6 MittBayNot
Begründet 1864
Nov./Dez. 2006
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: Notar a. D. Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank, Prof. Dr. Reinhold Geimer, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer, Dr. Eckhard Wälzholz

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

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

AUFSÄTZE

Grundrechte und Testierfreiheit – „Preußen“-Beschluss und Pflichtteilsrecht

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. *Thorsten Führ*, LL.M. (Cambridge), München

1. Ausgangspunkt

Der aktuelle Beschluss des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts für Abkömmlinge im Allgemeinen und einzelner BGB-Vorschriften im Konkreten fügt sich in eine Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen, die jüngst das Verhältnis der verfassungsrechtlich garantierten Testierfreiheit zu Grundrechten anderer näher beleuchteten.[1] Mehr und mehr zeigt die Entwicklung der letzten Jahrzehnte, dass die Testierfreiheit als fundamentaler Bestandteil des deutschen Erbrechts nicht nur durch Verfassungsrecht garantiert, sondern auch einschränkend beeinflusst wird. Insbesondere die Wirkung der zivilrechtlichen Generalklauseln als Einfallstor für die Grundrechte spielt hierbei eine gewichtige Rolle. Gerade bei der Konkretisierung dessen, was man unter der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts versteht, kommt den Grundrechten als objektiver Wertordnung besondere Bedeutung zu, wenn die Auswirkungen dieser Erkenntnis bei letztwilligen Verfügungen bisher auch gering geblieben sind.[2] In diesem Bereich des Erbrechts wurde das Tor zu einer grundrechtsgestützten richterlichen Inhaltskontrolle bislang daher auch nur einen Spalt geöffnet.[3] Inwiefern dies im Einzelnen – besonders im Hinblick auf die aktuellen Rechtsstreitigkeiten bezüglich Konsens- und Ebenbürtigkeitsklauseln in deutschen Adelshäusern – gerechtfertigt ist, wurde in Literatur und Rechtsprechung eingehend diskutiert und teilweise entschieden. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob nicht auch im Erbrecht ein stärker grundrechtsorientiertes Denken vonnöten bzw. von Nutzen sein könnte. Wie *Isensee* in seiner Kritik am *„Preußen“*-Beschluss des BVerfG anmerkt, ist es erneut an der Zeit, über Legitimität, Maß und Grenze einer verfassungsrechtlichen Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften nachzudenken.[4]

Ähnlich relevant ist die erstarkte Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts. Beschlüsse des BVerfG aus den Jahren 2000 und aktuell 2005 belegen dies.[5] Sowohl die Frage der Einschränkung der Testierfreiheit durch das geltende Pflichtteilsrecht als auch die Annahme der Sittenwidrigkeit insbesondere testamentarischer Bedingungen werden oft unter Bezugnahme auf Grundrechte behandelt. Während beim Pflichtteilsrecht Art. 14 und Art. 6 GG die ausschlaggebenden Verfassungsnormen sind, ist bei der Überprüfung letztwilliger Bedingungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz theoretisch jedes Freiheits- bzw. Gleichheitsgrundrecht in die Sittenwidrigkeitsprüfung einbeziehbar.

Ausgangspunkt der Betrachtungen ist jedenfalls die Testierfreiheit des Erblassers, welche sowohl durch das Pflichtteilsrecht als auch die Schranke der Sittenwidrigkeit berührt wird. Ob das Pflichtteilsrecht tatsächlich verfassungskonform ist und letztwillige Verfügungen durch das Schwert des § 138 Abs. 1 BGB zu Fall gebracht werden können, hängt letztlich von der Gewichtung dieses Grundrechts im Allgemeinen wie im Konkreten ab.

2. Stellung der Testierfreiheit

In der liberalen Tradition hat die Testierfreiheit einen überaus hohen Rang. So gewährleistete die Paulskirchenverfassung von 1849 in § 165 Abs. 1 Satz 1 neben dem Eigentum aus-

---

1 BVerfG, Beschluss vom 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, MittBayNot 2006, 512 (in diesem Heft).

2 *Leipold*, Erbrecht, 14. Aufl. 2002, Rdnr. 251.

3 *Leipold*, Erbrecht, Rdnr. 252.

4 DNotZ 2004, 754.

5 BVerfG, DNotZ 2001, 133; BVerfG, MittBayNot 2006, 512 (in diesem Heft).

drücklich das Recht, den Grundbesitz unter Lebenden und von Todes wegen ganz oder teilweise zu veräußern. Auch das BVerfG definiert sie als hochrangig und sieht in ihr einen Bestandteil der Erbrechtsgarantie.[6] Die Testierfreiheit ist dabei nicht nur die Verfügungsfreiheit über den Tod hinaus, sondern sie sichert ebenso das Recht des Bedachten, allein aufgrund eines Testaments das Vermögen frei von staatlichem Zwang oder Einflussnahme Dritter zu übernehmen.[7] Dieser freie und gewillkürte Vermögensübergang zeichnet sich durch eine minimale Gemeinschaftsbindung aus und kann daher auch als das am deutlichsten individuelle Recht angesehen werden, welches das Grundgesetz schützt.

Entgegenzutreten ist der Ansicht, die Testierfreiheit sei aus der Erbrechtsgarantie herauszunehmen und allein der Eigentumsgarantie zugehörig, um dann der Erbrechtsgarantie ein am Gleichheitsgrundsatz orientiertes „Grundrecht zu erben" zu entnehmen.[8] Die Testierfreiheit lediglich unter Art. 2 Abs. 1 GG zu subsumieren[9], hätte zur Folge, dass sie dem weit zu verstehenden Schrankenvorbehalt der „verfassungsmäßigen Ordnung" unterfiele, mithin durch jedes darunter fallende Gesetz eingeschränkt werden könnte.[10] Derartige Interpretationen der Testierfreiheit bzw. im weiteren Sinne Deutungen des verfassungsrechtlichen Erbrechtsbegriffs widersprechen nicht nur der grammatischen und systematischen, sondern insbesondere der historischen Interpretation. Denn am Ende einer langen Entwicklung stellt die Testierfreiheit die erbrechtliche Ausprägung derjenigen Privatautonomie dar, von der das gesamte Bürgerliche Gesetzbuch als Produkt eines äußerst liberalen Geistes geprägt ist.[11] Wenn der Testierfreiheit im geltenden Erbrecht aufgrund der beschriebenen Entwicklung ein derart weiter Umfang eingeräumt wird, dann nicht deshalb, weil die Verteilung des Vermögens als beliebig anzusehen wäre. Der liberale Gedanke basiert vielmehr auf dem Vertrauen in das Gerechtigkeitsstreben des Erblassers. Damit verfolgt die Testierfreiheit ebenso wie die gesetzliche Erbfolge das Ziel einer gerechten Erbverteilung.[12]

3. Schranken

Die Testierfreiheit muss trotz ihrer starken Stellung notwendigerweise insoweit eingeschränkt werden, als der Erblasser nicht in der Lage ist, selbstverantwortlich zu handeln.[13] Bei geistigen und körperlichen Gebrechen ist deshalb eine Begrenzung nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten.[14]

Eingeschränkt wird die Testierfreiheit sonst aber lediglich durch das Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte und die Schranke des Pflichtteilsrechts. Beide Schranken werden über 100 Jahre nach Einführung des BGB immer noch heftig diskutiert und sind wegen ihrer höchstrichterlichen Relevanz auch Gegenstand dieser Abhandlung.

a) Pflichtteilsrecht

In den letzten Jahren keimte eine immer noch anhaltende Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts im Ganzen oder hinsichtlich bestimmter Einzelregelungen in Deutschland auf. Überwiegend wird es als zulässig angesehen, durch Einräumung eines Pflichtteilsrechts einen Teil des Nachlasses der freien Verfügungsgewalt des Erblassers zu entziehen.[15] Die Mindestbeteiligung der engeren Familie am Erbgut steht nach verbreiteter Ansicht nicht nur unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG, sondern gehört bereits zum institutionell verbürgten Gehalt der Erbrechtsgarantie.[16] Von diesem Ansatzpunkt aus handelt es sich nicht um eine Schranke, die der Erblasserfreiheit gezogen wird, sondern um eine verfassungsrechtlich bestimmte Begrenzung des Inhalts dieser Garantie.

Geht man dagegen davon aus, dass das Verwandtenerbrecht inklusive des Pflichtteilsrechts nicht unter der Institutsgarantie des Erbrechts steht, so würde es sich beim Pflichtteilsrecht um eine echte Einschränkung der Testierfreiheit durch ein nebengeordnetes Grundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG) handeln.[17]

aa) Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts

Nach *Kuchinke* fehlen einleuchtende Gesichtspunkte zur Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts insbesondere dann, wenn es im Familienerbrecht seinen Grund finden soll. Zudem spricht gegen eine verfassungskräftige Garantie des Pflichtteilsrechts, dass im Zentrum der Erbrechtsgarantie die Testierfreiheit des Erblassers steht, die im Zweifel Vorrang vor dem subsidiären gesetzlichen Erbrecht der Verwandschaft hat. Die Verfassung zwinge insoweit nicht dazu, die Testierfreiheit durch ein Pflichtteilsrecht einzuschränken.[18] Unterhaltsrechtliche Anliegen müssten nicht unbedingt auf erbrechtlichem Wege durchgesetzt werden, vielmehr kämen alternativ familienrechtliche Lösungen in Betracht. Es handele sich beim Pflichtteilsrecht überdies nicht um einen zwingenden Ausfluss des Verwandtenerbrechts, da es nicht um einen Ausgleich zwischen Testierfreiheit und einem gegenläufigen Verwandtenerbrecht gehe.[19]

Andere sehen den Gedanken des Familienerbrechts wiederum als konstituierend für das Pflichtteilsrecht.[20] Schließlich seien die Rechtsfolgen des Familienrechts, nicht zuletzt die unterhaltsrechtlichen Konsequenzen, weitgehend der rechtsgeschäftlichen Verfügungsfreiheit des Einzelnen entzogen. Es wäre daher inkonsequent, wenn die vermögensrechtlichen Bindungen im Rahmen der Ehe und der engsten Familie aus Anlass des Todes des Vermögensinhabers in vollem Umfang seiner Entscheidungsfreiheit unterstellt wären. Ehe- und familienrechtliche Schranken seien der Testierfreiheit immanent, denn wer dem Erblasser in Ehe und Familie verbunden war, habe ein Recht darauf, im Erbfall nicht leer auszugehen.[21]

Eine Totalabschaffung des Pflichtteils würde zudem dazu führen, dass die Überprüfung letztwilliger Verfügungen auf ihre Vereinbarkeit mit der Sittenwidrigkeitsschranke erheblich zunähme, insbesondere dann, wenn bedürftige Ange-

---

6 BVerfGE 67, 329.

7 *Leisner* in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 1989, § 150 Rdnr. 15.

8 *Stöcker*, WM 1979, 217.

9 *Brinkmann*, GG, Art. 14 3 I 1 b).

10 BVerfGE 6, 32.

11 MünchKommBGB/*Leipold*, Band 9, 4. Aufl., Einleitung, Rdnr. 15.

12 MünchKommBGB/*Leipold*, Band 9, Einleitung, Rdnr. 16.

13 *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 2 IV 2 c).

14 BVerfG, DNotZ 1999, 409.

15 *Boehmer* in Neumann/Nipperdey/Scheuner, Grundrechte II, 2. Aufl., S. 416 ff.; *Staudinger/Otte*, BGB, 2004, Einl. zu § 1922 Rdnr. 68 f.; BVerfGE 91, 46; BVerfG, ZEV 2000, 399.

16 *Staudinger/Otte*, Einl. zu §§ 1922 ff. Rdnr. 60, 68 m. w. N.

17 *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 2 IV 2 c).

18 *V. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer*, GG, 4. Aufl., Art. 14 Rdnr. 527.

19 *Leisner* in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VI, § 150 Rdnr. 20.

20 MünchKommBGB/*Leipold*, Band 9, Einleitung, Rdnr. 30.

21 MünchKommBGB/*Leipold*, Band 9, Einleitung, Rdnr. 13.

hörige übergangen worden sind.[22] Ob das Pflichtteilsrecht zur Festigung eines Familienzusammenhalts beizutragen vermag, ist allerdings fraglich. Jedenfalls ist es bei Eintritt des Erbfalls wohl zu spät, die Solidargemeinschaft zu festigen.[23]

Geht man mit dem BVerfG davon aus, dass das Verwandtenerbrecht zum grundlegenden Gehalt der Erbrechtsgarantie gehört[24], spricht im Ergebnis viel dafür, Ehegatten, Abkömmlingen und Eltern kinderloser Erblasser einen angemessenen Anteil am Nachlass vorzubehalten. Überdies garantiert die Erbrechtsgarantie nicht das unbedingte Recht, den vorhandenen Eigentumsbestand von Todes wegen ungemindert auf Dritte zu übertragen.[25] Die vom Verfassungsgeber vorgefundene Rechtslage bestimmt insoweit Inhalt und Schranken des Erbrechts nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit der durch das Pflichtteilsrecht bewirkten Beschränkung der Testierfreiheit als solche nicht insgesamt in Frage gestellt.[26] Allerdings hat es in seinem Beschluss aus dem Jahre 2000 betont, dass zwischen der Verfassungsmäßigkeit des geltenden Pflichtteilsrechts und der Frage nach einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Beteiligung der Pflichtteilsberechtigten unterschieden werden müsse. Vereinzelt wird daraus auf eine mögliche Trendwende hinsichtlich bestehender Kritikpunkte am Pflichtteilsrecht geschlossen.[27] Insbesondere die Vorschriften zur Pflichtteilsentziehung sehen sich zunehmenden Angriffen ausgesetzt.[28] Einen weiteren Höhepunkt erfuhr die anhaltende Diskussion nun durch die zu einer Entscheidung verbundenen Beschlüsse des BVerfG vom April 2005[29]. Aus den Leitsätzen ist klar ersichtlich, dass sich das Augenmerk insbesondere auf eine eventuelle Reformierung des Pflichtteilsrechts oder einzelner Vorschriften konzentrieren wird, ohne dass eine Tendenz der Rechtsprechung erkennbar wäre, die Regelungen des Pflichtteilsrechts als Schranke der Testierfreiheit gänzlich abschaffen zu wollen. Die Grundsatzentscheidung für die Möglichkeit einer gewillkürten Erbfolge bedingt nach dem BVerfG eine Pflichtteilsberechtigung jedenfalls der Kinder als Kehrseite der Erblasserpflicht, die ihm garantierte Testierfreiheit nicht zu missbrauchen. Abzugrenzen von den entschiedenen Punkten sind allerdings weiterhin offene und lebhaft diskutierte Ausgestaltungsfragen des geltenden Pflichtteilsrechts.[30]

bb) Konsequenz für die Verfügungsgewalt des Erblassers

Grundsätzlich ist dem Ergebnis des Beschlusses zuzustimmen. Wenn man jedoch bedenkt, dass das Konstrukt eines Pflichtteils in vielen anderen Rechtsordnungen, wie z. B. den Common-Law-Rechtsordnungen[31], offensichtlich entbehrlich erscheint, muss dies jedenfalls als weiteres Indiz für die überragende Stellung der Erblasserfreiheit gelten. Der hohe Stellenwert der Testierfreiheit in seiner konkreten liberalen Ausprägung sollte auch eingedenk der nach wie vor bestehenden Kritik und wissenschaftlichen Infragestellung der Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts als oberstes Prinzip des deutschen Erbrechts betrachtet werden.

Wenn man das Pflichtteilsrecht als immanente Begrenzung der Testierfreiheit akzeptiert, so muss dies im Gegenzug für den restlichen Teil des Erblasservermögens zu einer gänzlichen Verfügungsfreiheit führen. Entscheidet man sich für einen festgesetzten Anteil naher Familienangehöriger am Nachlass, heißt dies im Umkehrschluss, dass alles darüber Hinausgehende der vollen Testierfreiheit des Testators unterfällt und nur in extremsten Ausnahmefällen vom Verbot der Sittenwidrigkeit noch eingeschränkt werden kann. Die Privatautonomie schützt insofern auch vermeintlich „Unvernünftiges". Genau dieser Aspekt erfreut sich allerdings höchst unterschiedlicher Betrachtungsweisen. Insbesondere die Gültigkeit letztwilliger Potestativbedingungen beschäftigt seit jeher Literatur und Rechtsprechung und hat einen vorläufigen Höhepunkt im *„Preußen"*-Beschluss des BVerfG gefunden. Auf letzteren soll daher exemplarisch genauer eingegangen werden.

b) Die Schranke des § 138 Abs. 1 BGB: Adelige Heiratsklauseln als Beispiel möglicherweise sittenwidriger letztwilliger Potestativbedingungen

Der Beschluss des BVerfG in der Sache *Preußen* hat Stimmen in der Literatur erneut dazu bewogen, zur Problematik der Wirksamkeit einzelner letztwilliger Potestativbedingungen Stellung zu nehmen. Zur Erinnerung: Im besagten Fall wurde die Erbenstellung der Nacherben des preußischen Hausvermögens von der Heirat mit einer „ebenbürtigen" Partnerin abhängig gemacht. Einige Jahre zuvor beschäftigte sich das BVerfG bereits mit der Konsensklausel des Fürstenhauses *Leiningen*, die dem Erbprätendenten auferlegte, seine Ehe konsentieren zu lassen.

Aus Praktikabilitätsgründen muss sich die Diskussion in diesem Beitrag auf die aktuellen Beispiele beschränken, obwohl die Entscheidungen selbst, sowie die Flut der dazu ergangenen Literatur mit größter Wahrscheinlichkeit auch Auswirkungen auf andere Bereiche wie beispielsweise die höchst umstrittenen Wiederverheiratungs- und andere Testamentsklauseln haben werden.

aa) Der aktuelle Meinungsstand in der Literatur

Das BVerfG hat bezüglich der *preußischen* Heiratsklausel entschieden, dass die Vorinstanzen den Einfluss des Art. 6 Abs. 1 GG nicht hinreichend gewürdigt hätten. Daher ist davon auszugehen, dass es das Recht des Erbprätendenten auf freie Eheschließung durch die letztwillige Bedingung berührt sah. Mit dieser Auffassung liegt das BVerfG zum Teil auf der Linie der Literatur. *Ansgar Staudinger* begrüßt den Beschluss daher[32] und fühlt sich in seinen Ausführungen zum Beschluss des BGH in selbiger Angelegenheit[33] bestätigt. Er stimmt dem BVerfG uneingeschränkt zu, wenn es dem BGH vorwirft, den Bedeutungsgehalt des Art. 6 Abs. 1 GG verkannt zu haben.[34] Zwar seien Bedingungen, welche die Eheschließung bzw. -scheidung betreffen weder generell unbedenklich noch grundsätzlich sittenwidrig. Das Verbot einer schematischen Betrachtung hieße aber, dass eine konkret-individuelle Beurteilung sehr wohl zu dem einen oder anderen Ergebnis gelangen

---

22 *Otte*, ZEV 1994, 193.

23 *Haas*, ZEV 2000, 249.

24 BVerfGE 93, 165.

25 BVerfGE 93, 165.

26 BVerfG, DNotZ 2001, 133.

27 *Dauner-Lieb*, FF 2001, 78.

28 *Mayer*, ZEV 2000, 447. Vgl. auch die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion vom 8.10.2004, BT-Drs. 15/3899.

29 BVerfG, MittBayNot 2006, 512 (in diesem Heft).

30 Vgl. etwa *Haas*, ZEV 2000, 249.

31 Vgl. hierzu *Meston* in *Henrich/Schwab*, Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, 2001, S. 73.

32 *Staudinger*, FamRZ 2004, 768.

33 *Staudinger*, Jura 2000, 467.

