft ohne weiteres wieder entziehen kann. Das Vorliegen solcher besonderen Umstände kann stets nur im Einzelfall festgestellt werden. Ein jahrelanges konfliktfreies Zusammenwirken allein lässt den Schluss auf eine faktische Beherrschung nicht zu (BFH-Urteil vom 21.1.1999).

## V. Anwendungsregelung

Die Grundsätze dieses Schreibens sind in allen offenen Fällen anzuwenden.

Die BMF-Schreiben vom 29.3.1985 (BStBl I S. 121) und vom 23.1.1989 (BStBl I S. 39) werden hiermit aufgehoben.

In den Fällen, in denen die Beteiligten entsprechend der bisherigen Verwaltungsauffassung (BMF-Schreiben vom 29.3.1985 und vom 23.1.1989) steuerlich vom Vorliegen einer Betriebsaufspaltung ausgegangen sind und das Vorliegen einer Betriebsaufspaltung auf der Grundlage der unter I. bis IV. beschriebenen Grundsätze zu verneinen wäre, werden für die Vergangenheit daraus keine Folgerungen gezogen, wenn bis zum 31.12.2002 Maßnahmen zur Herstellung der Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung (z.B. Rücknahme bzw. Ausschluss der Einstimmigkeitsabrede) getroffen werden. Steuerpflichtige, die von der Übergangsregelung Gebrauch machen wollen, können dies bis zur Unanfechtbarkeit des entsprechenden Steuerbescheids beantragen. Der Antrag kann nicht widerrufen werden und ist von allen Gesellschaftern oder Gemeinschaftern, ggf. vertreten durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten oder einen Vertreter i.S.d. § 34 AO, einheitlich zu stellen.

Werden solche Maßnahmen nicht ergriffen und ein solcher Antrag nicht gestellt, gilt Folgendes:

### 1. Echte Betriebsaufspaltung

In Fällen, in denen in der Vergangenheit von einer echten Betriebsaufspaltung ausgegangen worden ist, die personelle Verflechtung aber nach der vorliegenden BFH-Rechtsprechung zu keinem Zeitpunkt bestanden hat, lag eine Betriebsaufspaltung *von Anfang an* nicht vor. Die Anwendung der vorliegenden BFH-Rechtsprechung allein führt nicht zu einer (Zwangs-)Betriebsaufgabe im Sinne des § 16 EStG.

Es ist vielmehr zu prüfen, ob die von der Besitzgesellschaft an die Betriebsgesellschaft überlassenen Wirtschaftsgüter aus anderen Gründen während der Zeit, für die bisher eine Betriebsaufspaltung angenommen worden ist, zum Betriebsvermögen der Besitzgesellschaft gehört haben und auch weiterhin gehören. Die Einkünfte aus der Überlassung dieser Wirtschaftsgüter sind dann weiterhin den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzurechnen. Dies kann insbesondere der Fall sein

- bei der Verpachtung eines Gewerbebetriebs im Ganzen (R 139 Abs. 5 EStR);
- bei Ruhenlassen der gewerblichen Tätigkeit (BFH-Urteil vom 11.5.1999). Der Annahme einer Betriebsunterbrechung durch Ruhen des Betriebes steht die Betriebsaufteilung in übereignete Wirtschaftsgüter des Anlage- und Umlaufvermögens einerseits und verpachtete Wirtschaftsgüter andererseits nicht entgegen;
- bei Personengesellschaften, die neben der nunmehr von Anfang an bestehenden vermögensverwaltenden Tätigkeit als Besitzgesellschaft noch gewerblich tätig sind und deren Tätigkeit somit insgesamt als Gewerbebetrieb gilt (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG);
- bei gewerblich geprägten Personengesellschaften (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG).