34 *Staudinger*, FamRZ 2004, 768.

könne. Der BGH konnte auf diese Art und Weise keinen „schweren Verstoß" gegen Art. 6 Abs. 1 GG feststellen, da er sich nicht im Stande gesehen hatte, das Gewicht des Eingriffs und die Bedeutung der Einflussnahme des Erblassers auf die Abkömmlinge ausreichend beurteilen zu können.[35] *Staudinger* hatte bereits anlässlich des BGH-Beschlusses daher den Schluss gezogen, dass der erkennende Zivilsenat fälschlicherweise zu dem Ergebnis gelange, es läge kein erheblicher Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG vor, da der Erblasser bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung im Jahre 1938 nicht einen bestimmten Nacherben bzw. dessen konkrete Eheschließungsabsicht in den Blick genommen habe.[36] In seiner Anmerkung zum aktuellen Beschluss des BVerfG lobt er dessen Darlegung der generellen Geeignetheit der Ebenbürtigkeitsklausel, die Eheschließungsfreiheit der als Nacherben eingesetzten Abkömmlinge zu beeinträchtigen, um sodann die konkreten Auswirkungen der Klausel für den Beschwerdeführer unter Hinzuziehung der Umstände des Einzelfalles zu untersuchen. Angesichts der hohen Anforderungen der *preußischen* Hausverfassung werde die Partnerwahl der Betroffenen erheblich beschränkt.[37] Insbesondere der Wert des Nachlasses begründe die Gefahr, dass sich der potentielle Erbe bei der Eheschließung von finanziellen Überlegungen leiten lasse. Damit liegt laut *Staudinger* ein Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG vor. Überdies sei laut BVerfG eine „wesentliche Rechtfertigungsgrundlage" für diesen Eingriff weggefallen. Denn für die „Bestimmung des Staatsoberhauptes" komme den „Ehe- und Familientraditionen adeliger Familien" heute „keine Bedeutung" mehr zu.[38] Dies entspräche der Sicht des OLG Stuttgart[39], das Kriterium der Standesgemäßheit stehe in „elementarem Widerspruch zu den Grundlagen einer auf demokratischer Gleichordnung beruhenden Rechtsordnung". Eine andere Interpretation der Sachlage, d. h. die Verneinung eines objektiv schwerwiegenden Grundrechtsverstoßes mit der Folge der Sittenwidrigkeit der Ebenbürtigkeitsklausel, wurde von *Staudinger* bereits in seiner Kritik des BGH-Beschlusses als „mit der Wertordnung des Grundgesetzes kaum zu vereinbarende benigna interpretatio pro nobilitate" charakterisiert.[40] Nicht zu vergleichen sei der Beschluss mit der Rechtsstreitigkeit im Hause *Leiningen*.[41] Während dort eine individuelle Entscheidung, nämlich die des Konsenses des Erblassers, auf ihre Vereinbarkeit mit § 138 Abs. 1 BGB zu kontrollieren gewesen sei, ergäbe sich der Eingriff in die Eheschließungsfreiheit bei der Ebenbürtigkeitsklausel der Hohenzollern unmittelbar aus der Regelung des Erbvertrags.[42]

In seiner Stellungnahme zum Beschluss des BVerfG im Rechtsstreit des Hauses *Hohenzollern*[43] weicht *Otte* hinsichtlich der Frage eines Eingriffs durch die Ebenbürtigkeitsklausel in die Eheschließungsfreiheit des Erbprätendenten von seiner Kommentierung in *Staudingers* Kommentar zu § 2074 BGB[44] ab. Dort kritisierte er die von *Gutmann*[45] ausführlich begründete Ansicht, durch das Inaussichtstellen von Vorteilen, auf die der Bedachte keinen Anspruch hat, könne nicht dessen Entschließungsfreiheit beeinträchtigt werden, als „lebensfremd". Solch eine Sichtweise, die vertrete, dass der Erblasser dem Bedachten mit der Zuwendung lediglich ein „Angebot" mache, verkenne gründlich die Einbindung des Bedachten in die Lebenszusammenhänge mit dem Erblasser.[46]

Bisher sollte nach *Otte* die Sittenwidrigkeit von Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen unter Berücksichtigung des ungerechtfertigten Drucks, den der Erblasser auf den Bedachten ausüben will, untersucht werden.[47] Bezüglich der Heiratsklausel hätte es auf deren Eignung zur Erzeugung dieses Drucks ankommen müssen, wobei die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der potentiellen Nacherben einzubeziehen gewesen wären.[48] Zum Beschluss des BVerfG meint *Otte* nun, dass genau diese Eignung zur Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit des potentiellen Erben vom Gericht als „Eingriff" bezeichnet wird, was er als „Schwachstelle" ansieht.[49] Denn die notwendige Unterscheidung zwischen einem verlockenden Angebot und einem freiheitsbeschränkenden Eingriff[50] werde dadurch „verwischt"[51]. Auch *Leipold* stellt neuerdings klar, dass bei letztwilligen Verfügungen ein Anlass, zum Schutz anderer Personen die grundrechtlichen Wertungen zu aktivieren, meist schon deshalb nicht bestehe, weil der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen Dritten keine Belastungen auferlegen, sondern ihnen nur etwas zuwenden oder vorenthalten könne. Anders als bei schuldrechtlichen Verträgen sei daher die Freiheitssphäre Dritter bei Verfügungen von Todes wegen in aller Regel nicht betroffen, denn auch die gesetzlichen Erben hätten kein Recht auf den Nachlass, so dass sich eine anderweitige Vergabe desselben nicht als „Eingriff" darstelle.[52] *Otte* nennt als Ursache für die Unklarheit in der Differenzierung die Tatsache, dass man sich des Wandels der Kriterien für die Feststellung der Sittenwidrigkeit erbrechtlicher Potestativbedingungen nicht bewusst sei und unreflektiert erwarte, die von der früher vorherrschenden Auffassung nahegelegten Ergebnisse müssten auch von der heute im Vordringen befindlichen Betrachtungsweise getragen werden. Während es früher unzulässig erschien, einen Entschluss, der nach moralischen Grundsätzen der freien inneren Überzeugung entspringen sollte, durch das Inaussichtstellen von Vermögensvor- oder -nachteilen herbeiführen oder verhindern zu wollen[53], werde seit der grundlegenden Arbeit *Thielmanns*[54] der Grund der Sittenwidrigkeit erbrechtlicher Potestativbedingungen in der Ausübung unzumutbaren Drucks auf den Bedachten gesehen.[55] Erst diese Ansicht habe es möglich gemacht, den Blick auf den Schutz verfassungsrechtlich gewährleisteter Positionen zu öffnen. Dabei mag die ältere

---

35 BGH, FamRZ 1999, 580.

36 BGH, FamRZ 1999, 580.

37 BVerfG, DNotZ 2004, 798; auch schon *Staudinger*, Jura 2000, 467.

38 BVerfG, DNotZ 2004, 798.

39 OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260.

40 Jura 2000, 467.

41 BayObLG, FamRZ 2000, 380.

42 *Staudinger*, FamRZ 2004, 768.

43 *Otte*, ZEV 2004, 393.

44 *Staudinger/Otte*, § 2074 BGB Rdnr. 30 und 45 a.

45 *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001, S. 219.

46 *Staudinger/Otte*, § 2074 BGB Rdnr. 31 a.

47 *Staudinger/Otte*, § 2074 BGB Rdnr. 31 unter Bezugnahme auf *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, 1973, S. 115.

48 *Staudinger/Otte*, § 2074 BGB Rdnr. 45 c.

49 Diese „Schwachstelle" übersieht *Paal*, JZ 2005, 436, wenn er es für „nachvollziehbar" und „beifallswürdig" ansieht, dass das BVerfG in der Hohenzollern-Klausel einen „schwerwiegenden Eingriff" auszumachen vermag. Auf die aktuelle Diskussion um die „Eingriffsproblematik" geht er in seiner Abhandlung mit keinem Wort ein.

50 Vgl. *Gutmann*, NJW 2004, 2347.

51 *Otte*, ZEV 2004, 393.

52 *Leipold*, Erbrecht, Rdnr. 252.

53 Statt vieler *v. Lübtow*, Erbrecht, 1. Halbband, 1971, Rdnr. 348.

54 *Thielmann*, S. 115.

55 *Staudinger/Otte*, § 2074 BGB Rdnr. 31 a. E.

Ansicht durchaus noch für solche Fälle herangezogen werden, in denen Sittenwidrigkeit auch ohne einen Verstoß gegen die im Grundgesetz verkörperte Wertordnung vorliegt. Sittenwidrigkeit bedeutet aber nicht automatisch Verfassungswidrigkeit, was auch *Otte* ausdrücklich erwähnt.[56] Denn kein Verfassungsartikel verbiete es, Einstellungen oder Überzeugungen gegen Geld preiszugeben. Die Entscheidung des BVerfG betreffe daher ausschließlich das Problem der Sittenwidrigkeit wegen der Ausübung unzumutbaren Drucks auf die Ausübung grundgesetzlich geschützter Freiheiten.

Im Ergebnis müsse laut *Otte* bei der Prüfung von Heiratsklauseln zunächst untersucht werden, ob die Klausel überhaupt geeignet sei, die Ausübung der Eheschließungsfreiheit zu beeinflussen. Sodann müsse die Klausel einen unzumutbaren Druck ausüben können. Dabei solle es darauf ankommen, ob der Bedachte nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen auf eine Beteiligung am Nachlass dieses Erblassers angewiesen ist. Dies sei der Fall, wenn das Erbe nicht mehr nur bloße Hoffnung sei, sondern das bisherige Leben des Erbprätendenten vom Erblasser so gelenkt worden wäre, dass der potentielle Erbe sich diese Hoffnung machen durfte und er bei ihrer Nichterfüllung in Schwierigkeiten geriete.[57]

Die durch das BVerfG im *„Preußen"*-Beschluss vorgenommene Wandlung der Grundrechte vom verfassungsrechtlichen Fundament der Testierfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie zu deren Schranke, hat auch Staatsrechtler dazu bewogen, den Fall näher zu betrachten. *Isensee* kritisiert die Entscheidung insbesondere hinsichtlich des propagierten Verstoßes „gegen das Grundrecht der Eheschließungsfreiheit eines virtuellen Erben"[58]. Auf die bereits von *Staudinger* zum Ausgangspunkt seiner Stellungnahme herangezogenen Kriterien[59] „einer versunkenen Welt der Erbmonarchie"[60] als Rechtfertigung für das Ebenbürtigkeitsprinzip, reagiert *Isensee* völlig zu Recht mit Unverständnis. An der Familientradition orientierte Gründe leiteten von jeher auch im nichtregierenden Adel die Erbfolge, weswegen die Abschaffung der Monarchie allein noch nicht den Sinn der Ebenbürtigkeit vereitele. Nicht minder würden nichtadelige Testatoren ähnliche Gedanken hegen, wenn ihnen daran gelegen ist, Familienkontinuität zu sichern, Vermögenseinheiten zu wahren und den geeigneten Erben eines bäuerlichen Betriebes oder einer Fabrik zu bestimmen. Testamentarische Erwägungen wie sie im Fall *Hohenzollern* mit Rücksicht auf die monarchische Familientradition gezogen wurden, seien mit dem republikanischen ordre public des Grundgesetzes kompatibel und brächten die Staatsform des Grundgesetzes nicht ins Wanken.[61] Betroffen sei hier lediglich die privatautonome Selbstorganisation der Familie, die unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG steht. Das Thema verfassungsrechtlich mit Fundamentalfragen der Staatsform in Verbindung zu bringen, sei daher verfehlt.[62] Auch *Isensee* betont den hohen Rang der Testierfreiheit. Das Ebenbürtigkeitsprinzip sei eine privatautonome Regelung, deren Rechtsgrundlage nicht in monarchischen Hausgesetzen, sondern in den Verfügungen Privater, die den gleichen bürgerlich-rechtlichen Status wie jedermann haben, liege. Hierfür biete die Testierfreiheit die grundrechtliche Legitimationsbasis.

Besonders hervorzuheben ist die Konklusion *Isensees*, dass das Pflichtteilsrecht als ausreichende Schranke der Testierfreiheit dieselbe in ihrer Ausübung von sozialen und familiären Rücksichten entlaste. Eine Bindung des Erblassers an Grundrechte des Erbprätendenten über den Weg der mittelbaren Drittwirkung bestehe nicht, denn wer seine grundrechtlich verbürgte Freiheit ausübe, müsse sich dafür nicht rechtfertigen. Ohnehin sei ein Grundrechtseingriff durch die *preußische* Heiratsklausel zu verneinen. Die erbvertragliche Klausel hindere den Bedachten nicht daran, zu heiraten, wen er wolle. Nicht der Testator greife in die Eheschließungsfreiheit ein, sondern das BVerfG in die Testierfreiheit.[63]

bb) Stellungnahme

Während die Ansicht *Staudingers* vor und nach dem Urteil des BVerfG nicht zuletzt im Hinblick auf die überzeugenden Ausführungen *Isensees* bezüglich eines angeblichen Widerspruchs der Klausel zur republikanischen Staatsform grundsätzlich abzulehnen ist, hat man m. E. auch der Annahme einer „Berechtigung" des Erbprätendenten auf das Erbe aufgrund einer anhand des konkreten Einzelfalles vorzunehmenden Beurteilung kritisch gegenüberzustehen. Der Charakter des Erbes als „nuda spes" würde sonst verwischt. Möglicherweise kann im Einzelfall aber einer derjenigen Extremfälle vorliegen, in denen die h. M. trotz der hohen Achtung der Testierfreiheit Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB anzunehmen ist. Hierbei würden sich die von *Otte* angeführten Kriterien mit Sicherheit als überaus nützlich erweisen.

Besondere Beachtung verdient aber die nun auch von *Otte* unterstützte Differenzierung zwischen einem verlockenden Angebot und einem freiheitsbeschränkenden Eingriff. Ein Verstoß gegen das Grundrecht der Eheschließungsfreiheit muss bei derartigen Klauseln m. E. abgelehnt werden. Das über den Pflichtteil hinausgehende Erbe ist als eine überobligatorische Zuwendung zu charakterisieren, auf das niemand, auch nicht der gesetzliche Erbe, einen Anspruch hat. Somit kann aber durch das Inaussichtstellen von Vorteilen oder Nachteilen in diesen Fällen genauso wenig in den Schutzbereich eines Grundrechts eingegriffen werden, wie dies zu Lebzeiten des Erblassers der Fall wäre.[64] Dies lässt sich selbstredend auf die Freiheitsgrundrechte insgesamt übertragen. Vom Erben einen bestimmten Beruf zu fordern oder ihm die Mitgliedschaft in einer bestimmten Partei zu verbieten, kann somit nicht als ein mittelbarer Eingriff in Art. 12 bzw. Art. 21 Abs. 1 GG gewertet werden. Die ohnehin meist vorhandenen, von der Testierfreiheit gedeckten Motive des Erblassers, würden solche Bedingungen oder Klauseln zudem vor dem Verdikt der Sittenwidrigkeit schützen.

Ebenso wenig sollte bei den Fällen der Verletzung familiärer Pflichten und insbesondere den sog. Wiederverheiratungsklauseln von einem „Eingriff" in Art. 6 Abs. 1 GG gesprochen werden. Aber nur wenn ein solcher „Eingriff" auf der Ebene zwischen zwei Privaten vorläge, könnten die Grundrechte mittelbar ihre Wirkung entfalten. Pauschal Art. 6 Abs. 1 GG als Bestandteil der objektiven Wertordnung heranzuziehen und dann unscharf über eine grundrechtsgestützte Argumentation diese Klauseln wegen des „Wertes" Familie oder Ehe scheitern zu lassen, kann nicht überzeugen.

cc) Schlichte Sittenwidrigkeitsprüfung

Zu trennen von der Sittenwidrigkeitsprüfung hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten ist die Sittenwidrigkeitsprüfung

---

56 *Otte*, ZEV 2004, 393.

57 *Otte*, ZEV 2004, 393.

58 *Isensee*, DNotZ 2004, 754.

59 *Staudinger*, FamRZ 2004, 768.

60 *Isensee*, DNotZ 2004, 754.

61 A. A. *Staudinger*, Jura 2000, 467 und FamRZ 2004, 768.

62 *Isensee*, DNotZ 2004, 754.

63 Vgl. zum Ganzen *Isensee*, DNotZ 2004, 754.

64 So auch *Gutmann*, NJW 2004, 2347.

im Allgemeinen. Eine Testamentsklausel kann durchaus gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen, ohne dass ein Grundrechtsverstoß vorliegen müsste. Der Inhalt des § 138 BGB beschränkt sich nicht auf die in den Grundrechten verankerten Prinzipien. Durchaus kann das Verdikt der Sittenwidrigkeit aufgrund ethisch zu missbilligender Verhaltensweisen greifen. Die Durchsicht der Rechtsprechung und Kommentare zeigt aber, dass § 138 BGB für die gesetzlichen Erben, denen bei Nichtigkeit des Testaments das Erbe zufällt, zumeist kein scharfes Schwert abgibt.[65] Die Annahme der Sittenwidrigkeit muss auf extreme Ausnahmefälle beschränkt bleiben, in denen der Testator einzig und allein auf das Verwerflichste zu instrumentalisieren versucht. Dies darf nicht zur Hohlformel verkommen und muss in der Rechtsprechung tatsächlich so gehandhabt werden, damit § 138 BGB nicht der Hebel für eine Korrektur der letztwilligen Verfügung nach Maßgabe der Gerechtigkeitsvorstellungen des mit dem jeweiligen Falle befassten Richters wird.[66]

Zu beachten ist der mehrfach betonte Stellenwert der Testierfreiheit und die Aufgabe des Pflichtteilsrechts, grobe Ungerechtigkeiten zu verhindern. Gerade wenn man sich denjenigen Stimmen anschließt, die das Pflichtteilsrecht im Allgemeinen als verfassungsgemäß betrachten, was aufgrund der nach überzeugenden Auffassung institutionell verbürgten Familiengebundenheit des Vermögens naheliegt, sollte hinsichtlich des restlichen Teils des Erblasservermögens möglichst uneingeschränkt testiert werden können. Auch bei der schlichten Sittenwidrigkeitsprüfung muss daher – in diesem Fall im umgekehrten Sinne – der verfassungsrechtlichen Vorgabe der grundrechtlich garantierten Testierfreiheit Rechnung getragen werden. § 138 BGB als sie einschränkendes Gesetz muss in ihrem Lichte interpretiert werden. Es sind dabei kaum Fälle vorstellbar, in denen das Pflichtteilsrecht nicht ausreichen sollte, die Willkür des Erblassers für die gesetzlichen Erben einzuschränken. Allen anderen Auffassungen, die pauschal letztwillige Verfügungen, in denen Angehörige total enterbt werden, für sittenwidrig halten, ist eine klare Absage zu erteilen. Die Rechtsprechung zu den Wiederverheiratungsklauseln und der Wandel der Auffassungen bezüglich der Geliebtentestamente belegen dies. Selbst abstruse Ideen des Erblassers müssen akzeptiert werden. Warum sonst hätte man sich für die Testierfreiheit als Leitprinzip entscheiden sollen. Eine „Besserungsanstalt für Testatoren"[67] ist im deutschen Erbrecht nicht vorgesehen. Zu Lebzeiten des Erblassers würde auch niemand auf die Idee verfallen, eventuelle „unmoralische Angebote", solange sie sich auf der Bahn des gesetzlich nicht Verbotenen bewegen, anzugreifen.

Während das BVerfG bei der Ebenbürtigkeitsklausel im Rechtsstreit des Hauses *Preußen* Art. 6 Abs. 1 GG von den Vorinstanzen nicht ausreichend gewürdigt empfand, wird hier vertreten, dass allenfalls ein ethischer Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB vorliegen könnte. Wegen der hohen Stellung der Testierfreiheit und der vorhandenen Begründung der Motivation einer solchen Klausel sollte aber auch in diesem Extremfall die Sittenwidrigkeit abgelehnt werden, da nicht ersichtlich ist, dass für einzelne Betroffene eine schlichtweg aussichtslose Situation durch den Verlust auf die Erb-„aussicht" entstehen würde. Wenn dies aber nicht der Fall ist, sondern zwar in der Tat Druck auf die Entschließungsfreiheit des Einzelnen ausgeübt wird, der auf das Erbe nicht verzichten will, allerdings ohne dass diesem dadurch etwas genommen würde, das er schon hatte, dann kann auch über diesen angeblich unzulässigen Druck keine Sittenwidrigkeit konstruiert werden. Dazu kommt, dass die Nichtigkeit einer solchen Klausel nicht unbedingt zur Folge hat, dass der ursprünglich Bedachte ohne die Bedingung in den Genuss der Erbschaft kommen würde. Eine anderweitige Testamentsauslegung ist durchaus denkbar.[68] Auch dies spricht dafür, um der Rechtssicherheit willen auf den ersten Blick als Extremfall wirkende Klauseln genauestens zu prüfen, bevor lapidar ein „krasser Ausnahmefall" i. S. v. § 138 BGB angenommen wird. Das Erbrecht zeichnet sich nun einmal dadurch aus, dass außer dem Pflichtteil kein Anspruch der Erben existiert. Anders können nur diejenigen entscheiden und dann durchaus nachvollziehbar zur Sittenwidrigkeit der Ebenbürtigkeitsklausel gelangen, die dem Erben durch Erdienung oder wirtschaftliche Umstände wie beispielsweise Angewiesenheit auf das Vermögen eine Art Anwartschaft zubilligen wollen. Wer dies wie hier geschehen ablehnt, kann nicht zum selben Ergebnis gelangen.

dd) Fazit für erbrechtliche Potestativbedingungen

Im Ergebnis sollte daher auch aus Gründen der Rechtssicherheit generell von der Wirksamkeit erbrechtlicher Potestativbedingungen oder Testamentsklauseln ausgegangen werden. Der Einfluss der Grundrechte über die Generalklausel des § 138 BGB im Erbrecht sollte geringstmöglich bleiben. Die Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen wird nur in extremsten Ausnahmefällen, die sich meist auf die Aufforderung zu einem sittenwidrigen Verhalten bzw. eine von verwerflicher Motivation getragene Instrumentalisierung der Erben beschränken werden, festzustellen sein. Die Testierfreiheit als spezielle Ausprägung der Privatautonomie schützt, von letzteren Fällen abgesehen, auch für Außenstehende vermeintlich unverständige bzw. unvernünftige Ideen des Erblassers.

4. Die Bindung des Testators an die Familie

Eine weitere Fallgruppe, die im Zusammenhang mit der Einwirkung von Grundrechten auf die Testierfreiheit bzw. der Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen steht, ist die der Verletzung familiärer Pflichten. Auch das Pflichtteilsrecht muss bei diesbezüglichen Problemstellungen stets im Hinterkopf behalten werden. Somit soll abschließend unter Hinzunahme der oben herausgearbeiteten Gedanken zur Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts und der Sittenwidrigkeitsprüfung erbrechtlicher Potestativbedingungen im weiteren und adeliger Heiratsklauseln im engeren Sinne ein Blick auf Verfügungen geworfen werden, die Angehörige zugunsten Familienfremder übergehen.

Als einschlägiges Grundrecht denkt man unverzüglich an Art. 6 Abs. 1 GG. Weiterhin bestehen für Eltern und Kinder untereinander sittliche Pflichten, die mittlerweile vom Gesetzgeber als Rechtspflichten positiviert wurden (vgl. §§ 1353 Abs. 1 Satz 2, 1618 a BGB). Mitumfasst ist davon auch die Gestaltung der vermögensrechtlichen Vorsorge der Ehegatten bzw. der Eltern für die Zeit nach ihrem Tode.[69] Aus diesem Grund können Verfügungen von Todes wegen Art. 6 Abs. 1 GG berühren bzw. bei Verletzung gegen diese Pflichten möglicherweise das Los der Nichtigkeit aufgrund festgestellter

---

65 *Hohloch*, JuS 1995, 548.

66 *Hohloch*, JuS 1987, 906.

67 *Muscheler*, ZEV 1999, 151.

68 Vgl. hierzu *Otte*, ZEV 2004, 393 hinsichtlich des Rechtsstreits Preußen; allgemein *Hermann*, Pro non scripta habere und § 2085 BGB, 2001.

69 *Staudinger/Otte*, Vorbem. zu §§ 2064 ff. BGB Rdnr. 158.

Sittenwidrigkeit erleiden. Allerdings lässt sich die Sittenwidrigkeit nicht auf den Gesichtspunkt des Schutzes der Ehe als Institution stützen.[70] Die Testierfreiheit wird gerade nicht durch generelle Wertungen, die dem Art. 6 Abs. 1 GG entspringen, sondern lediglich durch den erbrechtsimmanenten Grundsatz der Familiengebundenheit des Vermögens, dem hauptsächlich das Pflichtteilsrecht dient, beschränkt.[71] Nur die krasse Zurücksetzung in Gestalt der völligen oder weitestgehenden Enterbung könnte eventuell Gegenstand eines sittlichen Unwerturteils sein.[72] Hierbei ist zu beachten, dass das Pflichtteilsrecht grundsätzlich dafür sorgt, dass die nächsten Angehörigen den sittlich gebotenen Mindestanteil am Vermögen des Erblassers ohnehin erhalten.[73] Dem lässt sich entnehmen, dass wohl zumindest in den Fällen vermögensmäßiger (im Gegensatz zu ideeller) Zurücksetzung von Angehörigen Zuwendungen an eine Geliebte oder einen Geliebten nicht als sittenwidrig eingestuft werden können und auch keinen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG darstellen. Eine Pflicht zur vermögensmäßigen Gleichbehandlung besteht aufgrund der Testierfreiheit gerade nicht.[74] Dem Erblasser steht das Recht zu, einzelne Angehörige zu enterben oder schlechter zu behandeln. Die Zurücksetzung kann mit oder ohne Grund erfolgen, da der Testierfreiheit immanent ist, dass der Erblasser über sein Vermögen auch ungerecht im Sinne des Gleichheitsgedankens des Art. 3 GG verfügen kann.[75]

Das Pflichtteilsrecht erfüllt grundsätzlich die von der Familiengebundenheit des Vermögens geforderte sittliche Pflicht des Erblassers.[76] Auch wenn es keine Rücksicht auf individuelle Lebenslagen nimmt[77], so ist es doch die einzige gesetzliche Vorkehrung für die Mindestteilhabe naher Angehöriger am Nachlass. Meist wird der Erblasser gute Gründe für die Verweisung auf den Pflichtteil haben. Letztlich können auch nahe Angehörige nicht auf eine Weiterversorgung nach dem Tode des Erblassers Ansprüche erheben, sondern nur hoffen. Die jeweilige konkrete Untersuchung, ob Bedürftigkeit vorliegt, womöglich ob diese unverschuldet ist, wer diese zu verantworten hat o. ä., erscheint zu undurchführbar und unsicher, um daraus die Sittenwidrigkeit eines grundrechtlich verbürgten Erblasserwillens ableiten zu können. Auch die Tatsache, dass die Übergehung zugunsten Pflichtteilsberechtigter nicht § 138 BGB unterfallen soll, erscheint als Aussonderungskriterium ungeeignet. Die Realität beweist, dass die Begünstigten gerade nicht den Enterbten unter die Arme greifen, sondern oft noch an deren Enterbung beteiligt gewesen sein werden. Auch das Kriterium der finanziellen Abgesicherheit kann in der Realität unterschiedlich ausgelegt und verschleiert werden. Aufgrund dieser tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheiten bei der Bewertung von Fällen der Übergehung naher Angehöriger, sollte vom Verdikt der Sittenwidrigkeit grundsätzlich abgesehen werden.

Husmann weist zudem richtigerweise darauf hin, dass dem Gut des Erblassers heute grundsätzlich *keine familiensichernde* Bedeutung zukomme. Was ein Erblasser heute als Nachlass hinterlässt, ist in der Regel nicht „von den Vätern ererbtes", weiterzuleitendes Sippen- oder Familiengut, sondern selbständig erworbenes Vermögen des Erblassers. Die Vererbung eines Hofes oder eines Familienunternehmens mag im Zweifel abweichend beurteilt werden müssen. Eine Kontrolle des Erblassers, wie er über sein mit eigener Kraft und eigenem Fleiß erworbenes Vermögen zu disponieren hat, ist aber weder sittlich noch rechtlich gerechtfertigt. Den Vätern des BGB war durchaus bewusst, dass sie bei der Anerkennung der Testierfreiheit in Kauf nehmen müssen, dass nahe Familienangehörige, die etwa sogar durch ihre Mitarbeit zur Vermehrung des Vermögens beigetragen haben, enterbt werden oder in ihren gesetzlichen Rechten geschmälert werden könnten. Obwohl zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGB das soziale Netz keineswegs so eng verflochten war wie heute, haben es die Autoren des BGB für ausreichend und notwendig erachtet, die Versorgung der Familie über das Pflichtteilsrecht zu sichern.[78] Hinzu kommt, dass neben bestehenden Sozialleistungen für Notleidende der Ehegatte noch einen Zugewinn- und Versorgungsausgleich fordern kann. Dem Erbrecht darf jedenfalls nicht die Funktion zugewiesen werden, jeden erdenklichen familiären Notfall abzuwenden. Wer z. B. nichts zu vererben hat, kann auch die nach seinem Tode mögliche Notlage der Familie nicht abwenden.

5. Ergebnis: Vorrang der Privatautonomie

Insbesondere diejengen Stimmen in der Literatur, die sich im zuletzt besprochenen Bereich für die starke Stellung der Testierfreiheit aussprechen, sollten ihre meist noch der hier vertretenen Ansicht entgegenlaufenden Auffassungen hinsichtlich erbrechtlicher Potestativbedingungen überdenken. Einerseits dem Erblasser im Felde letztwilliger Verfügungen zuungunsten naher Angehöriger unter Berufung auf die Existenz des Pflichtteilsrechts und der Testierfreiheit größtmöglichste Verfügungsfreiheit einräumen zu wollen, und andererseits einen Verstoß gegen Grundrechte oder das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden anzunehmen, wenn der Erblasser insbesondere einem Angehörigen doch etwas zukommen lassen will, allerdings nur unter gewissen Voraussetzungen, die zu erfüllen im Belieben der Bedachten stehen, erscheint zweischneidig und der Rechtssicherheit zuwiderlaufend.

Der zunehmende Einfluss des Verfassungsrechts auf die zivilrechtliche Dogmatik muss demnach besonders im Erbrecht auf Bedenken stoßen. Selbst wenn die Grundrechte als Ausdruck einer durch die Verfassung vorgegebenen Wertordnung verstanden werden, die nach der hier vertretenen Auffassung im Erbrecht lediglich über die Generalklausel des § 138 BGB ausstrahlen kann, muss die Auswirkung auf die Beurteilung der Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen gering bleiben. Der Grundsatz der Privatautonomie sollte gerade im Erbrecht erhalten bleiben, denn als Schranke der Testierfreiheit erweist sich das Pflichtteilsrecht meist als ausreichend. Diese Schlussfolgerung ist eingebettet in die weitere Diskussion um den steigenden Einfluss des Verfassungsrechts im Zivilrecht. Dass das BGB sein geistiges Fundament in einem „ethischen Personalismus" hatte, der in der Verklammerung von Recht und Ethik im Wesentlichen auf *Kant* zurückging, sollte hierbei wieder ins Gedächtnis zurückgerufen werden.[79] Eine den steigenden Einfluss der Grundrechte in zivilrecht-

---

70 *Staudinger/Otte*, Vorbem. zu §§ 2064 ff. BGB Rdnr. 164; *Simshäuser*, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebtentestamente, 1971, S. 53; *Thielmann*, S. 207.

71 BGHZ 52, 19.

72 *Staudinger/Otte*, Vorbem. zu §§ 2064 ff. BGB Rdnr. 168.

73 *Otte*, JA 1985, 192, vgl. auch *Simshäuser*, S. 48; *Thielmann*, S. 214.

74 BGHZ 70, 313.

75 *Brox*, Erbrecht, S. 171.

76 Vgl. auch *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326; *Ramm*, JZ 1970, 129; *Simshäuser*, S. 49; *Schlitt*, Klassische Testamentsklauseln, 1991, S. 30.

77 *Staudinger/Otte*, Vorbem. zu §§ 2064 ff. BGB Rdnr. 160.

78 *Schlitt*, S. 32.

79 *Diederichsen*, Jura 1997, 57.

lichen Problemstellungen rechtfertigen wollende Grundwertekonzeption, die oft nur zu einer Verdoppelung der Begriffe führt[80], kann überdies nicht vollständig sein, da die Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion als Maßstab dienten und gerade nicht als Wertordnung für das Zusammenleben der Bürger untereinander konzipiert sind. Daraus folgert *Diederichsen* völlig zu Recht, dass die Grundwerteordnung des Grundgesetzes zwar den Eindruck der Vollständigkeit erwecke, aber unserer Gesellschaft ihre Werte nicht abschließend vorgeben könne.[81] Dann kann sie aber nicht gleichzeitig Basis für die vom Verfassungsauftrag nicht gedeckte Übernahme der Verantwortung für die gesamte Rechtsordnung durch das BVerfG sein. Auch wenn man nicht soweit wie *Böckenförde* gehen will, der einen fortschreitenden Umbau des Verfassungsgefüges zugunsten eines verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaates vermeiden und daran festhalten will, dass die Grundrechte *nur* subjektive Freiheitsrechte gegenüber der staatlichen Gewalt und nicht zugleich objektive Grundsatznormen für alle Bereiche des Rechts sind[82], so kann eine Arbeitsüberlastung des Verfassungsgerichts nur durch Beschränkung auf das Wesentliche erreicht werden. Dies muss die Sicherung von Grundrechten in echten Extremfällen sein. So täte das BVerfG nach *Isensee* der Privatautonomie einen guten Dienst, wenn es dieselbe respektierte, es dem Gesetzgeber überließe, ihre Grenzen zu ziehen, und sich darauf konzentrierte, die Schranken der Privatautonomie zu überprüfen, statt ihre Ausübung zu kontrollieren und so seinerseits auf diffuse Wertungen und Wägungen nach Billigkeit und Zeitgeist angewiesen in grundrechtliche Schutzbereiche einzugreifen.[83] Dem ist nichts hinzuzufügen.

80 Als Beispiel hierfür nennt *Diederichsen* u. a. die Privatautonomie, die als Freiheit, im wirtschaftlichen Verkehr Verträge abzuschließen, über die allgemeine Handlungsfreiheit nunmehr als Grundwert des Grundgesetzes angesehen wird, vgl. *Diederichsen*, Jura 1997, 57 und BVerfGE 12, 341.

81 *Diederichsen*, Jura 1997, 57.

82 *Böckenförde,* Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, S. 66.

83 *Isensee*, DNotZ 2004, 754.

Die Eintragungsfähigkeit variabler Grundschuldzinsen

– zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.1.2006, V ZB 143/05* –

Von Notarassessor Dr. *Christian Kesseler*, Euskirchen

1. Vom variablen gesetzlichen Verzugszins zum variablen Grundschuldzins

Der V. Senat des BGH hatte mit der in diesem Heft abgedruckten Entscheidung vom 26.1.2006 die Frage zu entscheiden, ob es bei der Eintragung eines vom Basiszinssatz abhängigen variablen Grundschuldzinssatzes der ergänzenden Eintragung eines absoluten Höchstzinssatzes bedarf. Der BGH hat sich auf die Divergenzvorlage des OLG Hamm hin gegen die Eintragungsbedürftigkeit eines entsprechenden Höchstsatzes entschieden. Trotz der in Teilaspekten durchaus nicht völlig von der Hand zu weisenden Argumente namhafter Autoren (vom BGH umfangreich zitiert) und der vorausgegangenen Rechtsprechung[1] wäre es erstaunlich gewesen, wenn der BGH eine Eintragung ins Grundbuch für unzulässig erklärt hätte, die bereits nach der gesetzlichen Regelung der §§ 1118, 1146 BGB Inhalt der Hypothek bzw. der Grundschuld ist.

Haftet nämlich das Grundstück für Verzugszinsen des persönlichen Schuldners nach §§ 1118, 288 Abs. 1, Abs. 2 BGB bzw. (fingiert) des Grundstückseigentümers nach §§ 1146, 288 Abs. 1 BGB, so ist ein variabler Zinssatz ohne Höchstgrenze Inhalt des Pfandrechts. Durch die Änderung des gesetzlichen Verzugszinssatzes von 4 % p. a. zum variablen Zinssatz von 5 bzw. 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ist dieser auch in das Recht der Grundpfandrechte vorgedrungen. Wenn aber dieser variable Zinssatz, der einen Höchstsatz gerade nicht kennt, gesetzlicher Inhalt des Grundpfandrechts ist, dann muss auch jeder andere Zinssatz, der an den Basiszinssatz angelehnt ist, zulässiger rechtsgeschäftlich vereinbarter Grundschuldzins sein können, ohne dass ein Höchstzinssatz anzugeben wäre.

Dem teilweise vorgebrachten Argument zur Aufrechterhaltung der Bestimmtheit grundbuchlicher Eintragungen, Verzugszinsen aus der dinglichen Haftung gemäß § 1118 BGB auszuklammern,[2] tritt der BGH mit dem zutreffenden Argument entgegen, dafür fehle es an jedweder gesetzlichen Grundlage; im Übrigen – und dies scheint mir hier wichtiger – würde dadurch § 1146 BGB überflüssig. Eine § 1146 BGB ergänzende Norm, nach der die Haftung des Grundpfandrechts auf eine Obergrenze eines Verzugszinssatzes beschränkt bliebe, obwohl die tatsächlichen Verzugszinsen höher sind, gibt es nicht. Die in der Literatur dagegen vorgebrachte Kritik richtet sich der Sache nach gegen den Gesetzgeber, der mit dem variablen Zinssatz einen Fremdkörper in das Recht der Grundpfandrechte eingebracht habe.

Der BGH argumentiert ferner mit einem „systematischen Seitenblick“ auf die Möglichkeit der Eintragung von Grundpfandrechten in ausländischen Währungen. Nach § 1 Nr. 3 der Verordnung über Grundpfandrechte in ausländischer Währung ist die Eintragung von Grundpfandrechten, die in Schweizer Franken und nach Nr. 4 in US-Dollar lauten, möglich. Deren Schwankungsmöglichkeiten gegenüber dem Euro führen ohnehin dazu, dass der Inhalt einer Grundschuld – jedenfalls in Euro – nicht zuverlässig zu ermitteln ist. Dies wäre allen-

* MittBayNot 2006, 501 (in diesem Heft).

1 OLG Schleswig, MittBayNot 2003, 295; OLG Celle, OLGR 2004, 476 = DNotI-Report 2004, 202.

2 Vgl. nur MünchKommBGB/*Eickmann*, § 1118 Rdnr. 3 und 5.

falls dann möglich, wenn auch zu diesem Gesetz vertreten würde, es müsste ein Höchst- oder Niedrigstkurs als weitere Grenze ins Grundbuch eingetragen werden.

Ein weiterer Seitenblick sollte, auch wenn der BGH dies in seiner Entscheidung gerade nicht vollzogen hat, auf das dem Hypothekenrecht nahestehende Recht der Reallast geworfen werden. Dies liegt bereits insofern nahe, als § 1107 BGB hinsichtlich der einzelnen Leistungen aus der Reallast auf die gesetzlichen Bestimmungen zu den Zinsen einer der Hypothekenforderung verweist (wie überhaupt die Reallast den Grundpfandrechten erheblich näher steht als den Dienstbarkeiten). Für die im Rahmen der Reallast zu erbringenden Leistungen hat der Gesetzgeber durch das EuroEG vom 9.6.1998 (BGBl I, 1242) ausdrücklich durch den dem § 1105 Abs. 1 BGB neu angefügten Satz 2 geregelt, dass als dinglicher Inhalt eine Anpassung an geänderte Verhältnisse vereinbart werden kann, wenn aufgrund der getroffenen Vereinbarungen Art und Umfang der Leistung bestimmt werden kann. Eine Bestimmtheit der Leistung zum Eintragungszeitpunkt muss damit gerade nicht gegeben sein, erforderlich ist allein die Einigung (ggf. entsprechende Eintragungsbewilligung) über die Grundlagen der Bestimmung zum konkreten Leistungszeitpunkt und damit die Bestimmbarkeit.[3] Soll ein nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht ausreichend bestimmter Zinssatz (oder eine sonstige Nebenleistung) zum Inhalt des Grundpfandrechts gemacht werden, kann es sich ggf. für den Gestalter anbieten, hinsichtlich der Nebenleistungen auf die Bestellung einer Reallast neben dem die Hauptsumme sichernden Grundpfandrecht zurückzugreifen und so von § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB Gebrauch zu machen.

2. Vom Nominalwert zum wirtschaftlichen Wert – von Bestimmtheit zu Bestimmbarkeit

a) Wirtschaftlicher Hintergrund

Den rechtlichen Überlegungen des BGH soll an dieser Stelle eine wirtschaftliche Überlegung an die Seite gestellt werden. Wenn die Vertreter der Auffassung von der Unzulässigkeit variabler Zinsen ohne Höchstzinssatz Kritik an jeder Grundstücksbelastung erheben, deren Wert nicht von vornherein eindeutig bestimmt werden kann, liegt dem im Grunde genommen eine Fehlvorstellung über Geldwertentwicklungen zugrunde. Führt man sich nämlich vor Augen, dass durch Inflation oder Deflation Änderungen im relativen Wert des eingetragenen Sicherungsmittels zum Pfandgegenstand eintreten können, wird schnell klar, dass die Fixierung auf genau errechenbare Geldbeträge eine solche auf abstrakte Zahlen, nicht jedoch auf eine Beteiligung am Grundstückswert darstellt. So kann sich in Deflationsszenarien, wie sie in Japan in den letzten Jahren geherrscht haben und auch am deutschen Immobilienmarkt jedenfalls außerhalb der Ballungszentren zu beobachten waren, ein fix eingetragener Geldbetrag als immer größerer Anteil am zugrundeliegenden Grundstückswert darstellen. Dem Gläubiger des zweitrangigen Rechtes wird es in diesem Fall ziemlich gleichgültig sein, ob das erstrangige Recht nominal kalkulierbar gewesen ist und unverändert bleibt, wenn das zugrundeliegende Pfandobjekt gemessen an diesem Nominalbetrag immer weniger Wert wird. Die gleiche Entwicklung gilt natürlich in Inflationszeiten, dann aber zulasten des vorrangig eingetragenen Rechts. Selbst dann, wenn ein aktuell korrekter Zins eingetragen wird, besteht die Gefahr, dass durch eine Änderung der Geldwertverhältnisse dieser gemessen am Realwert unrichtig wird. Nur wenn man dem Bestimmtheitsgrundsatz einen Selbstzweck zumisst, ist das Festhalten an starren Zahlen geboten. Die Begeisterung für die leichte Kalkulierbarkeit von Zahlen lässt leicht übersehen, dass diese nichts anderes als abstrakte Größen sind.

Führt man den vorstehenden Gedanken einen Schritt weiter, wird ferner klar, dass die Einführung eines variablen Zinssatzes angelehnt an den Basiszinssatz dem hinter dem Bestimmtheitsgrundsatz stehenden Zweck wahrscheinlich sogar besser gerecht wird als ein starrer Zinssatz. Letztlich spiegeln Veränderungen im Basiszinssatz – u. U. mit gewissem zeitlichem Vor- oder Nachlauf – immer auch die Veränderungen in der Geldwertstabilität wider. Hohe Inflationsraten produzieren hohe Zinsen, niedrige Inflationsraten niedrige, in deflationistischen Szenarien können Zinsen sogar negativ werden, wie dies beispielsweise in Japan der Fall war. Nun mag dies keine optimale Verbindung darstellen, da die Preisentwicklungen am Immobilienmarkt nicht immer mit der allgemeinen Preisentwicklung konform gehen. Zielgenauer als ein starrer Zinssatz ist sie aber allemal.

Die Vereinbarung variabler Zinsen für Geldschulden ist deshalb eine verständliche Reaktion auf die Unsicherheiten der Inflation. So hat selbst der Bund mittlerweile Anleihen emittiert, die sowohl hinsichtlich des Zinssatzes als auch hinsichtlich des Rückzahlungsbetrages von der Entwicklung des harmonisierten Verbraucherpreisindexes der Europäischen Union (HVPI) abhängen.

b) Brückenschlag zur Bestimmbarkeit als ausreichendem Maßstab der bestimmten Geldsumme des § 1113 Abs. 1 BGB?