Können die von der Besitzgesellschaft an die Betriebsgesellschaft überlassenen Wirtschaftsgüter unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt als Betriebsvermögen behandelt werden, sind sie in Fällen, in denen eine echte Betriebsaufspaltung angenommen wurde, zu dem Zeitpunkt als entnommen anzusehen (§ 4 Abs. 1 Satz 2 EStG), ab dem eine Betriebsaufspaltung angenommen worden ist. Sind die Bescheide des entsprechen-

den Veranlagungszeitraums bereits bestandskräftig, sind sie nach § 174 Abs. 3 AO zu ändern. Diese Vorschrift soll verhindern, dass ein steuererhöhender oder steuermindernder Vorgang bei der Besteuerung überhaupt nicht berücksichtigt wird (negativer Widerstreit). Der Gewinn aus dieser Entnahme kann nach §§ 16 und 34 EStG begünstigt sein, soweit die dort genannten übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies gilt auch dann, wenn bei Gründung der „Betriebsgesellschaft“ Wirtschaftsgüter zu Buchwerten auf diese übertragen wurden und die Buchwerte bei der „Betriebsgesellschaft“ fortgeführt werden.

Vor dem Ergehen der BFH-Urteile vom 11.1.1999, vom 11.5.1999 und vom 15.3.2000 haben die Finanzämter aufgrund der bisherigen Rechtsauffassung (BMF-Schreiben vom 29.3.1985, a.a.O. und vom 23.1.1989, a.a.O.) auf die Besteuerung von Entnahmegewinnen erkennbar in der Annahme verzichtet, die stillen Reserven seien in späteren Veranlagungszeiträumen steuerwirksam zu erfassen. Diese Annahme hat sich nachträglich als unzutreffend erwiesen. Werden bis zum 31.12.2002 keine Maßnahmen zur Herstellung der Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung ergriffen und der entsprechende Antrag nicht gestellt, sind bestandskräftige Bescheide insoweit nach § 174 Abs. 3 AO zu ändern. Die Festsetzungsfrist ist auf Grund der Sonderregelung in § 174 Abs. 3 Satz 2 AO noch nicht abgelaufen.

§ 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 oder Abs. 2 AO steht einer Bescheidänderung nicht entgegen. Dem Steuerpflichtigen war bereits im Zeitpunkt der Betriebsaufspaltung bewusst, dass die stillen Reserven der von der Besitzgesellschaft an die Betriebsgesellschaft überlassenen Wirtschaftsgüter zu einem späteren Zeitpunkt steuerwirksam aufzulösen sind. Die Anwendung des § 176 AO würde dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, der auch im Verhältnis zwischen Steuerpflichtigen und Finanzbehörden zumindest insoweit Anwendung findet, als der Änderungsbescheid im Ergebnis zu keiner höheren Belastung des Steuerpflichtigen führt (BFH-Urteil vom 8.2.1995, BStBl II S. 764).

Sind in der Vergangenheit auf Grund der Annahme einer Betriebsaufspaltung Wirtschaftsgüter zu Buchwerten auf die Betriebsgesellschaft übertragen worden, verbleibt es aus Billigkeitsgründen bei dem Ansatz des Buchwertes, wenn die Buchwerte auch von der Betriebsgesellschaft fortgeführt werden.

### 2. Unechte Betriebsaufspaltung

In Fällen, in denen eine sog. unechte Betriebsaufspaltung angenommen worden ist, sind die an die Betriebsgesellschaft überlassenen Wirtschaftsgüter zu keinem Zeitpunkt Betriebsvermögen geworden, sondern es lag *von Anfang an* Privatvermögen vor. Eine (Zwangs-)Betriebsaufgabe im Sinne des § 16 EStG ist somit nicht anzunehmen.

### 3. Ermittlung der Einkünfte bei dem Besitzunternehmen

Soweit in der Vergangenheit trotz fehlender personeller Verflechtung eine Betriebsaufspaltung mit Einkünften aus Gewerbebetrieb beim Besitzunternehmen angenommen worden ist und die Einkünfte auf der Basis eines Betriebsvermögensvergleichs bestandskräftig festgestellt worden sind, ist bei der Feststellung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung für die Folgejahre darauf zu achten, dass Einnahmen und Ausgaben nicht doppelt angesetzt werden. Ggf. sind Berichtigungen nach § 174 AO durchzuführen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Steuerpflichtige in der Erklärung für den ersten noch offenen Feststellungszeitraum eine Hinzurechnung und Abrechnung wie beim Übergang vom Betriebsvermögensvergleich (§ 4 Abs. 1 oder § 5 EStG) zur Einnahmenüberschussrechnung entsprechend R 17 Abs. 2 EStR vornimmt.