Ist der sehr strenge Bestimmtheitsgrundsatz insoweit bereits durchbrochen, sollte die Frage gestellt werden dürfen, ob es nicht sinnvoll ist, Grundpfandrechte insgesamt für variable Komponenten zu öffnen. Dies muss nicht dabei stehen bleiben, den Zinssatz an andere (bestimmbare) Maßstäbe zu knüpfen als den Basiszinssatz, bspw. andere praktisch wichtige Zinssätze (Euribor, Libor, usw.) oder Anpassungen im Falle von Veränderungen der Kreditwürdigkeit (Rating). Es käme auch in Betracht, die Hauptsumme selbst variabel zu gestalten, sie bspw. von der Entwicklung des Verbraucherpreisindexes abhängig zu machen. Verfolgt man den Gedanken, dass der nachrangige Gläubiger den Anteil am Grundstückswert, den das vorrangige Recht in Anspruch nimmt, so sogar leichter kalkulieren kann als mit starrem Nominalbetrag nebst Zins, sprächen seine Interessen nur gegen diese Lösung, wenn auch dessen Hoffnung auf inflationsbedingte Vorteile geschützt werden soll.

Dass ich eine entsprechende Ausweitung für sinnvoll halte, braucht nach den vorstehenden Überlegungen nicht betont zu werden. Praktische Anwendungsfälle gibt es viele, man denke nur an die immer häufiger werdenden Abfindungs- und Gleichstellungszahlungen an weichende Familienangehörige bei Übergabeverträgen. Die insoweit gemachte Differenzierung zwischen Grundpfandrechten und Reallasten hat für sich bereits etwas Willkürliches, wenn man bedenkt, dass die Befriedigung aus der Reallast derjenigen aus dem Grundpfandrecht entspricht. Angesichts der Tatsache, dass der Gesetzgeber bei den Zinsen und bei Fremdwährungsrechten nur „bestimmbare“, nicht jedoch bestimmte Komponenten vorgesehen hat, ist ferner die Frage angebracht, warum daraus nicht eine Aufweichung des strengen Bestimmtheitsgebotes abgeleitet werden können soll.

---

3 Zu Einzelheiten siehe *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., 2004, Rdnr. 1297 ff.; *Palandt/Bassenge*, BGB, 65. Aufl., 2006, § 1105 Rdnr. 6; *Erman/Grziwotz*, BGB, 11. Aufl., 2004, § 1105 Rdnr. 6, jeweils m. w. N.

Die Frage ist aber, ob der BGH mit den Ausführungen im Urteil einen solchen Brückenschlag, sei es auch nur hin zu variablen Zinssätzen, die nicht vom Basiszinssatz abhängen, vornehmen wollte. Dafür spricht, dass er mit den Ausführungen zu den gesetzlichen Möglichkeiten der Eintragung von Fremdwährungsgrundpfandrechten die Entscheidung des Gesetzgebers zu jedenfalls in Euro unbestimmten aber bestimmbaren dinglichen Rechten in das Zentrum der Entscheidungsbegründung gestellt hat. Nicht verkannt werden darf dabei aber, dass der V. Senat an keiner Stelle das absolut herrschende Verständnis des Begriffs der bestimmten Geldsumme des § 1113 Abs. 1 BGB in Frage stellt. Anders als bei der Reallast, bei der auch schon vor Einfügung des § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB absolut herrschend davon ausgegangen wurde, dass die Bestimmbarkeit, nicht jedoch die Bestimmtheit Entstehungsvoraussetzung ist,[4] wurde und wird für die Grundpfandrechte hinsichtlich des Begriffs der bestimmten Geldsumme die bloße Bestimmbarkeit gerade nicht als ausreichende Entstehungsvoraussetzung angesehen. Der BGH diskutiert die Zulässigkeit der variablen Zinsen ohne Höchstsatz nur anhand der vom Gesetzgeber selbst vorgesehenen Durchbrechungen des Bestimmtheitsgebotes. Dies mag seine Ursache darin haben, dass nur dies Gegenstand der zur Entscheidung anstehenden Frage war. M. E. sieht sich der BGH aber vor allem aus einem Grund an einer Ausweitung der variablen Komponenten des Grundpfandrechts gehindert: Der Wortlaut des § 1113 Abs. 1 BGB lässt dies schlicht nicht zu.[5] Die Norm spricht eindeutig von der bestimmten Geldsumme, was keinen Raum für die Zulässigkeit der bloßen Bestimmbarkeit lässt. Der Gesetzgeber kann sich ohne weiteres über dieses Hindernis hinwegsetzen und hat dies erkennbar auch bei den variablen Zinsen sowie bei Fremdwährungen getan. Dem Rechtsanwender ist dieser Weg aber wegen der Schranke der Wortlautgrenze verschlossen.

So sehr ein Bedürfnis nach und eine wirtschaftliche Legitimierung der variablen Komponenten bei Grundpfandrechten besteht, auf Basis des geltenden Rechts dürften diese außerhalb der engen vom Gesetzgeber selbst vorgenommenen Durchbrechungen unzulässig sein. Das, was der Gesetzgeber selbst als möglichen Inhalt des Grundpfandrechts vorgesehen hat, kann auch Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung sein. Variable Zinsen angelehnt an den Basiszinssatz sind damit zulässig. Anderen Komponenten muss bis zu einer etwaigen Änderung des § 1113 Abs. 1 BGB die Zulässigkeit aber versagt bleiben.

3. Vom gesetzlichen Gemeinschaftsverhältnis zum vereinbarten Gemeinschaftsverhältnis bei der Grunddienstbarkeit

Das Urteil könnte, und dies scheint mir de lege lata die interessanteste Komponente des Urteils zu sein, Fernwirkungen auf andere Bereiche entfalten. Sieht man sich die Argumentation des BGH an, läuft sie auf den Kernsatz hinaus, dass jedenfalls das, was gesetzlicher Inhalt eines dinglichen Rechts sein kann, auch rechtsgeschäftlich in dessen Inhalt aufgenommen werden kann. Dieses Problem stellt sich in der notariellen Praxis allerdings nicht nur bei den Grundpfandrechten, sondern auch noch an anderer Stelle. Es ist noch immer umstritten, inwieweit eine einheitliche Grunddienstbarkeit zugunsten mehrerer Grundstücke bestellt werden kann, wenn der Inhalt der Dienstbarkeit für alle gleich ist.[6] Die herrschende Meinung erkennt die Möglichkeit einer solchen Eintragung jedenfalls dann an, wenn eine Anlage (Weg, Leitung oder Ähnliches) auf einem dienenden Grundstück durch die herrschenden Grundstücke inhaltsgleich genutzt wird.[7] Dies wird vor allem damit begründet, dass durch Teilung eines herrschenden Grundstücks genau diese Situation ohnehin eintreten könne. Unabhängig von jeder rechtlichen Bewertung sollte die Begründung einer solchen einheitlichen Grunddienstbarkeit auch praktisch schon deshalb möglich sein, da sonst bei Erschließungsdienstbarkeiten im innerstädtischen Bereich in nicht seltenen Fällen die Abt. II des Grundbuchs unüberschaubar würde.

§ 47 GBO fordert (Ordnungsvorschrift!) nun bei Eintragung eines Rechts für mehrere Berechtigte die Eintragung eines Beteiligungsverhältnisses. Die klassischen Beteiligungsverhältnisse Gesamthand, Bruchteil, Mitberechtigung nach § 432 BGB, Gesamtberechtigung nach § 428 BGB passen ihren Regelungen nach allesamt nicht auf das Nebeneinander der Berechtigung mehrerer herrschender Grundstücke. Oft findet sich in der Praxis die Angabe eines Beteiligungsverhältnisses als „nach § 428 BGB“. Dass dies rechtlich wenig fundiert und im Kern „unsinnig“ ist,[8] ist wohl den meisten klar, wegen des großen Erfolgs bei Eintragungsersuchen beim Grundbuchamt findet es trotzdem flächendeckend Verwendung.

Der BGH weist nun mit der vorstehenden Entscheidung den Weg in die richtige Richtung. Wenn es zutrifft, dass das, was gesetzlicher Inhalt einer Grundstücksbelastung sein kann, auch rechtsgeschäftlich vereinbart werden kann, dann muss dies auch für die Grunddienstbarkeit fruchtbar gemacht werden können. *Amann*[9] hat mit diesem Argument, ohne allerdings um die nachfolgende Stützung durch den BGH zu wissen, den Vorschlag gemacht, eine Grunddienstbarkeit, die einheitlich für mehrere gleichrangige Berechtigte bestehen soll, als im Beteiligungsverhältnis der §§ 1025, 1024 BGB analog einzutragen. Ist eine Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen und wird das herrschende Grundstück alsdann geteilt, entsteht eine gemeinsame Berechtigung nach §§ 1025, 1024 BGB. Sowohl was die Belastung des dienenden Grundstücks als auch das Neben- und Miteinander der Berechtigungen der herrschenden Grundstücke angeht, trifft das so eingetragene Gemeinschaftsverhältnis eine nahezu salomonische Entscheidung. Wie besser als durch eine in § 1024 BGB geregelte Berechtigung, die „jede(m) Berechtigte(n) eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung“ abverlangt, ließe sich materiell das Nebeneinander der berechtigten Grundstückseigentümer an einer „gemeinsamen“ Dienstbarkeit beschreiben. Dass nach § 1025 BGB die Nutzung aller herrschenden Grundstücke im Zweifel für den Eigentümer des dienenden Grundstücks nicht beschwerlicher sein darf als diejenige des einzelnen ungeteilten Grundstücks, lässt sich für die originäre Eintragung durch die Zweifel beseitigende Vereinbarung abweichend regeln.

Was soll nun gegen eine solche Eintragung sprechen? Meine Antwort lautet: nichts! § 47 GBO fordert die Angabe eines Gemeinschaftsverhältnisses, von einem bestimmten Kanon der

---

4 Siehe dazu nur BGHZ 111, 324; BayObLG, DNotZ 1954, 58.

5 Zur sogenannten Wortlautgrenze siehe *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 322; *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, S. 42.

6 *Staudinger/Ring*, BGB, 12. Aufl. 1994, § 1018 Rdnr. 15; *Haegele*, Rpfleger 1969, 266.

7 BayObLG, MittBayNot 1983, 168; MittBayNot 2002, 288 m. Anm. *Mayer*; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1124; MünchKommBGB/*Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 23; *Meikel/Böhringer*, GBO, § 47 Rdnr. 120 ff.; jeweils m. w. N.

8 So *Amann*, Tagungsskript DAI – Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung 2005/2006, S. 148.

9 *Amann*, S. 149.

Gemeinschaftsverhältnisse oder gar einem Numerus clausus ist in der Norm nicht die Rede. Es würde der Schwanz mit dem Hunde wedeln, sollte durch die bloße Ordnungsvorschrift des § 47 GBO die Eintragung eines zivilrechtlich zulässigen Gemeinschaftsverhältnisses verhindert werden können. Daran aber, dass das Gemeinschaftsverhältnis, wie es in den §§ 1025, 1024 BGB vorgesehen ist, möglich und zulässig ist, kann es keinen Zweifel geben, wenn der Gesetzgeber dies als gesetzlichen Automatismus vorgesehen hat. Der BGH hat mit der hier besprochenen Entscheidung klar gemacht, dass jedenfalls aus grundbuchrechtlichen Gründen die Eintragung solcher Rechte, die gesetzlich vorgesehenen Typen entsprechen, nicht verhindert werden kann. Was aber bereits für den Inhalt eines Rechts gilt, muss erst recht für ein daran bestehendes Gemeinschaftsverhältnis gelten.

Es sollte einen Versuch wert sein, unter Stützung auf die Entscheidungsgründe des vorgenannten Urteils die Eintragung einer Dienstbarkeit im vorgenannten Verhältnis zu versuchen. Solange noch keine Rechtsprechung vorliegt, sollte davon allerdings nur Gebrauch gemacht werden, wenn das Grundbuchamt seine Zustimmung bereits signalisiert hat oder Zeit genug vorhanden ist, die Eintragungsfähigkeit in einem Verfahren zu überprüfen. Ich halte die Erfolgsaussichten jedenfalls vor dem BGH angesichts der hier besprochenen Entscheidung für sehr hoch.

Vertretung und Genehmigungserfordernisse bei Rechtsgeschäften kirchlicher Vermögensträger in Bayern – Teil II: Römisch-Katholische Kirche

Von Notar Dr. *Frank Eckert*, Mag. rer. publ., Marktheidenfeld, und Bruder Dr. *Noach Heckel* OSB, Abtei Münsterschwarzach

Die nachstehenden Ausführungen sollen als Arbeitshilfe für Rechtsgeschäfte dienen, an denen öffentliche juristische Personen der römisch-katholischen Kirche in Bayern beteiligt sind. Der Beitrag ergänzt somit die in den MittBayNot bereits erschienenen Ausführungen von *Seeger* zu Rechtsgeschäften der evangelisch-lutherischen Kirche in Bayern.[1] Der Beitrag soll in gekürzter Form auch als Arbeitshilfe in der nächsten Auflage des Handbuchs für das Notariat in Bayern und der Pfalz aufgenommen werden.[2]

I. Einführung

Einrichtungen der katholischen Kirche nehmen mit ihrem Vermögen am allgemeinen Wirtschafts- und Rechtsverkehr teil. Das Kirchenvermögen ist daher den verschiedenen Bedingungen ebenso unterworfen wie weltliches Vermögen. Anders als weltliches Vermögen dient es aber auch Zielen der Kirche. Wegen dieser besonderen Zweckbindung soll Kirchenvermögen dauerhaft erhalten bleiben. Daher wurde die Möglichkeit zur Veräußerung von Kirchenvermögen immer weiter eingeschränkt, bis schließlich die Kirche ihr Vermögen dem allgemeinen Güterverkehr entzog.[3] Der Codex Iuris Canonici von 1983 (CIC/1983), das Gesetzbuch der lateinischen Kirche, sieht nunmehr aber die Alienationsmöglichkeit als eigenes Recht der Kirche an (vgl. c. 1254 § 1[4]). Da öffentliche juristische Personen der katholischen Kirche auch und gerade im Freistaat Bayern über nicht unwesentliches Immobilienvermögen verfügen, sind – neben der Frage nach dem Vermögensträger und dessen Vertretung – insbesondere die kirchenrechtlichen Veräußerungsregelungen auch für den Notar von Interesse.

II. Kirchenvermögen

Kirchenvermögen ist gem. c. 1257 § 1 „jedes Vermögen, das der Gesamtkirche, dem Apostolischen Stuhl oder anderen öffentlichen juristischen Personen in der Kirche gehört“. Unter dieses Vermögen, auf das die Bestimmungen des CIC/1983 über die Vermögensverwaltung Anwendung finden, ist die Gesamtheit aller geldwerten Rechte zu fassen, die einer kirchlichen öffentlichen juristischen Person zusteht. C. 1257 § 1 bringt hierbei bereits eine bedeutsame Unterscheidung zum Ausdruck. Entscheidend ist, dass das Vermögen einer kirchlichen *öffentlichen* juristischen Person[5] zusteht. Hiervon sind die kirchlichen *privaten* juristischen Personen zu unterscheiden, deren Vermögensverwaltung sich gemäß c. 1257 § 2 grundsätzlich nicht nach den Vorschriften des Liber V des CIC/1983, sondern nach den jeweiligen eigenen Statuten richtet. Auf Letztere soll in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen werden.

III. Kirchliche Vermögensträger

Rechtssubjekt und Inhaber des Eigentumsrechts an den zeitlichen Gütern in der Kirche sind gem. c.1256 jene Institute, die als juristische Personen die Vermögenswerte rechtmäßig erworben haben.[6]

Für die notarielle Praxis interessant sind vor allem die Vermögensträger auf der ortskirchlichen bzw. pfarrlichen Ebene.

---

1 MittBayNot 2003, 361.

2 Dort Nr. 350.

3 *Fischer*, Finanzierung der kirchlichen Sendung, 2005, S. 165 f.

4 Zitierte Canones des CIC beziehen sich auf die derzeit geltende Fassung des CIC/1983.

5 Öffentliche juristische Personen sind Gesamtheiten von Personen oder Sachen, die von der zuständigen kirchlichen Autorität errichtet werden, damit sie im Namen der Kirche die ihnen im Hinblick auf das öffentliche Wohl übertragene Aufgabe erfüllen. Sie erhalten ihre Rechtsstellung von Rechts wegen (so z. B. die Pfarrei gem. c. 515 § 3) oder durch besonderes Dekret der zuständigen kirchlichen Autorität.

6 Näheres bei *Heimerl/Pree*, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, 1993, S. 64 ff., 94 ff.

Hier sind die Pfarrkirche, die Pfarrpfründe und die Pfarrei zu nennen. Nach geltendem Kirchenrecht sind die Pfarrkirchen nicht notwendig juristische Personen.[7] In Bayern ist die Kirchenstiftung Rechtsträger der Pfarrkirche, sie ist nicht nur juristische Person nach kanonischem Recht, sondern auch im staatlichen Recht eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts. Kirchenstiftungen bestehen als Pfarrkirchenstiftungen, Kuratiestiftungen, Expositurstiftungen oder Filialkirchstiftungen, Art. 5 Abs. 1 Ziff. 1 Ordnung für kirchliche Stiftungen vom 1.7.1988 (KiStiftO)[8]. Die Pfarrpfründe sind dagegen Relikte des sich im Mittelalter herausbildenden Benefizialwesens. Trotz der Beseitigung des Benefizialwesens durch den CIC/1983 sind die Pfründestiftungen als Rechtsträger der kirchlichen Pfarrpfründe geblieben; sie spielen heute auch noch im Grundstücksverkehr eine nicht unbedeutende Rolle. In Bayern ist die Pfründestiftung in der KiStiftO geregelt und gilt gemäß Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 als kirchliche Stiftung.

Die Pfarrei ist gem. c. 515 § 3 kirchliche juristische Person, die Kirchengemeinde in der Regel Körperschaft des öffentlichen Rechts.[9] Ihr Vermögen ist Kirchenvermögen.

In der notariellen Praxis kommen vereinzelt auch „Ordensgemeinschaften" – unter Zugrundelegung des CIC sollte besser von Instituten des geweihten Lebens und Gesellschaften Apostolischen Lebens gesprochen werden – vor. Die Institute des geweihten Lebens, die sich in Religioseninstitute, worunter insbesondere die Orden fallen, und in Säkularinstitute gliedern, zeichnen sich dadurch aus, dass sich ihre Mitglieder durch Gelübde oder andere heilige Bindungen zu den evangelischen Räten verpflichten. Mitglieder von Gesellschaften des Apostolischen Lebens führen ein apostolisches Leben in Gemeinschaft ohne jedoch Ordensgelübde abzulegen. Alle Institute des geweihten Lebens und alle Gesellschaften des Apostolischen Lebens sowie ihre Provinzen und Niederlassungen besitzen kirchenrechtlich die Rechtsstellung einer öffentlichen juristischen Person, cc. 634 § 1, 741 § 1. Ausfluss der Rechtsfähigkeit ist die Vermögensfähigkeit, es sei denn das Eigenrecht sieht etwas anderes vor. In der notariellen Praxis wird man meist mit o. g. Ordensinstituten konfrontiert werden.[10]

Kirchliche Vermögensträger „im weiteren Sinn" sind jedoch auch solche privaten Rechtsträger, die von kirchlichen juristischen Personen gegründet wurden. Zu denken ist dabei im Bereich der Institute an privatrechtliche Gesellschaftsformen, z. B. eine GmbH, die von den Mitgliedern eines Ordens für den Wirtschaftsbetrieb eines Klosters gegründet wird, aber auch an einen privatrechtlichen Verein, der von den Mitgliedern eines Ordens als Vermögensträger des Immobilienvermögens gegründet wird.

IV. Bedeutung der kirchlichen Vorschriften im staatlichen Bereich

Das Kirchenvermögen ist von den Bestimmungen des staatlichen Rechts nicht ausgenommen (Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV); anzuwenden sind bei Rechtsgeschäften unter Beteiligung kirchlicher Vermögensträger also zunächst die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften. Dies ergibt sich daraus, dass sich die Kirche bei solchen Rechtsgeschäften in den Bereich des staatlichen bürgerlichen Rechts begibt und diese Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr eine weitgehende Unterwerfung unter dessen Regeln bedingt.

Gleichwohl stellt sich die Frage, inwieweit das Kirchenrecht selbst zu beachten ist und das Zivilrecht zumindest partiell überlagert bzw. in dessen Vorschriften hineinzulesen ist. Hier ist zu beachten, dass der katholischen Kirche als einer anerkannten Religionsgemeinschaft gem. Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV das Recht zukommt, ihre eigenen Angelegenheiten selbständig zu regeln. Folge dieser kirchlichen Rechtsetzungsbefugnis ist, dass diese auch im staatlichen Raum zu beachten ist und somit in den zivilrechtlichen Raum hinausgreift. Teil der Rechtsetzungsbefugnis sind auch Regelungen, die die Vertretung kirchlicher Einrichtungen betreffen. Dies bedeutet, dass die kirchlichen Vertretungsvorschriften für zivilrechtliche Rechtsgeschäfte unter Beteiligung kirchlicher Vermögensträger Bedeutung haben. Jedoch kommen auch den kirchenrechtlichen Genehmigungserfordernissen Außenwirkung zu. Sie sind somit Wirksamkeitserfordernis des Rechtsgeschäfts, welches von den Beteiligten, dem Notar, aber auch dem Grundbuchamt zu beachten ist.[11] Der Notar hat daher nach § 18 BeurkG auf diese „behördliche" Genehmigung hinzuweisen und dies in der Niederschrift zu vermerken.