## 2. Grunderwerbsteuer; Erschließungsbeiträge als Teil der Gegenleistung

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 30.10.2002, Gz. 36 – S 4521 – 006 – 46222/02

In welchem Umfang bei einem Grundstückskauf Erschließungsbeiträge als sonstige Leistungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen sind, richtet sich danach, in welchem tatsächlichen Zustand das Grundstück zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs gemacht wurde.

### 1. Das Grundstück ist im Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs bereits erschlossen.

Sind sämtliche nach dem örtlichen Baurecht vorgeschriebenen öffentlichen Erschließungsanlagen, die ein Grundstück zu einem „erschlossenen Grundstück“ machen, im Zeitpunkt des Abschlusses des Erwerbsvorgangs bereits vorhanden, kann Gegenstand eines solchen Vertrages nur das „erschlossene“ Grundstück sein, selbst wenn nach den Vertragserklärungen das Grundstück als „unerschlossen“ erworben werden soll. Es liegt nicht in der Willensmacht der Beteiligten, ein Grundstück in einem Zustand zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs zu machen, den es nicht mehr hat und auch nicht mehr erhalten soll. Zu den Erschließungsanlagen gehören im Wesentlichen die Verkehrs- und Grünanlagen, sowie die Anlagen zur Ableitung von Abwässern und zur Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser. Nicht zu den Erschließungsanlagen gehören die auf den (Privat-) Grundstücken selbst notwendigen Anschlüsse, wie Zufahrtswege und Anschlüsse an die Ver- und Entsorgungseinrichtungen (BFH-Urteil vom 15.3.2001, BStBl 2002 II S. 93). Die Merkmale der endgültigen Erschließung sind von der Gemeinde durch Satzung geregelt (§ 132 Nr. 4 BauGB).

Wird ein in diesem Sinn erschlossenes Grundstück zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs, ist Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks grundsätzlich auch der auf die Erschließung entfallende Betrag, unabhängig davon, ob er im Kaufpreis enthalten ist oder neben dem Kaufpreis gesondert ausgewiesen wird. Dies gilt nicht, wenn die Kommune eigene erschlossene Grundstücke veräußert und den Erschließungsbeitrag abgabenrechtlich geltend macht.

### 3. Bewertung von Vorausvermächtnissen

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 2.4.2002, Gz. 34 – S 3811 – 018 – 14907

Der BFH hat in dem nicht zur Veröffentlichung bestimmten Urteil vom 1.8.2001 – II R 47/00 – entschieden, ein vom Erblasser eingeräumtes Übernahmerecht hinsichtlich eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks sei auch im Fall eines Vorausvermächtnisses mit dem gemeinen Wert des Grundstücks zu bewerten. Allerdings habe der bedachte Erbe den Nachlassgegenstand aufgrund seiner durch den Erbfall eingetretenen dinglichen Mitberechtigung schon im Umfang seines Erbanteils erworben. Deshalb könne sich das Vorausvermächtnis nur auf den Teil des Nachlassgegenstands beziehen, den er nicht schon durch Erbanfall erworben habe. Andererseits könne die sich aus dem Vermächtnis ergebende Herausgabepflichtung nur bei den übrigen Erben als Nachlassverbindlichkeit nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG abgezogen werden. Der Vorausvermächtnisnehmer selbst sei durch das Vermächtnis letztlich nicht beschwert.