Kraft ihrer verfassungsrechtlichen Stellung kann somit die katholische Kirche Voraussetzung und Umfang der Vertretungsmacht ihrer Organe mit verbindlicher Außenwirkung festlegen. Für die Außenwirkung bedarf es lediglich der entsprechenden öffentlichen Bekanntmachung, wobei die kirchenrechtliche Promulgation dieses Erfordernis erfüllt.[12] Die kirchenrechtlichen Vorschriften zur Vertretung kirchlicher Vermögensträger bestimmen zunächst einmal allgemein die jeweilige Vertretungsmacht. Bei diesen echten Vertretungsregeln ergeben sich hinsichtlich ihrer dogmatischen Verortung im Zivilrecht keine Probleme. Diese echten Vertretungsregeln zur Außenvertretung regeln die Vertretungsmacht und sind im zivilrechtlichen Vertretungsrecht gemäß §§ 164 ff. BGB zu verorten. Bei Verstoß gegen diese finden also insbesondere die §§ 177 ff. BGB Anwendung. Problematisch ist jedoch die zivilrechtliche Einordnung kirchenrechtlicher Formvorschriften und Genehmigungsvorbehalte. Hier gibt es unterschiedliche Ansätze. So wird bei den kirchenrechtlichen Genehmigungsvorbehalten teilweise, aber eher selten ein Fall einer Formvorschrift nach § 125 BGB und weit verbreitet sogar ein Fall eines gesetzlichen Verbots nach § 134 BGB angenommen.[13] Richtigerweise wirkt das kirchenrechtliche Veräußerungsverbot mit Genehmigungsvorbehalt jedoch wie eine Begrenzung der Vertretungsmacht der betroffenen kirchlichen

---

7 Unter dem Geltungsbereich des CIC/1917 war die Pfarrkirche juristische Person, die im Hinblick auf das Vermögen zur Erhaltung der Kirche und für die Gottesdienstfordernisse mit dem Kirchenfabrikgut zusammenfiel. Pfarrkirchen in Bayern, die vor dem Inkrafttreten des CIC/1983 juristische Person waren, behalten mangels Rückwirkungsanordnung diesen Rechtsstatus, c. 4.

8 KWMBl I 1988, S. 212. Da mit der KiStiftO staatliches Recht auf kirchliche Bestimmungen verweist, ergibt sich hier von vornherein kein Problem bzgl. der Beachtlichkeit kirchlicher Regelungen im staatlichen Bereich.

9 Die Pfarrei, ein Begriff des Kirchenrechts, und die Kirchengemeinde, ein Begriff des Staatskirchenrechts, werden weitgehend synonym verwendet. Auf die Unterschiede weist *Hallermann*, Pfarrei und pfarrliche Seelsorge, 2004, S. 186 f. hin.

10 Säkularinstitute werden in der notariellen Praxis weniger auftreten, da deren Mitglieder in der Regel nicht gemeinschaftlich zusammenleben, sondern jedes Mitglied für sich in der Welt arbeitet und folglich auch das Institutsvermögen nicht sonderlich groß ist.

11 *v. Schuckmann/Preuß* in Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 4. Aufl. 2003, § 18 Rdnr. 39; OLG Braunschweig, Rpfleger 1991, 452, 453; OLG Hamm, Rpfleger 1981, 60.

12 *Heimerl/Pree*, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, S. 324 f., 503 f.

13 Siehe hierzu *Heinrichsmeier*, Das kanonische Veräußerungsverbot, 1970, S. 125 ff.; *Peglau*, NVwZ 1996, 767 f. m. w. N.

Organe.[14] Auch die Genehmigungsvorbehalte sind daher im Bereich des Vertretungsrechts einzuordnen.[15] Die Folge eines Verstoßes gegen das kanonische Veräußerungsverbot mit Genehmigungsvorbehalt ist daher nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, sondern die schwebende Unwirksamkeit gemäß §§ 177 ff. BGB.[16]

V. Kirchenrechtliche Vorschriften

1. Vorschriften zur Vertretung kirchlicher Vermögensträger

Die Verwaltung des Kirchenvermögens erfolgt durch die Organe der jeweiligen kirchlichen juristischen Personen. Organwalter kann entweder eine Einzelperson oder eine Personenmehrheit sein. Bei Personenmehrheit ist zwischen Innen- und Außenverhältnis zu differenzieren. Im Innenverhältnis erfolgt dort, wo eine Personenmehrheit Organwalter ist, die interne Willensbildung kollegial. Die Außenvertretung, also die rechtsgeschäftliche Vertretung gegenüber Dritten, kann durch eine Einzelperson, z. B. den Vorsitzenden, erfolgen. Die Festlegung der Organe erfolgt durch Stiftsbrief oder Satzung, kirchliches Partikularrecht, gesamtkirchliches Recht, Gewohnheitsrecht und auch staatliches Recht.[17]

Für den häufigsten Fall in der notariellen Grundstückspraxis in Bayern, der Veräußerung von Grundstücken durch eine kirchliche Stiftung ist hinsichtlich der Vertretungsregelung die KiStiftO zu beachten und zwischen Kirchenstiftungen und Pfründestiftungen zu unterscheiden. Die Kirchenstiftungen werden durch die Kirchenverwaltung gemäß Art. 10 KiStiftO vertreten, Art. 9 Abs. 2 KiStiftO. Bei notariellen Urkunden erfolgt die Unterzeichnung jedoch nur durch den Kirchenverwaltungsvorstand[18] unter Vorlage einer pfarramtlich beglaubigten Abschrift des Kirchenverwaltungsbeschlusses, Art. 20 Abs. 1 Satz 2 KiStiftO. Pfründestiftungen werden dagegen durch den Pfründeinhaber vertreten, Art. 35 Abs. 2 KiStiftO.

Bei den Orden bestimmt das Eigenrecht, wer zur Vertretung befugt ist.[19] C. 636 § 1 regelt dabei allgemein, dass der Ökonom die Verwaltung des Vermögens unter der Leitung des zuständigen Oberen durchzuführen hat, c. 638 § 2 zudem, dass Rechtshandlungen der ordentlichen Verwaltung von denjenigen Amtsträgern, die im Eigenrecht dazu bestellt sind, gültig vorgenommen werden.[20]

2. Veräußerungsverbot – Genehmigungserfordernisse

Die Veräußerung (alienatio) von bestimmten kirchlichen Vermögensgegenständen ist gemäß kanonischem Recht zwar nicht grundsätzlich verboten, aber an Gültigkeits- und Erlaubtheitsvoraussetzungen gebunden, vgl. cc. 638, 1291–1295. Es handelt sich also lediglich um ein Veräußerungsverbot mit Genehmigungsvorbehalt. Der für eine gültige oder rechtswirksame Veräußerung notwendige Rechtsakt wird dabei „licentia“ genannt. Das Veräußerungsverbot hat dabei in erster Linie Schutzfunktion hinsichtlich der besonderen Zweckbindung des Kirchenvermögens. Der CIC/1983 kennt zwei Arten der Veräußerung. Unter Veräußerung im engen Sinne werden alle Rechtgeschäfte verstanden, die zur Aufgabe von Eigentum führen. Veräußerung im weiteren Sinne bzw. veräußerungsähnlich ist jedes Rechtsgeschäft, durch das eine kirchliche juristische Person vermögensmäßig schlechter gestellt werden könnte, c. 1295.[21] C. 1291 legt dabei allerdings fest, dass die Regel über die Veräußerung nur bei den öffentlichen juristischen Personen und nur bei der Veräußerung von Stammvermögen (patrimonium stabile) anzuwenden ist.[22] Vom Sinn der Alienationsregelungen her, nämlich der Sicherung der wirtschaftlichen Selbsterhaltungskraft einer bestimmten kirchlichen juristischen Person, wird dabei klar, dass das Veräußerungsverbot auch Platz greift, wenn die Alienation zwischen verschiedenen kirchlichen juristischen Personen stattfindet. Dies gilt z. B. auch im Verhältnis von Pfarrkirche und Pfarrpfründe.[23]

Hinsichtlich der Veräußerungsbeschränkung bestimmt c. 1292 § 1 die Festlegung von Unter- und Obergrenzen. Unterhalb der Untergrenze ist eine zusätzliche Genehmigung zur Rechtswirksamkeit nicht erforderlich. Zwischen der Unter- und der Obergrenze ist die Genehmigung des jeweiligen Diözesanbischofs erforderlich, wenn die jeweilige juristische Person diesem untersteht, andernfalls die nach dem eigenen Statut festgelegte zuständige Autorität. Oberhalb der Obergrenze, auch Romgrenze genannt, ist zusätzlich die Genehmigung des Apostolischen Stuhles erforderlich.[24] Die Deutsche Bischofskonferenz hat die Untergrenze derzeit für Veräußerungen und veräußerungsähnliche Rechtsgeschäfte auf 100.000 €, die

---

14 In diese Richtung auch *Heimerl/Pree*, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, S. 308.

15 So auch *Peglau*, NVwZ 1996, 767, 768.

16 Da die kirchlichen Vorschriften dem öffentlichen Interesse dienen und unbedingte Beachtung verlangen, genießen sie auch Vorrang vor etwaigen Vertrauensschutzgesichtspunkten, vgl. KG, IBR 2001, 674 m. Anm. *Baden*.

17 *Puza* in Listl/Schmitz, HdbKathKR, 2. Aufl. 1999, S. 1093.

18 Nach Art. 10 Abs. 1 Ziff. 1 KiStiftO ist dies in der Regel der Pfarrer.

19 Eine Aufstellung hierzu findet sich bei *Heimerl/Pree*, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, S. 496 ff.

20 Das Vermögensrecht der Orden (cc. 634–640) ist lex specialis zu den allgemeinen Regelungen des Liber V, c. 635 § 1. Die Ausführungen zum Vermögen der Ordensinstitute gelten weitgehend auch für die Gesellschaften des Apostolischen Lebens (vgl. c. 741 § 1). Institutsvermögen der Säkularinstitute – also geweihtes Leben außerhalb klösterlicher Lebensformen – wird hingegen gemäß dem Liber V verwaltet, c. 718.

21 Im Hinblick auf die Regelung des § 33 ErbbauVO ist bei der Belastung mit den dort aufgeführten, beim Heimfall bestehen bleibenden Rechten auch die Belastungszustimmung nach § 5 ErbbauVO durch den kirchlichen Vermögensträger als Grundstückseigentümer genehmigungspflichtig, weil hier eine Veräußerung im weiteren Sinne vorliegt; so auch *Waldner* in Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, AT VIII Rdnr. 113; OLG Braunschweig, Rpfleger 1991, 452; OLG Hamm, Rpfleger 1994, 19; a. A. *Reichert*, BWNotZ 1959, 173. Anders als bei den kommunalrechtlichen Genehmigungserfordernissen ist allerdings wohl schon die Eintragung einer Vormerkung eine Veräußerung im weiteren Sinne und unterliegt daher dem kanonischen Genehmigungserfordernis, so auch *Althaus* in Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici, Stand Juli 2005, Einführung vor c. 1290 Rdnr. 7, c. 1295 Rdnr. 3; a. A. *Waldner*, a. a. O.

22 Zum Stammvermögen gehören nur die auf längere Sicht angelegten Vermögenswerte, die den Zwecken des Vermögensträgers zu dienen bestimmt und geeignet sind. So gehört daher nicht zum Stammvermögen ein ererbtes Grundstück, das mit einem Vermächtnisanspruch eines Dritten belastet ist, so richtig LG Memmingen Rpfleger 1990, 70 m. Anm. *Khan*; *Waldner* in Bauer/v. Oefele, GBO, AT VIII Rdnr. 113.

23 *Althaus* in Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici, c. 1291 Rdnr. 2; *Heimerl/Pree*, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, S. 303. Keine Alienation läge – aufgrund des Schutzzweckes der Sicherung der wirtschaftlichen Selbsterhaltungskraft – nur dann vor, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft zwischen zwei kirchlichen öffentlichen juristischen Personen desselben Ordensinstitutes handelte.

24 Einzuholen ist daher die Genehmigung beim Bischöflichen Ordinariat. Sollte die Genehmigung des Apostolischen Stuhles notwendig sein, so wird diese gleichfalls über das zuständige Bischöfliche Ordinariat eingeholt.

Romgrenze auf 5.000.000 € festgelegt.[25] Jedoch hat sie weiterhin festgelegt, dass Grundstücksveräußerungen und die Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten unabhängig von der Wertgrenze der Genehmigung des Diözesanbischofs bedürfen.[26]

Für die in der notariellen Praxis am häufigsten vorkommenden Veräußerungen durch kirchliche Stiftungen regelt bereits Art. 44 KiStiftO die stiftungsaufsichtliche Genehmigung.[27] Hinsichtlich des Verhältnisses dieser stiftungsaufsichtlichen Genehmigung im Verhältnis zu den kanonischen Regelungen der Vermögensverwaltung ist zu beachten, dass die bayerischen Diözesen durch die von ihnen erlassene KiStiftO die entsprechenden canones ausfüllen bzw. sie partikularrechtlich ergänzen. Insofern tritt die stiftungsaufsichtliche Genehmigung gemäß Art 44 KiStiftO an deren Stelle.[28] Kirchliche Stiftungsaufsichtsbehörde ist dabei die (Erz-)Bischöfliche Finanzkammer, Art. 42 Abs. 2 KiStiftO.

Bei der Veräußerung und Belastung von Stammvermögen einer Ordensgemeinschaft ist zusätzlich zu beachten, dass dies bereits nach c. 638 § 3 als Akt der außerordentlichen Verwaltung der – mit Zustimmung seines Rates gegebenen – Erlaubnis des nach dem jeweiligen Eigenrecht zuständigen Oberen bedarf.[29] Die Vorschrift tritt dabei neben die cc. 1291 ff., so dass auch hier die übrigen Erlaubtheitsvoraussetzungen für Veräußerungen, wie sie der Liber V vorsieht, zu beachten sind. Für Ordensgemeinschaften besteht im Hinblick auf diese spezielle Vorschrift keine Untergrenze, während auch hier die Ober- bzw. Romgrenze 5.000.000 € beträgt.[30]

VI. Besonderheiten des Beurkundungs- und des Grundbuchverfahrensrechts

Zum Teil werden für die Vertretung kirchlicher Vermögensträger durch deren Organe bestimmte Formvorschriften vorgeschrieben, insbesondere die Beidrückung des Amtssiegels oder -stempels. Hier ist die Vorschrift des § 67 BeurkG zu beachten. Diese Vorschrift stellt klar, dass die öffentliche Beurkundung die Beidrückung des Siegels ersetzt. Nach einhelliger Meinung in der Kommentarliteratur gilt § 67 BeurkG auch für die Kirchen und ihre Untergliederungen.[31]

Im Freistaat Bayern sieht zudem die KiStiftO für die Kirchenstiftungen vor, dass bei von Notaren aufzunehmenden Urkunden allein der Kirchenverwaltungsvorstand ohne Beidrückung des Amtssiegels, jedoch unter Vorlage einer pfarramtlich beglaubigten Abschrift des entsprechenden und von allen anwesenden Kirchenverwaltungsmitgliedern unterzeichneten Kirchenverwaltungsbeschlusses zu unterschreiben hat, Art. 20 Abs. 1 Satz 2 KiStiftO.

Ein weiteres Problem stellt im Beurkundungs- und Grundbuchverfahren der Nachweis der Vertretungsmacht dar.[32] Die innerkirchlichen Regelungen über Vertretung und zuständige Organwalter sowie das Genehmigungsverfahren sind komplex und könnten insbesondere das förmliche Grundbuchverfahren nicht unerheblich verkomplizieren.[33] Dies gilt namentlich für kirchliche Stiftungen, insbesondere Pfründestiftungen. Ein solcher Nachweis kann jedoch – bei fehlender Offenkundigkeit – auch durch urkundliche Erklärung der kirchlichen Aufsichtsbehörde erbracht werden, was das Verfahren erheblich erleichtert.[34] Für diese Erklärung gilt dann die Erleichterung des § 29 Abs. 3 GBO.

Probleme kann in der notariellen Praxis und im Grundbuchverfahren aber auch die Vertretung von Ordensgemeinschaften und deren Nachweis aufwerfen. Denn die ordnungsgemäße Vertretung lässt sich regelmäßig nur unter Berücksichtigung des jeweiligen Eigenrechts der einzelnen Ordensgemeinschaften feststellen. Dies erweist sich in der Praxis als äußerst schwierig. Allgemein wird in Rechtsprechung und Literatur kaum erörtert, wie der Notar bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften, um die es sich bei den meisten Ordensgemeinschaften in Bayern handelt, die Vertretungsbefugnis zu prüfen hat. In der Praxis dürfte es jedoch auch im Hinblick auf §§ 12, 17 BeurkG ausreichen, wenn sich der Notar allenfalls in Grenzfällen ggf. eine Vertretungsbescheinigung der Aufsichtsbehörde oder sonstige Nachweise vorlegen lässt.[35]

Neumeyer regt an, den Gedanken der Rechtsscheinhaftung mit dem Grundgedanken von § 29 Abs. 3 GBO zu verbinden, indem Vertreter siegelführender Beteiligter entgegen § 67 BeurkG und entgegen der bisherigen Praxis ihr Siegel beidrücken.[36] Eine andere, zumindest bei Ordensgemeinschaften näher liegende Möglichkeit, diese Schwierigkeiten in der Praxis zu umgehen, ist, dass bei der Beurkundung eine gesiegelte Vollmacht vorgelegt wird, was zumindest auch bei denjenigen

---

25 Neufassung der Partikularnorm Nr. 19 durch die Deutsche Bischofskonferenz, in Kraft seit 1.10.2002; hierzu *Althaus* in Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici, c. 1292 Rdnr. 20 ff.

26 Bei diesen Geschäften ist die vermeintliche Untergrenze 0. Die Rechtsgeschäfte zwischen dieser vermeintlichen und der wirklichen Untergrenze sind letztlich als Akte der außerordentlichen Vermögensverwaltung zu qualifizieren, für die c. 1281 mit der Einschränkung der Vertretungsmacht durch die Notwendigkeit der Erteilung einer Erlaubnis (facultas) gilt.

27 Dabei enthält Art. 44 Abs. 2 KiStiftO einen beispielhaften Katalog genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte, vgl. Handbuch für das Notariat, Nr. 350.

28 Art. 44 KiStiftO weitet die Aufsicht im Vergleich zu den Regelungen der cc. 1291 ff. substantiell aus.

29 Bei Religiosenverbänden und Gesellschaften apostolischen Lebens, die bischöflichen Rechts sind, ist für die gültige Vornahme solcher Veräußerungen neben der Erlaubnis des kraft Eigenrechts zuständigen Oberen, zusätzlich die schriftliche Zustimmung des Ortsoberhirten (i. d. R. Diözesanbischof) erforderlich. Bei Säkularinstituten findet das allgemeine kirchliche Vermögensrecht – insbesondere c. 1292 – Anwendung. Ist das Säkularinstitut päpstlichen Rechts wird gem. c. 1292 § 1 die für die Erteilung der Erlaubnis zuständige kirchliche Autorität in den eigenen Statuten bestimmt. Bei Säkularinstituten bischöflichen Rechts ist dagegen gem. c. 1292 § 1 Satz 1 2. Hs. zuständige Autorität der Ortsbischof. Dieser bedarf für die Erteilung der Erlaubnis seinerseits der Zustimmung des Vermögensverwaltungsrates und des Konsultorenkollegiums bzw. des Kathedralkapitels sowie derjenigen, die von dem Rechtsgeschäft betroffen sind. Näheres hierzu *Meier*, Ordenskorrespondenz 2005, 190 ff.

30 Vgl. Würzburger Diözesanblatt 148/2002, S. 218.

31 *Armbrüster* in Huhn/v. Schuckmann, § 67 BeurkG Rdnr. 3; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 67 Rdnr. 2.

32 Nach der h. M. hat der Notar gem. § 17 i. V. m. § 12 BeurkG die Vertretungsmacht zu prüfen.

33 So kann auch die zuständige Autorität die Genehmigung nur bei Vorliegen materieller und formeller Voraussetzungen erteilen, so insbesondere nur, wenn ein gerechter Grund vorliegt und ein Schätzgutachten eingeholt wird. Dies kann von außen nicht geprüft werden.

34 Vgl. *Herrmann* in KEHE, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 29 GBO Rdnr. 36; BayObLGZ 2001, 132 = Rpfleger 2001, 486. Dabei ist in der Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch die Aufsichtsbehörde noch keine konkludente Erklärung über die gesetzliche Vertretung enthalten. Deshalb ist es ratsam, dass die zuständige Aufsichtsbehörde bei Erteilung der stiftungsaufsichtlichen Genehmigung nach der KiStiftO ausdrücklich bestätigt, dass die handelnde Person die jeweilige kirchliche Stiftung vertreten konnte.

35 Vgl. hierzu *v. Schuckmann/Renner* in Huhn/v. Schuckmann, § 12 BeurkG Rdnr. 19.

36 Vgl. *Neumeyer*, RNotZ 2001, 249, 260 ff. In der Beidrückung des jeweiligen Siegels zur Unterschrift liegt jedoch weder ein Nachweis der Vertretungsmacht noch eine Erklärung i. S. v. § 29 Abs. 3 GBO, so auch *Winkler*, § 12 BeurkG Rdnr. 14, 19; OLG Frankfurt, Rpfleger 1990, 112.

Ordensgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, möglich ist, oder dass jeweils ein Mitglied der Ordensgemeinschaft als vollmachtloser Vertreter bei der Beurkundung auftritt und dann das zuständige Organ die Genehmigungserklärung unter Beidrückung des Amtssiegels unterzeichnet. Denn hier greift wieder die Erleichterung des § 29 Abs. 3 GBO Platz. Auf den durch die gesiegelte Erklärung begründeten Rechtsschein darf sich nicht nur das Grundbuchamt, sondern auch der Notar verlassen.[37]

Auch hinsichtlich der stiftungsaufsichtlichen bzw. der Genehmigung durch den zuständigen Oberen ist für das Grundbuchverfahren die Vorschrift des § 29 Abs. 3 GBO zu beachten. Erklärungen von Behörden, aufgrund deren eine Eintragung vorgenommen werden soll, genießen durch diese Vorschrift eine Erleichterung im Hinblick auf ihre Legitimation. Unter diesen Behördenbegriff fallen zunächst sämtliche kirchliche juristische Personen, die auch juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, aber teilweise auch weitere kirchliche Behörden, wie z. B. das katholische Pfarramt, die Aufsichtsbehörde einer kirchlichen Stiftung oder der Bischof.[38]

VII. Besonderheiten bei der Beteiligung kirchlicher Rechtsträger in Privatrechtsform

In den letzten Jahren ist innerhalb der Ordenslandschaft verstärkt die Tendenz bemerkbar, aus steuerlichen und Haftungsgründen insbesondere die Werke, z. B. Krankenhäuser oder Wirtschaftbetriebe, auszulagern. Bevorzugte Rechtsform war jahrelang insbesondere die GmbH, in der letzten Zeit ist auch die Stiftung im Kommen. Mitunter wird auch Vermögen auf einen privatrechtlichen eingetragenen Verein, bestehend aus Mitgliedern der jeweiligen Ordensgemeinschaft, verlagert.

Bei all diesen Veräußerungsvorgängen ist entscheidend, ob das Stammvermögen – und um solches wird es sich in diesen Fällen stets handeln – weiterhin Kirchengut des jeweiligen Ordensinstitutes bleibt oder nicht. Überträgt z. B. eine Abtei das bisher von ihr im Rahmen der Körperschaft des öffentlichen Rechts geführte Krankenhaus auf eine von ihr zu diesem Zweck gegründete GmbH, liegt jedenfalls eine Alienation vor, da das übertragene Vermögen den kirchlichen Bereich verlässt und nicht mehr Kirchengut ist. Die neu gegründete GmbH unterliegt mit ihrem Vermögen nämlich nicht den kirchlichen Vorschriften zur Vermögensverwaltung und kann nach Belieben über das auf sie übertragene Vermögen verfügen.

Wird von einer Ordensgemeinschaft Stammvermögen auf einen Verein übertragen, der von Ordensmitgliedern gegründet wurde, gilt entsprechendes. In der Regel verlässt hier Kirchengut den kirchlichen Bereich,[39] so dass stets eine Alienation vorliegt und es der entsprechenden kirchlichen Genehmigungen bedarf. Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass dieses Vermögen – hat es einmal den kirchlichen Bereich verlassen – nicht mehr den Veräußerungsbeschränkungen des kirchlichen Vermögensrechtes unterliegt.[40]

---

37 Vgl. hierzu *v. Schuckmann/Renner* in Huhn/v. Schuckmann, § 12 BeurkG Rdnr. 19. Eventuelle Zweifel kann der Notar ggf. in der Urkunde festhalten.

38 Vgl. *Brambring* in Meikel, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, § 29 GBO Rdnr. 111; *Herrmann* in KEHE, Grundbuchrecht, § 29 GBO Rdnr. 50.

39 Der Verein ist nur dann öffentliche juristische Person in der Kirche – mit der Folge, dass sein Vermögen Kirchengut ist –, wenn er öffentlicher kanonischer Verein ist, c. 313. Ein öffentlicher kirchlicher Verein entsteht durch hoheitlichen Errichtungsakt (erectio) der zuständigen kirchlichen Leitungsautorität, c. 301 § 3. Zwar können auch private kanonische Vereine gem. c. 322 Rechtsfähigkeit und damit Vermögensfähigkeit in der Kirche erlangen, jedoch ist das Vermögen des privaten kanonischen Vereins, wie sich aus c. 1257 § 1 CIC ergibt, nicht Kirchenvermögen. Von Ordensmitgliedern gegründete Vereine werden die Voraussetzungen eines öffentlichen kanonischen Vereins daher in der Regel nicht erfüllen.

40 Ähnlich wie beim kommunalrechtlichen Verbot der Unterwertveräußerung dürfte hier ausreichen, wenn die Beteiligten versichern, keine öffentliche juristische Person des Kirchenrechts zu sein, da nur bei diesen die Regelungen des Veräußerungsverbotes Platz greifen.

Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht in den Jahren 2005/2006

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

Die Grunderwerbsteuer erweist sich als ein erstaunlich dynamisches Rechtsgebiet. Dies ist einerseits auf innovative Entscheidungen des zuständigen Senats am BFH und auf zahlreiche Verwaltungserlasse zurückzuführen, andererseits aber auch darauf, dass es insbesondere im Bereich des § 1 Abs. 3 GrEStG zu gesetzgeberischen Verkomplizierungen gekommen ist, die noch etliche Zweifelsfragen aufwerfen. Im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Grunderwerbsteuer für die notarielle Tätigkeit soll daher künftig in jährlichen Abständen eine Übersicht über die Entwicklungen in diesem Rechtsgebiet gegeben werden.

I. Die Bemessungsgrundlagen zur Grunderwerbsteuer und zur Umsatzsteuer (bei Optionsfällen)

Nachdem sich bereits durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 bei umsatzsteuerpflichtigen Kaufverträgen die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer geändert hatte, bringt das Urteil des BFH vom 20.12.2005[1] eine zusätzliche Änderung der Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer.

1. Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer

a) Bisherige Ansicht

Nach bislang herrschender Ansicht entstand bei einem Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung die Umsatzsteuer aus dem Nettoentgelt zuzüglich der halben Grunderwerbsteuer.[2]

---

1 BFH, Urteil vom 20.12.2005, V R 14/04, DStR 2006, 754 = NotBZ 2006, 329 m. Anm. *Gottwald*, NotBZ 2006, 307 = MittBayNot 2006, 540 (in diesem Heft).

2 Abschnitt 149 Abs. 7 UStR; sofern der Vorgang jedoch von der Grunderwerbsteuer befreit ist (z. B. gemäß § 3 Nr. 6 GrEStG), war umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage schon nach bisher h. M. nur der tatsächlich zu entrichtende Nettokaufpreis; vgl. *Vogl/Schwarz*, UStG, § 10 Rdnr. 21.

Dies wurde damit begründet, dass nach dem Gesetz Käufer und Verkäufer wirtschaftlich jeweils die halbe Grunderwerbsteuer schuldeten, so dass nur die halbe Grunderwerbsteuer zum Entgelt hinzugerechnet werden konnte.[3] Nur wenn Verkäufer und Käufer die Grunderwerbsteuer je zur Hälfte trugen, sollte die Grunderwerbsteuer keinen Niederschlag in der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage finden.[4] Offen war dagegen die Rechtslage in den Fällen, in denen der Verkäufer die Grunderwerbsteuer alleine trug. Auf der Basis der vorstehenden Überlegungen hätte die Bemessungsgrundlage wohl um die halbe Grunderwerbsteuer gemindert werden müssen, da der Verkäufer im Innenverhältnis eine Leistung des Käufers übernahm.[5]

In den gewöhnlichen Fällen, in denen der Erwerber die Grunderwerbsteuer übernahm, galt bislang folgende umsatzsteuerliche Berechnung:

> **Beispiel:** *Ein Grundstück wird umsatzsteuerpflichtig verkauft für 100.000 € zuzüglich Umsatzsteuer.*
>
> **Umsatzsteuer:** *Nettopreis (100.000 €) + halbe Grunderwerbsteuer (1.750 €) = 101.750 €*[6] *(Entgelt); hieraus 16 % Umsatzsteuer = 16.280 €.*

b) Änderungen durch die neue BFH-Rechtsprechung

Mit dem Urteil des BFH vom 20.12.2005 ist jedoch eine Änderung der Rechtsprechung eingetreten. Nach dem amtlichen Leitsatz erhöht die Grunderwerbsteuer, die der Käufer eines Grundstücks vereinbarungsgemäß zahlt, das Entgelt für die Grundstückslieferung *nicht.* Insoweit schließt sich das Gericht den neueren Ausführungen der Literatur an.[7] Es bleibt abzuwarten, ob auch die Finanzverwaltung dieser neuen Auffassung folgt. Bislang wurde nach den Richtlinien die Hälfte der Grunderwerbsteuer auf den reinen (nicht um die Umsatzsteuer erhöhten) Kaufpreis bemessen.[8]

Der BFH-Entscheidung ist zuzustimmen: Die Einbeziehung der hälftigen Grunderwerbsteuer bei ihrer vollständigen vertraglichen Übernahme durch den Erwerber in die Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer ist abzulehnen. Die Grunderwerbsteuer zählt gemäß § 449 BGB a. F. bzw. gemäß § 448 Abs. 2 BGB n. F. zu den alleine vom Erwerber zu tragenden Kosten. Die ratio legis der in diesen Bestimmungen normierten Kostentragungspflicht besteht darin, dass dem Verkäufer der vereinbarte Kaufpreis im Zweifel ungeschmälert von Kosten verbleiben soll. Bei wirtschaftlicher Betrachtung steht die Grunderwerbsteuer den Beurkundungskosten gleich, so dass die Bestimmungen der § 449 BGB a. F. bzw. § 448 Abs. 2 BGB n. F. zumindest analog herangezogen werden können.[9] Diese zivilrechtlich vorgegebene Kostentragungspflicht des Erwerbers im Innenverhältnis zum Veräußerer ändert zwar nichts an der Steuerschuldnerschaft des Veräußerers gemäß § 13 Nr. 1 GrEStG; sie schließt jedoch eine Behandlung der vom Erwerber zu entrichtenden Grunderwerbsteuer als umsatzsteuerliches Entgelt aus. Auf der Grundlage dieser Überlegungen ist die Grunderwerbsteuer somit auch dann nicht in die Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer einzustellen, wenn der Veräußerer alleine die gesamte Grunderwerbsteuer trägt oder die hälftige Grunderwerbsteuer übernimmt.[10]

Nach der neuen Rechtsprechung gilt somit künftig folgende umsatzsteuerliche Berechnung (wobei noch offen ist, ob sich die Finanzverwaltung dieser Betrachtungsweise anschließen wird):

> **Beispiel:** *Ein Grundstück wird umsatzsteuerpflichtig verkauft für 100.000 € zzgl. Umsatzsteuer.*
>
> **Umsatzsteuer:** *16 % Umsatzsteuer aus dem Nettopreis von 100.000 € = 16.000 €.*

2. Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer

a) Bisherige Ansicht

Die wirksame Option zur Umsatzsteuerpflicht hatte nach bislang einhelliger Ansicht eine nachteilige Folge im Hinblick auf die Grunderwerbsteuer. Der um die Umsatzsteuer höhere Kaufpreis führte zu einer entsprechenden Erhöhung der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer, da die Umsatzsteuer als unselbständiger Teil des zivilrechtlichen Kaufpreises zur Gegenleistung für den Grunderwerb gezählt wurde.[11] Dies galt unabhängig davon, ob der Erwerber zum Vorsteuerabzug berechtigt war oder nicht.[12]

Aus Vereinfachungsgründen berechnete die Finanzverwaltung jedoch die Grunderwerbsteuer nicht aus dem Gesamtkaufpreis von 116.280 €. Bemessungsgrundlage sollte vielmehr der Kaufpreis ohne Berücksichtigung der Erhöhung durch die halbe Grunderwerbsteuer sein, also hier 116.000 €.[13]

Bisher galt daher folgende grunderwerbsteuerliche Berechnung:

> **Beispiel:** *Ein Grundstück wird umsatzsteuerpflichtig verkauft für 100.000 € zzgl. Umsatzsteuer.*
>
> **Grunderwerbsteuer:** *3,5 % Grunderwerbsteuer aus dem Bruttopreis von 116.000 € = 4.060 €.*[14]

b) Änderungen durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004

Seit Inkrafttreten des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG n. F. am 1.4.2004[15] schuldet bei einer Option zur Umsatzsteuer nur

---

3 Hierzu kritisch *Schuck*, MittBayNot 1998, 415; hinzugerechnet wird die an sich vom Verkäufer zu tragende Hälfte, die der Käufer übernimmt.

4 *Eder*, ZIP 1994, 1671.

5 *Schuck*, MittBayNot 1998, 415.

6 Sofern jedoch aufgrund einer Befreiungsvorschrift keine Grunderwerbsteuer anfiel (z. B. bei einem umsatzsteuerpflichtigen Verkauf von Vater an Sohn gemäß § 3 Nr. 6 GrEStG), war die Umsatzsteuer aus dem Nettokaufpreis zu berechnen.

7 *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 9 Rdnr. 99 ff.; *Hofmann*, GrEStG, § 9 Rdnr. 9; *v. Streit*, DStR 2003, 1776; *Wagner*, UR 1999, 361.

8 Abschnitt 149 Abs. 7 UStR.

9 Vgl. bereits OLG Bremen, DNotZ 1975, 95; ferner *Pahlke/Franz*, § 9 GrEStG Rdnr. 99; *Gottwald*, NotBZ 2006, 307.

10 *Pahlke/Franz*, § 9 GrEStG Rdnr. 99; *v. Streit*, DStR 2003, 1756; *Eder*, ZIP 1994, 1671; *Wäger*, UStB 2002, 301.

11 Abschnitt 149 Abs. 7 Satz 4 ff. UStR; hierzu auch *Forster*, UR 2004, 190.

12 BFH/NV 1998, 1256.

13 Vgl. etwa Erlass des Finanzministeriums Rheinland-Pfalz vom 23.5.1984, DStR 1984, 455; vgl. ferner Abschnitt 149 Abs. 7 UStR. Das FG Mecklenburg-Vorpommern (DStRE 2003, 118) ging entgegen dieser Verwaltungspraxis sogar noch einen Schritt weiter und bezog für den Regelfall der gesamten Übernahme der Grunderwerbsteuer durch den Erwerber auch die auf die Hälfte der übernommenen Grunderwerbsteuer entfallende Umsatzsteuer in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ein.

14 Liegt dagegen eine Geschäftsveräußerung im Ganzen bzw. eine Veräußerung eines gesondert geführten Betriebs i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG vor, so kann wegen der Nichtsteuerbarkeit der Grundstücksübertragung auch keine Grunderwerbsteuer auf die Umsatzsteuer erhoben werden. Die Grunderwerbsteuer hatte in einem derartigen Fall schon bisher nur 3,5 % aus 100 betragen. Vgl. hierzu *Forster*, UR 2004, 190.

15 Haushaltsbegleitgesetz 2004, BGBl 2003 I, S. 3076. Hierzu auch *Krauß*, DB 2004, 1225; *Bartsch/Blaas/v. Pannwitz*, BB 2004, 1249; *Schubert*, MittBayNot 2004, 237; *Küffner/Zugmaier*, DStR 2004, 712.

noch der Grundstückskäufer die Umsatzsteuer und nicht mehr wie bisher der Verkäufer.[16] Der leistende Unternehmer erhält nur noch den Nettokaufpreis. Der Leistungsempfänger darf die Umsatzsteuer nicht als Preisbestandteil an den leistenden Unternehmer überweisen, sondern muss diese in seiner eigenen Voranmeldung erklären und direkt an das Finanzamt abführen.

Der Wechsel des Steuerschuldners im Zuge des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 bedeutet, dass die Umsatzsteuer nicht mehr als Bestandteil des Kaufpreises, sondern als originäre Steuerschuld des Käufers anzusehen ist. Die geänderte Rechtslage hat somit zur Folge, dass die Grunderwerbsteuer bei umsatzsteuerpflichtigen Verkäufen nur noch aus dem Nettokaufpreis zu bemessen ist.[17]

Seit Inkrafttreten des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG n. F. am 1.4.2004 gilt daher künftig folgende Berechnung:

> **Beispiel:** *Ein Grundstück wird umsatzsteuerpflichtig verkauft für 100.000 € zzgl. Umsatzsteuer.*
>
> **Grunderwerbsteuer:** *3,5 % Grunderwerbsteuer aus dem Nettopreis von 100.000 € = 3.500 €.*

Auf der Grundlage der vorstehend dargestellten Rechtsprechung gilt daher folgende Kurzformel (bei einem Nettokaufpreis von 100): 16 % Umsatzsteuer aus 100, 3,5 % Grunderwerbsteuer aus 100.

Die Finanzverwaltung hat sich bislang lediglich auf grunderwerbsteuerlicher Ebene der für den Steuerpflichtigen günstigen Auffassung angeschlossen.[18]. Für die umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage fehlt bisher eine entsprechende Äußerung der Finanzverwaltung.[19]

3. Geschäftsveräußerung i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG

Nach einer Verfügung der OFD Karlsruhe und Stuttgart vom 28.4.2000 kann der Verkauf eines Mietshauses eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung i. S. des § 1 Abs. 1 a UStG darstellen.[20] Danach ist jedes vermietete Grundstück ein gesonderter Betrieb, sofern der Erwerber die Mietverträge fortführt. Eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen liegt dagegen nicht vor, wenn lediglich ein Betriebsgrundstück aus einem größeren Betrieb isoliert verkauft wird. In diesem Fall ist das Betriebsgrundstück kein gesonderter Betrieb, sondern lediglich ein Einzelwirtschaftsgut.[21] Gleiches gilt beim Verkauf eines Grundstücks vom Bauträger.[22]

Während die OFD Karlsruhe und Stuttgart – ohne nach Anlage- oder Umlaufvermögen zu unterscheiden – bei der Veräußerung eines „vermieteten" Grundstücks von einer Geschäftsveräußerung ausgehen, teilt die OFD München[23] die Auffassung der Finanzbehörde Hamburg[24]. Danach ist keinesfalls eine Geschäftsveräußerung gegeben, wenn ein Grundstück den Charakter von Vorratsvermögen hat. Dies soll unabhängig davon gelten, ob das verkaufte Grundstück des Umlaufsvermögens das gesamte Unternehmen bildet oder nur einen Teil des Unternehmens umfasst. Dem steht jedoch die Auffassung des BFH[25] gegenüber, wonach die Geschäftsveräußerung kein lebendes Unternehmen voraussetzt.[26]

Bei einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung i. S. des § 1 Abs. 1 a UStG tritt der Erwerber in die Rechtstellung des Veräußerers ein, d. h. die Verwendung des Mietgrundstückes durch den Veräußerer im Erstjahr für Abzugsumsätze und Ausschlussumsätze und der Berichtigungszeitraum von zehn Jahren werden dem Erwerber zugerechnet. Damit der Erwerber die Vorsteuerberichtigung durchführen kann, muss der Veräußerer deshalb gemäß § 15 a Abs. 6 a Satz 2 UStG angeben:

– Vorsteuer aus den Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Mietwohngrundstücks,

– Beginn der erstmaligen Verwendung (mit dem Monat der erstmaligen Verwendung beginnt der Berichtigungszeitraum von zehn Jahren),

– Verwendung des Mietwohngrundstücks im Jahr der erstmaligen Verwendung für Abzugsumsätze oder Ausschlussumsätze, d. h. ob das Grundstück im Erstjahr pflichtig oder befreit vermietet wurde.

Sofern demnach ein umsatzsteuerpflichtig vermietetes Geschäftsgrundstück an einen Dritten veräußert wird und nach

---

16 Vorausgesetzt der Grundstückskäufer ist selbst Unternehmer oder juristische Person des öffentlichen Rechts, § 13 b Abs. 1 Nr. 3 n. F. i. V. m. Abs. 2 UStG. Ob der Käufer die Leistung für seinen unternehmerischen Bereich bezieht, ist dagegen für den Übergang der Steuerschuldnerschaft irrelevant; vgl. auch Finanzministerium Baden-Württemberg, Erlass vom 22.6.2004, der im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangen ist, DStR 2004, 1432.

17 *Küffner/Zugmeier*, DStR 2004, 713; *Forster*, UR 2004, 188; *Claussen/Mensching*, DStR 2004, 306, die darauf hinweisen, dass diese Konsequenz vom Gesetzgeber bei der Formulierung des § 13 b UStG n. F. womöglich nicht bedacht worden ist.

18 Vgl. den Erlass des Finanzministerium Baden-Württemberg vom 22.6.2004, DStR 2004, 1432. In Optionsfällen wird die Umsatzsteuer zwingend vom Erwerber geschuldet; sie ist damit nicht mehr Bestandteil der grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung.

19 Die früheren Formulierungsvorschläge für umsatzsteuerpflichtige Kaufverträge müssen aufgrund der geänderten Rechtslage durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 angepasst werden. Ein Formulierungsvorschlag findet sich beispielsweise bei *Hipler*, ZNotP 2004, 229.

20 USt-Kartei OFD Karlsruhe und Stuttgart zu § 1 Abs. 1 a UStG, S. 7100 b/Karte 1. Vgl. ferner *v. Streit*, BB 2003, 2657; *Herbert*, UR 2004, 506; *Serafini*, Gestaltende Steuerberatung 2003, S. 101 ff. mit Formulierungsvorschlägen; *Everts* in Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller, Grundstückskaufverträge, S. 415 ff.