Die Erbschaftsteuer-Referatsleiter beschlossen, dieser Auffassung nicht zu folgen. Ein Vermächtnis und ein Vorausvermächtnis sollen hinsichtlich des vollen Ansatzes beim Berechtigten und des Abzugs der vollen Last vom Nachlass

### 2. Das Grundstück ist im Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs noch nicht erschlossen.

a) Wird ein im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrags noch nicht erschlossenes Grundstück als solches zum Gegenstand der zivilrechtlichen Übereignungsverpflichtung gemacht, ist die vom Käufer eingegangene Verpflichtung, die zukünftige Erschließung zu bezahlen, nicht als Teil der Gegenleistung anzusehen, auch wenn sie zusammen mit der Übereignungsverpflichtung beurkundet wird. Die Einbeziehung der Erschließungskosten nach den Grundsätzen zum Erwerb eines Grundstücks im zukünftig bebauten Zustand scheidet wegen des sich aus der öffentlich-rechtlichen Erschließungslast der Gemeinde ergebenden besonderen Charakters der Grundstücksererschließung regelmäßig aus (BFH-Urteil vom 15.3.2001, a.a.O.). Gleiches gilt für die Erstattung der vom Verkäufer als Vorausleistung oder auf Grund einer Ablösungsvereinbarung bereits geleisteten Zahlung und für die Übernahme noch bestehender Verpflichtungen.

b) Hat der Verkäufer die Verpflichtung übernommen, das Grundstück im erschlossenen Zustand zu verschaffen, wird das Grundstück in diesem Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs, mit der Folge, dass der auf die Erschließung entfallende Teil des Kaufpreises Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks darstellt. Hat sich dagegen der Verkäufer durch eine weitere, rechtlich selbstständige Vereinbarung (Werkvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) neben der Grundstücksübertragung auch selbst zur Durchführung der Erschließung verpflichtet, ist das Entgelt hierfür nicht als Gegenleistung für die Grundstücksübertragung zu behandeln, auch wenn beide Verpflichtungen zusammen beurkundet werden. Für die rechtliche Selbstständigkeit beider Verpflichtungen sprechen folgende Indizien (BFH-Urteil vom 9.5.1979, BStBl 1979 II S. 577):

- zwei selbstständige Geldforderungen
- unterschiedliche Leistungspflichten des Veräußerers
- selbstständige Fälligkeiten beider Forderungen
- rechtliche Unabhängigkeit des Kaufvertrags von der Durchführung der Erschließung.

Dieses Schreiben ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder. Es ist auf alle offenen Fälle anzuwenden und tritt an die Stelle der Bezugsschreiben FMS vom 4.9.1989 – 37 – S 4521 – 6/24 – 53 903 – und FMS vom 15.1.1990 – 37 – S 4521 – 6/34 – 76 120 –.

weiterhin gleich behandelt werden. Geht der Nachlass auf eine Mehrheit von Erben über, wird er nach Zivilrecht im Weg der Gesamtrechtsnachfolge gemeinschaftliches Eigentum der Erben (§ 1922 Abs. 1, § 2032 BGB). Kein Miterbe kann allein über seinen Anteil an einem einzelnen Nachlassgegenstand verfügen (§ 2033 Abs. 2 BGB). Auch über einen Gegenstand, der infolge eines Vorausvermächtnisses auf einen Erben zu übertragen ist, können die Erben nur gemeinschaftlich verfügen (§ 2040 Abs. 1 BGB). Zudem gilt nach § 2150 BGB das einem Erben zugewendete Vorausvermächtnis auch insoweit als Vermächtnis, als der Erbe selbst beschwert ist. Das Vermächtnis belastet mithin den ganzen Nachlass. Alle Miterben haben zur vollen Vermächtniserfüllung verhältnismäßig beizutragen, also nicht bloß zu dem ihrem jeweiligen Erbteil entsprechenden Anteil, sondern auch zu dem auf den Erbteil des Vorausbedachten entfallenden Anteil (vgl. *Palandt*, BGB § 2150 Rdnr. 3). Die hierauf beruhende Vorgehensweise der Finanzverwaltung führt rechnerisch auch zu dem gleichen Ergebnis wie die vom BFH dargestellte Vorgehensweise. Sie vermeidet aber komplizierte Berechnungen sowie Anpassungen der EDV-Programme, die erforderlich wären, um eine unterschiedliche Nachlasswertermittlung mit einem unterschiedlichen Abzug der Vermächtnislast bei dem Vorausvermächtnisnehmer und den übrigen Erben.

## STANDESNAHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Dr. Karl Sauer, Regensburg, wurde am 28.10.2002 das Bundesverdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

Mit Wirkung vom 1.10.2002:

Notar Dr. Wolfram Waldner, Bayreuth, Berufung in den Prüfungsausschuss für die Zweite Juristische Staatsprüfung und zum Prüfer für die Zweite Juristische Staatsprüfung (Prüfungsort München)

#### 2. Verstorben:

Justizrat Notar a. D. Dr. Alfred Kluge, Frankenthal, verstorben am 18.10.2002

#### 3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.2.2003:

Notar Hermann Bohner, Kusel

Mit Wirkung vom 1.3.2003:

Notar Dr. Peter Ulbrich, Neumarkt i. d. Opf.

Mit Wirkung vom 1.4.2003:

Notar Dr. Erich Rossak, Dachau

Notar Bernhard Zetzl, Ebersberg

Mit Wirkung vom 1.5.2003:

Notar Heinz Weidner, Bamberg

#### 4. Es wurde verliehen :

Mit Wirkung vom 1.12.2002:

Arnstein der Notarassessorin  
Dr. Claudie Rombach  
(bisher in Würzburg Notarstellen Friederich/Dr. Limmer)

Hof der Notarassessorin  
(Notarstelle Anja Kapfer  
Dr. Schubert) (bisher in Landsberg Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

Hof dem Notarassessor  
(Notarstelle Wasserthal) Benedikt Selbherr  
(bisher in München Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Mit Wirkung 1.1.2003:

Garmisch-Partenkirchen dem Notar  
(in Sozietät mit Notar Dr. Friedrich Brenner  
Dr. Peter Aumüller) (bisher in Dingolfing)

München dem Notar a. D.  
(Notarstelle Klöcker) Alexander Benesch  
(bisher in Würzburg  
Geschäftsführer der Bundesnotarkammer)

Mit Wirkung vom 1.2.2003:

Abensberg dem Notarassessor  
Dr. Andreas Knapp  
(bisher in München Notarstellen Frhr. v. Oefele/  
Dr. Götte)

Bad Aibling dem Notar  
(in Sozietät mit Notar Dr. Wolfgang Kleeberger  
Dr. Dieter Keidel) (bisher in Wegscheid)

Mit Wirkung vom 1.3.2003:

Garmisch-Partenkirchen dem Notar  
Klaus Ochs  
(bisher in Oettingen)

#### 5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.11.2002:

Dr. Wolfgang Barth, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Haasen)

Sebastian Bäumler, Kandel (Notarstellen JR Herb/  
Dr. Bastian)

Simon Weiler, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue)

Mit Wirkung vom 1.1.2003:

Oliver Kuhn, Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Koch)

Mit Wirkung vom 1.2.2003:

Bernhard Gleißner, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Markus Roßmann, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

#### 6. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarin Ursula Philipp, Eichstätt, wurde mit Wirkung vom 8.6.2002 promoviert.

Notarassessor Manuel Straßer, Landshut (Notarstelle Häusler), wurde mit Wirkung vom 9.9.2002 promoviert.

Mit Wirkung vom 1.10.2002 haben die Notare Klaus Fuchs und Walter Eisenburger in Neustadt a. d. Weinstraße ihre Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung beendet.

Mit Wirkung vom 1.10.2002 haben sich Frau Notarin Dr. Monika Triller und Herr Notar Karl Bock in Dachau zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden.

Mit Wirkung vom 1.12.2002 haben sich Frau Notarin Anja Kapfer und Herr Notar Benedikt Selbherr in Hof zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden.

Notarassessorin Dorothee Vogel, Kandel (Notarstellen JR Herb/Dr. Bastian), ab 1.12.2002 in Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)

Notarassessorin Eva Wenz, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge), ab 1.12.2002 in Frankenthal (Notarkammer Pfalz)

Notarassessor Markus Hamp, Eichstätt (Notarstellen Dr. Schneider/Dr. Philipp), ab 1.12.2002 in Landsberg (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

Notarassessor Wolfgang Hoffmann, Wolfratshausen (Notarstellen Huber/Dr. Adler), ab 1.12.2002 in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Notarassessorin Birgit Stahl, München (derzeit Elternzeit), ab 1.1.2003 in München (Notarstelle Dr. Kreuzer, Teilzeit)

Notarassessor Florian Hagenbucher, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger), ab 1.2.2003 in München (Notarstellen Dr. Eckhardt/Spoerer)

## 7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2003:

*Zum Notariatsrat i. N. (VerGr. II a BAT):*

Michael Gerle, München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller)

*Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. II a BAT):*

Wolfgang Hartinger, Freising (Notarstellen Schmidl/Ruhland)

Robert Schreieck, Pirmasens (Notarstelle Neumann)

Udo Then, München (Notarstellen Dr. Eckhardt/Spoerer)

Mit Wirkung vom 1.2.2003:

Rudolf Kastl, Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Sommerhäuser)

Mit Wirkung vom 1.1.2003:

*Zum Amtsrat i. N./zur Amträtin i. N. (VerGr. III BAT):*

Bernd Bös, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Josef Ehrmsperger, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfuß/Dr. Brückner)

Richard Fleischmann, Neuburg/Donau (Notarstellen Leitenstern/Walter)

Gerhard Grimm, Frankenthal/Pfalz (Notarstellen Barth/JR Seiberth)

Irmgard Hasselbacher, Wassertrüdingen (Notarstelle Dr. Keller)

Helmut Jauß, Kaiserslautern (Notarstelle Dr. Wenz)

Jürgen List, Wunsiedel (Notarstelle von Edlinger)

Anton Schollwöck, Erding (Notarstellen Böck/Koch)

Hans Wunder, Memmingen (Notarstellen Voran/Erber-Faller)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (VerGr. IV a BAT):*

Johann Brückl, Landshut (Notarstellen Schmidmeister/Suttner)

Ingrid Friedl, Regen (Notarstellen Dr. Dr. Grziwotz/Vogt-Grziwotz)

Martin Jurkat, Kandel/Pfalz (Notarstellen Bechberger/Flörsch)

Elke Murke, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Haasen)

Thomas Rudeck, Schongau (Notarstellen Ferstl/Ruhland)

Jürgen Stadler, Deggendorf (Notarstelle Dr. Bandel)

Werner Wörle, Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IV b BAT):*

Ulrich Altmann, Landau a. d. Isar (Notarstelle Bramenkamp)

Eric Brandmüller, Schwabach (Notarstellen Hagg/Liebing)

Constanze Engstle, München (Notarstelle Prof. Dr. Gantzer)

Maria Fischer, Weilheim i. Obb. (Notarstelle Dr. Bracker)

Doris Funke, Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl)

Mirko Gahn, Lichtenfels (Notarstelle Dr. Schmidlein)

Ingeborg Grundner, Rottenburg a. d. Laaber (Notarstelle Burghard)

Iwona Heym, Naila (Notarstelle Adrian)

Eva Langer, München (Notarstelle Schaub)

Yvonne Meister, Uffenheim (Notarstelle Thiede)

Michaela Räuchle, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Bord/Dr. Munzig)

Britta Ringling-Gläser, Bayreuth (Notarstelle Dr. Waldner)

Nadja Schöppel, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu)

Barbara Wasner, München (Notarstelle Dr. Schaub)

Michael Wirnshofer, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Pauker)

## 8. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat Hans-Jochen Winkler, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott), ab 1.4.2002 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Eduard Schwab, Karlstadt (Notarstelle Dr. Keßler), ab 1.12.2002 im Ruhestand

Notariatsoberrat i. N. Josef Donauer, Nürnberg (Notarstellen Dr. Armbruster/Bensch), ab 1.1.2003 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Günter Klingebiel, Rosenheim (Notarstellen Lederer/Ellert), ab 1.1.2003 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Peter Kretschmar, Augsburg (Notarstellen Laue/Rapp), ab 1.2.2003 im Ruhestand

Schriftleiterin: Notarassessorin Dr. Helene Förtig, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 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, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.