21 Die Veräußerung eines mit Hallen bebauten Grundstücks, das (im Rahmen einer umsatzsteuerrechtlichen Organschaft) vom Besitzunternehmen an das Betriebsunternehmen vermietet war und durch ein anderes Betriebsgrundstück ersetzt wurde, ist Veräußerung eines einzelnen Anlagegegenstandes und keine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung. Das Hallengrundstück für sich ist kein fortführbarer Betrieb; vgl. BFH, DStRE 2005, 512.

22 BFH, DStR 2005, 1226.

23 OFD München, Vfg. v. 1.8.2000, S 7100 b – 3/St 433, UR 2001, 174.

24 Finanzbehörde Hamburg, Erlass vom 18.10.1999, 53 – S 7100 b – 3/97, UR 2000, 173.

25 BFH, UR 2002, 425. Nach einem Beschluss des BFH vom 1.4.2004 stellt die Übertragung verpachteter oder vermieteter (Gewerbe-)Immobilien unter Fortführung des Pacht-/Mietvertrages durch den Erwerber eine nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG dar; vgl. BFH, DStR 27/2004, X.

26 Das FG Hamburg (EFG 2003, 267) konkretisiert diese Aussage dahingehend, dass eine Geschäftsveräußerung auch dann vorliegt, wenn ein Unternehmer von vornherein beabsichtigt, auf seinem zu diesem Zweck erworbenen Grundstück ein Mietobjekt zu errichten, mit der Vermietungstätigkeit beginnt und das bebaute Grundstück noch vor endgültiger Fertigstellung veräußert. Legt man darüber hinaus die vom EuGH angeordnete Sicht des Erwerbers – statt der nationalen Auffassung der Veräußererersicht (vgl. Abschnitt 5 Abs. 3 UStR) – zugrunde, so ist über die von der Finanzverwaltung konzedierten Konstellationen hinaus von einer Geschäftsveräußerung im Ganzen auszugehen, wenn der Erwerber eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit fortführen kann; vgl. EuGH, Urteil vom 27.11.2003 („Zita Modes Sàrl"), UR 2004, 19 mit Anm. *Wäger*; vgl. hierzu auch *Forster*, UVR 2004, 214.

Ansicht der Finanzverwaltung in dem Verkauf eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen i. S. des § 1 Abs. 1 a UStG zu sehen ist, ist eine Option zur Umsatzsteuerpflicht *nicht* möglich.

Diese Rechtslage konnte sich in der Vergangenheit zu einem umsatzsteuerlichen Nachteil entwickeln, wenn irrtümlich Umsatzsteuer ausgewiesen wurde. In diesem Fall hatte der Erwerber nämlich keinen Vorsteuerabzug, da nach der strengen Rechtsprechung des BFH beim Leistungsempfänger nur die tatsächlich geschuldete Umsatzsteuer als Vorsteuer abziehbar war. Der Verkäufer konnte demgegenüber bei einer falsch ausgewiesenen Umsatzsteuer den falschen Steuerausweis berichtigen, um die Zahlung abzuwenden (§ 14 Abs. 2 UStG). Insoweit bringt die Neuregelung bei der Umsatzsteuerschuldnerschaft im Zuge des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 (§ 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG n. F.) eine Entschärfung des Risikos, dass der Käufer bei einer nicht erkannten Geschäftsveräußerung im Ganzen i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG die in diesem Fall zu Unrecht erhaltene Vorsteuer zurückzahlen muss, aber der gegen den Verkäufer bestehende Rückzahlungsanspruch bezüglich der an diesen geleisteten Umsatzsteuer ungesichert ist. Die Rückabwicklung findet nach der Neuregelung vielmehr ausschließlich im Verhältnis Käufer–Finanzamt statt.[27]

II. Aufhebung von Wohnungseigentum

Nach der Rechtsprechung kann § 7 Abs. 1 GrEStG auch bei der Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in *Wohnungseigentum* anwendbar sein, wenn etwa das Miteigentum an einem Grundstück in der Weise beschränkt wird, dass jedem Miteigentümer Sondereigentum nach WEG eingeräumt wird.[28]

Im Fall der *Aufhebung der Gemeinschaft* bestimmt sich nach § 17 WEG der Anteil der Miteigentümer nach dem Verhältnis der Werte ihrer Wohnungs- bzw. Teileigentumsrechte zur Zeit der Aufhebung der Gemeinschaft. Bei unveränderten Bruchteilen tritt hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums keine Rechtsänderung ein. Der Erwerb des Miteigentums der übrigen Beteiligten an den Sonderrechtseinheiten der Einzelnen ist grunderwerbsteuerbar. In Umkehrung des Rechtsgedankens aus § 7 i. V. m. § 5 GrEStG sind jedoch nur Wertverschiebungen i. S. eines Mehrerwerbs zu besteuern.[29]

> **Beispiel:** *Ein Grundstück ist mit mehreren Reihenhäusern bebaut, an denen Sondereigentum besteht. Die Eigentümer wollen nunmehr durch übereinstimmenden Beschluss das Sondereigentum aufheben und im Anschluss daran das gemeinschaftliche Grundstück real teilen in der Weise, die der bisherigen Aufteilung in Wohnungseigentum entspricht.*[30]
>
> **Lösung:** *Da in Anwendung des Rechtsgedankens aus § 7 Abs. 1 GrEStG i. V. m. § 5 Abs. 2 GrEStG nur echte Wertverschiebungen grunderwerbsteuerlich zu erfassen sind, ist im vorliegenden Fall mangels einer tatsächlichen Wertverschiebung Grunderwerbsteuer nicht zu erheben.*

III. Unentgeltliche Übertragung von Geschäfts- und Gesellschaftsanteilen

1. Vermögensnachfolge bei Personengesellschaften, § 1 Abs. 2 a GrEStG

Beim derivativen Erwerb liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a GrEStG vor, wenn mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen unmittelbar oder mittelbar auf neue Gesellschafter übergehen. Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Anteile entgeltlich oder unentgeltlich (unter Lebenden) erworben werden. Die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG findet keine Anwendung, weil im Rahmen der Schenkungsteuer der Anteilsübergang und bei der Grunderwerbsteuer trotz Anknüpfung an diesen Anteilserwerb ein fiktiver Grundstückserwerb besteuert wird.[31]

Lediglich für den Erwerb von Todes wegen sieht § 1 Abs. 2 a Satz 2 GrEStG eine Sonderregelung vor. Für lebzeitige Schenkungen von Gesellschaftsanteilen greift dagegen § 3 Nr. 2 GrEStG nicht ein, da nach dem Wortlaut der Befreiungsvorschrift nur Grundstückserwerbe, nicht aber Erwerbe von Gesellschaftsanteilen befreit sind. Die Befreiungsvorschriften aus § 3 Nr. 4 oder Nr. 6 GrEStG sind dagegen unstreitig auch im Bereich des § 1 Abs. 2 a GrEStG anwendbar,[32] so dass sich ein grunderwerbsteuerliches Problem allenfalls bei einer Übertragung von mehr als 95 % der Personengesellschaftsanteile innerhalb des 5-Jahres-Zeitraums an solche Personen stellt, die nicht mit dem Veräußerer verheiratet oder in gerader Linie verwandt sind.

> **Beispiel:** *An der W-GmbH & Co. KG sind seit mehr als fünf Jahren der kinderlose Witwer W als alleiniger Kommanditist und die W-GmbH als Komplementärin (ohne wertmäßigen Anteil am Gesellschaftsvermögen der KG) beteiligt. Die Anteile an der Komplementär-GmbH hält W ebenfalls zu 100 %. Zum Vermögen der KG gehört ein wertvolles Grundstück. W überträgt seinen Kommanditanteil und seinen Anteil an der W-GmbH zu gleichen Teilen unentgeltlich im Weg der vorweggenommenen Erbfolge auf seine Neffen X und Y.*
>
> ***Lösung:*** *Die Anteilsübertragungen auf X und Y stellen einen Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG dar, da innerhalb von fünf Jahren (hier: durch die zeitgleichen Abtretungen) mindestens 95 % der KG-Anteile (hier: 100 %) übertragen werden. Nach Ansicht der Finanzverwaltung greift die Steuerbefreiung aus § 3 Nr. 2 GrEStG nicht ein, so dass der Vorgang ungemindert der Grunderwerbsteuer (und der Schenkungsteuer) unter-*

---

27 Allerdings ist zu beachten, dass bei einer Geschäftsveräußerung im Ganzen der Erwerber als Betriebsübernehmer nach § 75 AO für die betrieblichen Steuern haftet, die im Jahr der Betriebsübertragung oder im Vorjahr entstanden sind und innerhalb eines Jahres nach Anmeldung des Betriebs festgesetzt oder angemeldet werden, d. h. beispielsweise für rückständige Umsatzsteuer des Veräußerers.

28 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 21; vgl. BFH, BStBl. II 1980, 667; *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 1.

29 Vgl. *Hofmann*, § 2 GrEStG Rdnr. 41; *Boruttau/Viskorf*, § 2 GrEStG Rdnr. 219; ebenso nunmehr auch die Finanzverwaltung, vgl. Erlass Finanzministerium Baden-Württemberg vom 27.9.2005, DStR 2005, 1774; gleichlautend Erlass Bayerisches Staatsministerium der Finanzen vom 19.9.2005, MittBayNot 2006, 179.

30 Eingehend zur Anwendung des § 7 GrEStG bei der Begründung und Aufhebung von Wohnungseigentum, *Gottwald/Schiffner*, MittBayNot 2006, 125.

31 Insoweit sollen zwei unterschiedliche Rechtsvorgänge vorliegen, so dass keine Doppelbesteuerung desselben Vorganges gegeben sei; vgl. Erlass Finanzministerium Baden-Württemberg vom 28.4.2005, DStR 2005, 1012; gleichlautend Erlass Bayerisches Staatsministerium der Finanzen vom 2.6.2005, MittBayNot 2005, 525; vgl. hierzu kritisch *Teiche*, UVR 2005, 306; in der Literatur ist die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG auf Erwerbsvorgänge i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG umstritten: bejahend *Pahlke/Franz*, § 3 GrEStG Rdnr. 36; ablehnend *Boruttau/Sack*, § 3 GrEStG Rdnr. 91 a.

32 Hierzu *Teiche*, UVR 2005, 311.

liegt.[33] *Hätte es sich bei den Erwerbern dagegen um Kinder des W gehandelt, wäre der Erwerbsvorgang nach § 3 Nr. 6 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit gewesen.*

2. Vermögensnachfolge bei Kapitalgesellschaften, § 1 Abs. 3 GrEStG

Grundsätzlich ist ein Rechtsträgerwechsel an Anteilen an einer Kapitalgesellschaft nicht grunderwerbsteuerbar, da die grundbesitzende Kapitalgesellschaft Eigentümerin des Grundbesitzes bleibt; es fehlt somit an einem Rechtsträgerwechsel. Allerdings kennt das GrEStG in § 1 Abs. 3, 4 GrEStG bestimmte Sonderfälle, in denen die Anteilsübergänge an Kapitalgesellschaften gleichwohl der Grunderwerbsteuer unterworfen werden.

a) Anteilsvereinigungen, § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 GrEStG

Auf Anteilsvereinigungen im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG finden die personenbezogenen Befreiungstatbestände des § 3 Nrn. 3–7 GrEStG keine Anwendung, sofern es sich um *Kapitalgesellschaften* handelt.[34] Dies folgt daraus, dass bei der Anteilsvereinigung ein Grundstückserwerb von der *Gesellschaft* fingiert wird.

Anders verhält es sich bei *Personengesellschaften*: Hier sind die personenbezogenen Befreiungsvorschriften des § 3 Nrn. 3–7 GrEStG sehr wohl anwendbar, da Eigentümer des Vermögens einer Personengesellschaft die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit – also nicht die Personengesellschaft selbst – sind. Dies rechtfertigt es nach herrschender Meinung, die persönlichen Eigenschaften der Gesellschafter (z. B. Ehegattenverhältnis) im Grundstücksverkehr mit der Personengesellschaft grundsätzlich zu berücksichtigen.[35]

b) Anteilsübertragungen, § 1 Abs. 3 Nr. 3, 4 GrEStG

Bei einer Weiterübertragung der (vereinigten) Geschäfts- bzw. Gesellschaftsanteile auf einen neuen Erwerber (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 und Nr. 4 GrEStG) sind dagegen die personenbezogenen Befreiungen des § 3 Nrn. 3–7 GrEStG nicht nur bei *Personen-*, sondern auch bei *Kapitalgesellschaften* anwendbar. Dies wird damit begründet, dass bei einer Weiterübertragung ein Grundstückserwerb von dem jeweiligen *Gesellschafter* fingiert wird.[36]

> **Beispiel 1 (Anteilsvereinigung):** *Vater und Sohn sind an einer GmbH mit Grundbesitz zu je 50 % beteiligt. Der Vater überträgt seine 50 %-Beteiligung unentgeltlich an den Sohn.*
>
> **Lösung:** *Es erfolgt eine steuerbare Anteilsvereinigung durch Vereinigung aller GmbH-Anteile in der Hand des Sohnes gem. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG. Da fingiert wird, dass der Sohn das Grundstück von der GmbH erwirbt, ist die personenbezogene Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG nicht anwendbar. § 3 Nr. 2 GrEStG ist ebenfalls nicht einschlägig, da kein Grundstück, sondern Gesellschaftsanteile geschenkt werden.*

Nach herrschender Meinung soll selbst im Fall einer Schenkung der 50 %-Beteiligung Grunderwerbsteuer anfallen, obwohl es in diesem Fall wirtschaftlich zu einer Doppelbelastung mit Schenkungsteuer und Grunderwerbsteuer kommt.[37] Nach dem neuen Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 28.4.2005[38] findet in allen Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG die Vorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG keine Anwendung mehr, weil der Erwerb des Grundstücks von der Gesellschaft auf einer durch § 1 Abs. 3 GrEStG angeordneten Fiktion und somit nicht auf einer Schenkung beruhe. Insoweit liegen nach Auffassung der Finanzverwaltung zwei unterschiedliche Rechtsvorgänge vor, so dass auch keine Doppelbesteuerung desselben Vorgangs gegeben sei. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Personen- oder eine Kapitalgesellschaft handelt. Die Grunderwerbsteuerbarkeit lässt sich auch nicht durch die Zwischenschaltung eines Treuhänders umgehen, da ein Treuhandverhältnis als mittelbare Anteilsvereinigung angesehen wird.

> **Beispiel 2 (Anteilsübertragung):** *Der Vater ist alleiniger Gesellschafter einer GmbH mit Grundbesitz. Er überträgt sämtliche Geschäftsanteile auf seinen Sohn.*
>
> **Lösung:** *Die Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile erfüllt den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG. Der Erwerb ist jedoch nach § 3 Nr. 6 GrEStG befreit, da bei einer Weiterübertragung der Geschäftsanteile ein Grundstückserwerb vom Gesellschafter (Vater an Sohn) fingiert wird.*

Während der Erwerb der lediglich 50 %igen Beteiligung in Beispiel 1 Grunderwerbsteuer auslöst, ist die Übertragung der 100 %igen Beteiligung in Beispiel 2 steuerbefreit. Dieses auf den ersten Blick überraschende Ergebnis rechtfertigt sich daraus, dass bei einer Anteilsvereinigung (Beispiel 1) die Anteile lediglich in mehreren Schritten miteinander vereinigt werden und folglich ein fiktiver Erwerb von der *Gesellschaft* vorliegt, während bei einer Anteilsübertragung (Beispiel 2) in einem Schritt ein Erwerb von dem bisherigen *Gesellschafter* angenommen werden kann. Nur im letztgenannten Fall ist die Anwendbarkeit der personenbezogenen Befreiungstatbestände auch bei Kapitalgesellschaften gerechtfertigt.[39]

IV. Die 2-Jahres-Frist des § 16 GrEStG

Erwirbt der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück zurück, so wird gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG auf Antrag sowohl für den Rückerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Grunderwerbsteuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben,

---

33 Finanzministerium Baden-Württemberg, DStR 2005, 1012; Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, MittBayNot 2005, 525. Es ist noch offen, ob sich der BFH der Verwaltungsmeinung anschließen wird.

34 *Pahlke/Franz*, § 3 GrEStG Rdnr. 14; BFH, BStBl. II 1988, 785; *Hofmann*, § 1 GrEStG Rdnr. 175; *Weilbach*, § 1 GrEStG Rdnr. 93; vgl. neuerdings auch Finanzministerium Baden-Württemberg, DStR 2005, 1012; Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, MittBayNot 2005, 525.

35 Ebenso nunmehr auch Finanzministerium Baden-Württemberg, DStR 2005, 1012; Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, MittBayNot 2005, 525; vgl. ferner *Pahlke/Franz*, § 3 GrEStG Rdnr. 15 m. w. N. zu mittelbaren Anteilsvereinigungen; a. A. *Hofmann*, § 1 GrEStG Rdnr. 175; *Weilbach*, § 1 GrEStG Rdnr. 93. Differenzierend *Boruttau/Sack*, § 3 GrEStG Rdnr. 91 a ff., wonach § 3 Nr. 2 GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG unanwendbar sein soll.

36 *Pahlke/Franz*, § 3 GrEStG Rdnr. 16; *Hofmann*, § 1 GrEStG Rdnr. 175; *Weilbach*, § 1 GrEStG Rdnr. 93.

37 *Hofmann*, § 3 GrEStG Rdnr. 7; *Halaczinsky*, ZEV 2003, 100.

38 DStR 2005, 1012.

39 *Boruttau/Sack*, § 3 GrEStG Rdnr. 53; *Wohltmann*, Steuer und Studium, Beilage 1/2002, S. 17; auch bei mittelbaren Anteilsvereinigungen bei Kapitalgesellschaften kann es zu einer Doppelbelastung mit Grunderwerb- und Schenkungsteuer kommen; vgl. hierzu *Halaczinsky*, ZEV 2003, 101. Eine BFH-Entscheidung zu diesen Fragen steht noch aus.

wenn der Rückerwerb innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang stattfindet. Ist für den Rückerwerb eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich, so muss innerhalb der Frist die Auflassung erklärt und die Eintragung im Grundbuch gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG beantragt werden. Die für den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch bestimmte 2-Jahres-Frist seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang ist nach einem Beschluss des BFH vom 18.1.2006[40] unabhängig davon einzuhalten, ob dem Steuerpflichtigen oder dem die Auflassung beurkundenden Notar vor Fristablauf die Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG vorliegt.

In dem dem Beschluss zugrundeliegenden Fall hatte der Notar den Antrag auf Eigentumsumschreibung – wie allgemein üblich – erst stellen wollen, nachdem die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes vorlag. Zwischenzeitlich lief jedoch die 2-Jahres-Frist ab. Das Finanzamt setzte daher auch für den Rückerwerb des Grundstücks die Grunderwerbsteuer fest. Anstelle der Erstattung der Grunderwerbsteuer für den ursprünglichen Erwerbsvorgang wurde somit dieser und zudem der Rückerwerb der Grunderwerbsteuer unterworfen.

Aus den Beschlussgründen ist für die notarielle Praxis abzuleiten, dass in derartigen Konstellationen der Antrag auf Rückübertragung des Eigentums zum Grundbuchamt in jedem Fall innerhalb der 2-Jahres-Frist zu stellen ist, unabhängig davon, ob der Grundbuchantrag bereits vollzugsfähig ist. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung, aber auch Genehmigungen nach dem Grundstücksverkehrsgesetz, nach § 12 WEG oder nach § 7 ErbbauVO usw. sollten nicht abgewartet werden, wenn das Risiko besteht, dass der Antrag sonst erst außerhalb der 2-Jahres-Frist vorgelegt wird. Sofern der Notar aufgrund einer entsprechenden Vorlageanweisung nicht befugt sein sollte, die Auflassung vorzulegen, kann es sich in derartigen Fällen anbieten, anstelle der Vertragsgestaltung mit einer Vorlageanweisung die Rückabwicklung (Rückauflassung) mit einer Kaufpreiserstattungssicherungshypothek sofort zu beantragen und die Hypothek nur dann in das Grundbuch eintragen zu lassen, wenn der Rückverkäufer nicht bis zum tatsächlichen Vollzug der Rückauflassung den Erhalt der Gegenleistung bestätigt hat.[41]

Ein Haftungsfall ist in dem BFH-Sachverhalt gleichwohl nicht zu sehen, da der Notar zur steuerlichen Optimierung und Gestaltung nicht verpflichtet ist. Den Notar trifft zwar die Pflicht zum unverzüglichen Urkundenvollzug; er muss aber Urkunden nach § 53 BeurkG erst dann dem Grundbuchamt vorlegen, wenn sie vollzugsreif sind.[42] Andernfalls würde der Notar auf Kosten und Risiko der Beteiligten eine Zwischenverfügung in Kauf nehmen, die bei zu langen Laufzeiten zu einer kostenpflichtigen Rückweisung führen kann. Dieses Risiko sollte der Notar folglich nur bei ausdrücklicher Anweisung der Beteiligten für diese eingehen.[43]

V. § 16 Abs. 5 GrEStG bei Verletzung von Anzeigepflichten

Die Regelungen in § 16 Abs. 1 bis 4 GrEStG gelten nicht, wenn einer der in § 1 Abs. 2, 2 a und 3 GrEStG bezeichneten Erwerbsvorgänge rückgängig gemacht wird, der nicht ordnungsgemäß (§§ 18, 19 GrEStG) angezeigt war.[44] Die Vorschrift des § 16 Abs. 5 GrEStG soll somit dem Versuch einer Umgehung der Steuerpflicht entgegen wirken. Die Erwerbsvorgänge des § 1 Abs. 2, 2 a und 3 GrEStG werden den Finanzämtern häufig verborgen bleiben; würde das Finanzamt später einen solchen Erwerbsvorgang aufdecken, könnten sich die Steuerpflichtigen ihrer Steuerpflicht durch die Rückgängigmachung des Vertrages entziehen. Gerade dies wird durch § 16 Abs. 5 GrEStG unterbunden.[45]

Aus § 16 Abs. 5 GrEStG ist ableitbar, dass die Begünstigungen des § 16 Abs. 1 bis 3 GrEStG auch auf die Erwerbstatbestände des § 1 Abs. 2, 2 a und 3 GrEStG anwendbar sind, obwohl in all diesen Fällen kein Übergang des Eigentums bzw. kein Rückerwerb des Eigentums erfolgt.[46]

Nach der Rechtsprechung des BFH gilt eine Anzeige i. S. d. § 16 Abs. 5 GrEStG bereits dann als ordnungsgemäß, wenn nur einer der anzeigepflichtigen Personen i. S. d. § 18 bzw. des § 19 GrEStG die Anzeige vorgenommen hat.[47] Außerdem reicht es aus, wenn der Vorgang innerhalb der Anzeigefrist dem Finanzamt in einer Weise bekannt wird, dass es die Verwirklichung eines Tatbestandes nach § 1 Abs. 2, § 1 Abs. 2 a bzw. § 1 Abs. 3 GrEStG prüfen kann. Hierzu reicht es regelmäßig aus, wenn die Anzeige die einwandfreie Identifizierung von Veräußerer, Erwerber und Urkundsperson (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 GrEStG) und gegebenenfalls der Gesellschaft (§ 20 Abs. 2 GrEStG) ermöglicht und der Anzeige die in § 18 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 19 Abs. 4 Satz 2 GrEStG genannten Abschriften beigefügt werden. Es wird als unverhältnismäßig erachtet, die Rechtsfolgen des § 16 Abs. 5 GrEStG eintreten zu lassen, nur weil etwa der Grundbesitz nicht vollständig i. S. d. § 20 GrEStG bezeichnet worden war.[48] Schließlich gibt es sowohl für den Steuerschuldner als auch für den Notar gemäß § 109 AO die Möglichkeit, eine Fristverlängerung für die Abgabe der Anzeige zu beantragen.[49]

---

40 BFH, MittBayNot 2006, 364.

41 *Wälzholz*, MittBayNot 2006, 365.

42 *Winkler*, BeurkG, § 53 Rdnr. 16 m. w. N.

43 *Wälzholz*, MittBayNot 2006, 365.

44 Im Hinblick auf die kurze Anzeigefrist des § 18 Abs. 3 GrEStG ist es in der Praxis empfehlenswert, eine Fristverlängerung analog § 109 AO durch den Notar zu beantragen. Im Hinblick auf die strengen Rechtsfolgen des § 16 Abs. 5 GrEStG erscheint jedoch eine gesetzliche Ausdehnung der Anzeigefristen als dringend erforderlich.

45 *Pahlke/Franz*, § 16 GrEStG Rdnr. 69; *Hofmann*, § 16 GrEStG Rdnr. 45.

46 Gemäß § 16 Abs. 5 i. V. m. § 20 GrEStG ist jedoch der Grundbesitz auf sämtlichen Beteiligungsebenen der Gesellschaften anzugeben. Ausführlich zu den grunderwerbsteuerlichen Anzeigepflichten in den Fällen des § 1 Abs. 2 a und § 1 Abs. 3 GrEStG, *Gottwald*, UVR 2005, 334.

47 BFH, MittBayNot 2005, 441; ähnlich bereits BFH, Urteil vom 21.6.1995, BStBl II 1995, 802, wonach bei einer Anzeigepflicht sowohl nach § 18 als auch nach § 19 GrEStG die Erfüllung der den Gerichten, Behörden und Notaren obliegenden Anzeigepflicht den Beteiligten zugute kommen sollte. Haftungsrisiken bei Nichtanzeigen durch den Notar bestehen somit für diesen nicht. Sofern eine doppelte Anzeigepflicht für Beteiligte und Notar bestand, war die Nichtanzeige durch den Notar nicht alleine kausal für den Schaden, da auch die Beteiligten hätten anzeigen müssen. Sofern dagegen ausschließlich eine Anzeigepflicht des Notars bestand, wird dessen Pflichtverletzung nach der Rechtsprechung nicht zum Nachteil des Steuerpflichtigen herangezogen, so dass auch insoweit kein Schaden (gemäß § 16 Abs. 5 GrEStG) eintreten kann.

48 BFH, MittBayNot 2005, 441; hierzu ausführlich *Gottwald*, MittBayNot 2005, 378; *ders.*, UVR 2005, 334.

49 BFH, MittBayNot 2005, 441.

VI. Einheitliches Vertragswerk

1. Einheitlicher Leistungsgegenstand – Einheitliches Vertragswerk – Vertragsbündeltheorie

Im Gegensatz zu den eigennützigen Erwerberleistungen müssen solche Leistungen der grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung hinzugerechnet werden, die nach dem maßgeblichen Gegenstand des Erwerbsvorgangs auf einen noch *vom Veräußerer* herzustellenden künftigen Zustand des Grundstückes entfallen. Die Bemessungsgrundlage hängt daher davon ab, in welchem Zustand (z. B. bebaut oder unbebaut) das Grundstück erworben werden soll. Der tatsächliche Grundstückszustand bei Vertragsabschluss ist demgegenüber bedeutungslos.[50]

In diesem Zusammenhang spielt die Problematik des sogenannten *einheitlichen Leistungsgegenstandes* – zum Teil auch als einheitliches Vertragswerk oder als Vertragsbündeltheorie bezeichnet – eine wichtige Rolle. Diese Grundsätze betreffen alle Erwerbsvorgänge bezüglich Baugrundstücken, bei denen in engem Zusammenhang mit dem Erwerb auch die Bebauung oder sonstige Veränderungen des Grundstücks (und/oder des aufstehenden Gebäudes) herbeigeführt werden. Hierbei handelt es sich um eine übergesetzliche Rechtsprechung des BFH, welche sich am Sinn und Zweck des Gesetzes orientiert.[51]

Nach der Rechtsprechung vom einheitlichen Leistungsgegenstand wird der Gegenstand des Erwerbsvorgangs um solche Vereinbarungen erweitert, welche *rechtlich* oder *wirtschaftlich* in einem *engen sachlichen Zusammenhang* mit dem eigentlichen Grundstückserwerb stehen. Wenn bei objektiver Betrachtungsweise mehrere Vereinbarungen auf einen einheitlichen Leistungsgegenstand zielen, so sind diese auch dann als Einheit zu behandeln, wenn es sich formal um getrennte Verträge handelt. In diesen Fällen erhöht sich somit die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage. Sind die Verträge dagegen weder zivilrechtlich verknüpft noch in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb stehend, so kann die Grunderwerbsteuer lediglich aus der Gegenleistung für das Grundstück bemessen werden.

Nach einem Urteil des BFH vom 27.10.2004[52] können die Grundsätze des einheitlichen Vertragswerkes jedoch dann nicht angewandt werden, wenn der Erwerber nicht ein bebautes Grundstück, sondern lediglich einen Bauplatz sowie einen Blockholzbausatz erwirbt und anschließend selbst den Bausatz zusammenbaut. Solange auf Veräußererseite nämlich nicht die Verpflichtung zum Verkauf eines bebauten Grundstückes begründet wird, sondern lediglich die Verpflichtung zur Lieferung eines Hausbausatzes (zusätzlich zum unbebauten Grundstück), kann die Grunderwerbsteuer nur aus den Gestehungskosten für den Bauplatz erhoben werden. Gerade noch zulässig ist es, wenn durch die Veräußererseite ein Richtmeister für die fachliche Anleitung des Käufers zur Errichtung des Rohbaues gestellt wird und der Käufer verpflichtet ist, den Anordnungen dieses Instrukteurs Folge zu leisten. Sofern dagegen der Veräußerer selbst zur Aufstellung und Montage der Bausatzteile verpflichtet ist, würden dagegen die Grundsätze zum einheitlichen Vertragswerk eingreifen. Die Haftung der Veräußererseite muss folglich beschränkt sein auf die Fehlerfreiheit der angelieferten Bausatzteile und der Montagepläne sowie der Anweisungen des Richtmeisters; keinesfalls darf jedoch die Verpflichtung zur Aufstellung und Montage einzelner Bausatzteile durch die Veräußererseite enthalten sein. Sofern sich der Veräußerer dagegen zu sonstigen Dienstleistungen, wie beispielsweise der Einholung der Baugenehmigungsunterlagen nebst Statik und Ausführungsplänen verpflichtet, sowie zur Erbringung des Wärmeschutznachweises, kann die Grunderwerbsteuer gleichwohl nur aus den Kosten des unbebauten Grundstücks erhoben werden.

2. Neuere Rechtsprechung zum einheitlichen Vertragswerk

Im Zusammenhang mit dem einheitlichen Vertragswerk sind zwei neuere Entscheidungen noch hervorzuheben:

a) Einflussnahme des Erwerbers auf die Bauplanung

Mit Urteil des BFH vom 21.9.2005[53] wurde entschieden, dass ein einheitliches Angebot im vorbezeichneten Sinne auch dann gegeben sein kann, wenn die bis (annähernd) zur Baureife gediehene Vorplanung inhaltlich maßgebend von der Erwerberseite mit beeinflusst oder gar veranlasst worden ist. Letzteres beinhaltet eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung.

Nach der früheren Judikatur wurde ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen Kauf- und Bauvertrag indiziert, wenn der Veräußerer aufgrund einer in bautechnischer und finanzieller Hinsicht konkreten und bis annähernd zur Baureife gediehenen Vorplanung ein bestimmtes Gebäude auf einem bestimmten Grundstück zu einem im Wesentlichen feststehenden Preis anbot und der Erwerber diese Angebot annahm[54].

Nunmehr hat der BFH zum einen klargestellt, dass die durch die Annahme eines solchen einheitlichen Angebots ausgelöste Indizwirkung für das Vorliegen eines engen sachlichen Zusammenhangs zwischen Kauf- und Bauvertrag auch dann gilt, wenn auf der Veräußererseite *mehrere* Personen auftreten. Denn die Abgabe eines einheitlichen Angebots durch eine von mehreren auf der Veräußererseite handelnden Personen ist kaum denkbar, ohne dass dem eine *Abstimmung* mit den übrigen Personen zugrunde liegt oder das Grundstück dem Handelnden vom Eigentümer anderweitig „an die Hand" gegeben worden ist. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (FG Düsseldorf) kommt es zum anderen hierbei *nicht* darauf an, ob die Vorplanung inhaltlich maßgebend von *Erwerberseite* mit beeinflusst oder gar veranlasst worden ist. Denn die entscheidende Frage, ob der Abschluss des Grundstückskaufvertrags an die Beauftragung eines bestimmten Bauunternehmers gekoppelt ist, ist unabhängig davon, ob der Erwerber das einheitliche Angebot der Veräußererseite unverändert übernimmt oder ob er der Veräußererseite konkrete Vorgaben machen kann, die dann zur Grundlage für das einheitliche, vom Erwerber akzeptierte Angebot über den Erwerb von Grundstück und Gebäude werden. Darin liegt insoweit eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung, als dieser die Vorstellung zugrunde lag, dass die *Veräußererseite* das Objekt zur Bau-

---

50 BFH, BStBl II 1990, 510; *Pahlke/Franz*, § 9 GrEStG Rdnr. 5; *Hofmann*, § 8 GrEStG Rdnr. 12 ff.; vgl. hierzu auch *Weilbach*, § 8 GrEStG Rdnr. 3 a ff.; *Boruttau/Sack*, § 9 GrEStG Rdnr. 49.

51 BFH, BStBl II 1990, 181; vgl. zu der Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung auch *Mößlang*, ZNotP 2001, 414; zustimmend *Bunjes/Geist*, § 4 GrEStG Nr. 9 Rdnr. 6; das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 hat durch die Einführung des § 8 Abs. 2 Satz 2 GrEStG – der allerdings ausschließlich für § 8 Abs. 2 Satz 1 GrEStG gilt – erstmals die Maßgeblichkeit des künftigen Grundstückszustandes normiert.

52 BFH, MittBayNot 2005, 344 m. Anm. *Gottwald*, MittBayNot 2005, 345.

53 BStBl II 2006, 269 = DStR 2006, 272.

54 BFHE 176, 450 = BStBl II 1995, 331.

reife gebracht haben müsse.[55] Sofern also Bauleistungen einheitlich mit einem Grundstück angeboten werden, indiziert dies einen engen sachlichen Zusammenhang zwischen den später abgeschlossenen Verträgen, auch wenn auf Veräußererseite mehrere Personen beteiligt sind. Eine etwaige Beteiligung der Erwerber an der konkreten Bauplanung ist unerheblich.

b) Einheitliches Vertragswerk bei Sanierungsobjekten

In einem weiteren Urteil vom 2.3.2006[56] hat der BFH hervorgehoben, dass die Grundsätze zum einheitlichen Vertragswerk auch hinsichtlich der Frage gelten, ob ein Objekt im sanierten oder im unsanierten Zustand erworben wurde. Trotz Erwerb einer zunächst unsanierten Eigentumswohnung kann nach diesen Grundsätzen die sanierte Eigentumswohnung Gegenstand für die Bemessung der Grunderwerbsteuer sein. Dies gilt es insbesondere zu beachten, wenn der Erwerb der Wohnung und die Werkverträge über die Sanierung des Objektes in getrennten Vereinbarungen geschlossen werden. Sofern zwischen den unterschiedlichen Verträgen ein rechtlicher oder ein enger sachlicher Zusammenhang besteht, so dass der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise ein saniertes Objekt erhält, ist die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer aus dem Wert der sanierten Wohnung abzuleiten.

Im streitgegenständlichen Fall hatte der Käufer explizit eine unsanierte Wohnung unter Ausschluss jeder Gewährleistung erworben und sich selbst zur Vornahme der Sanierung des Hauses verpflichtet. Der Werkvertrag über die Sanierung des Objektes wurde mit gesonderter Vereinbarung mit einer GmbH geschlossen, an welcher die Verkäufer beteiligt waren. Folglich waren auf Veräußererseite personell eng miteinander verbundene Leistungsträger beteiligt. Die Sanierungsverträge wurden nur wenige Tage nach Abschluss des Kaufvertrages abgeschlossen. Laut BFH habe daher die Veräußererseite sämtliche Vertragsabschlüsse gesteuert, so dass die Sanierungskosten eine Gegenleistung der Kläger für den Erwerb des sanierten Objektes darstellten. Entscheidend für den Umfang der Bemessungsgrundlage sei nämlich, in welchem tatsächlichen Zustand das Grundstück Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist. Dass ein bei Abschluss des Kaufvertrages unsaniertes Objekt im sanierten Zustand Gegenstand des Erwerbsvorganges ist, kann sich auch aus einer Mehrheit von Verträgen ergeben, wenn zwischen ihnen ein rechtlicher oder ein so enger sachlicher Zusammenhang besteht, dass der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise ein *saniertes* Objekt erhält. Dies setzt voraus, dass nach den getroffenen Vereinbarungen entweder der Veräußerer selbst oder ein mit ihm zusammenwirkender Dritter dem Erwerber gegenüber verpflichtet ist, den tatsächlichen Zustand des Objektes zu verändern, d. h. das Grundstück zukünftig in einen bebauten bzw. (hier) sanierten Zustand zu versetzen. Zwischen mehreren Verträgen besteht über den Fall einer rechtlichen Bestandsverknüpfung kraft Parteiwillens hinaus zum einen dann so ein enger sachlicher Zusammenhang, dass der Erwerber bei objektiver Betrachtung ein bebautes bzw. saniertes Grundstück erhält, wenn dieser im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages in seiner Entscheidung über das Ob und Wie der Baumaßnahme gegenüber der Veräußererseite nicht mehr frei war und deshalb feststand, dass er das Grundstück nur in dem beabsichtigten bebauten oder sanierten Zustand erhalten würde.

Eine solche Bindung liegt stets vor, wenn der Bauvertrag vor Abschluss des Grundstücksvertrages abgeschlossen wird. Die Bindung kann sich aber auch aus sonstigen vorherigen Absprachen mit der Veräußererseite oder aus faktischen Zwängen ergeben.

Treten in einer solchen Konstellation auf Veräußererseite mehrere Personen als Vertragspartner auf, liegt ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Verträgen nur vor, wenn die Personen entweder personell, wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich eng verbunden sind oder aufgrund von Abreden bei der Veräußerung zusammenarbeiten oder durch abgestimmtes Verhalten auf den Abschluss sowohl des Grundstückskaufvertrags als auch der Verträge, die der Bebauung/Sanierung des Grundstücks dienen, hinwirken. Eines schriftlichen Vertrages zwischen den auf der Veräußererseite verbundenen bzw. auftretenden Personen bedarf es *nicht.* Es reicht vielmehr ein tatsächliches, einvernehmliches Zusammenwirken aus. Der bloße Hinweis auf eine Kaufgelegenheit oder einen Generalübernehmer oder Bauunternehmer reicht dagegen nicht aus.[57]

Selbst wenn sich der Käufer vor Abschluss des Grundstücksvertrages noch Angebote anderer Unternehmen für die Sanierung eingeholt hätte, steht dies der Annahme eines einheitlichen Erwerbsgegenstandes in Form einer sanierten Eigentumswohnung nicht entgegen. Der objektiv enge sachliche Zusammenhang wird durch die in den Kaufverträgen vereinbarte Sanierungsverpflichtung, den Umfang der Sanierung sowie die Steuerung der Vertragsabschlüsse durch die Veräußererseite bestätigt.

---

55 BFH/NV 1996, 637; BFH/NV 2004, 663.

56 DStRE 2006, 1153 = MittBayNot 2006, 544 (in diesem Heft).

57 BFH, BStBl II 2006, 269 = DStR 2006, 272.

Notarkosten bei Grundstückszerlegungen

Von Oberamtsrat i. N. *Thomas Strauß*, Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

1. Verfahrensablauf

Die Bayerischen Vermessungsbehörden sind dazu übergegangen bei der Vermessung von Grundstücken und der Ausfertigung der Fortführungsnachweise keine Zuflurstücke mehr zu bilden. Die Grundstücke werden auf Antrag des Eigentümers (§ 19 Abs. 1 BauGB) zerlegt und diese Zerlegungen im eigenen Besitz vollzogen. Durch den Verzicht auf die Bildung von Zuflurstücken, die direkt einem anderen Grundstück zugeschrieben werden sollen, wird vermieden, dass Fortführungsnachweise unerledigt bleiben und nachfolgende Rechtsgeschäfte im Grundbuch nicht vollzogen werden können oder sogar Rückvermessungen notwendig werden.

Im Wesentlichen verfahren alle Vermessungsämter nach folgendem Schema:

a) Auf Antrag des Eigentümers nimmt das Vermessungsamt die Vermessung vor und bildet eigene Flurstücke, die in einem sog. Zerlegungsfortführungsnachweis (Zerlegungs-FN) vorgetragen werden. Die Eintragung dieser Zerlegung im Grundbuch wird durch das Vermessungsamt durch unmittelbare Übersendung des Amtsauszuges an das Grundbuchamt veranlasst. Mit Vollzug des Zerlegungs-FN im Grundbuch werden eigene Flurstücksnummern im Bestandsverzeichnis gebildet, die jedoch unter einer laufenden Nummer gebucht sind, also ein vereinigtes Grundstück im Rechtssinne darstellen.

b) Der beauftragte Notar erhält gleichzeitig einen Privatauszug des Zerlegungs-FN aufgrund dessen entweder die Grundstücksübertragung oder die Auflassung zu einem bereits beurkundeten schuldrechtlichen Geschäft erfolgen kann. Der Erwerber kann nunmehr entscheiden, ob das im Grundbuch bereits gebildete Vertragsgrundstück mit weiterem Grundbesitz des Erwerbers verschmolzen werden soll. Die Vermessungsämter übersenden aus Vereinfachungsgründen hierzu eine entsprechende Liste der zur Verschmelzung in Frage kommenden Grundstücke, aufgrund derer die Verschmelzung beantragt werden soll.

Den Antrag auf Verschmelzung können die Beteiligten beim Vermessungsamt selbst stellen. Der Notar wird diesen Antrag für die Beteiligten dann stellen, wenn er hierzu vom Erwerber beauftragt wird.

2. Kostenrechtliche Auswirkungen

a) Allgemeine Grundsätze

Nach der bisherigen Handhabung der Vermessungsämter, Zuflurstücke zu bilden, waren die in Veräußerungsverträgen mitbeurkundeten Anträge auf Vollzug der Fortführungsnachweise bzw. die mitbeurkundeten Anträge auf Bestandsteilszuschreibung oder Grundstücksvereinigung regelmäßig gegenstandsgleich gem. § 44 Abs. 1 KostO mit dem beurkundeten Grundstücksveräußerungsvertrag, da diese Grundbuchanträge zwingend zur Durchführung und zum Vollzug des Grundstücksveräußerungsgeschäftes notwendig waren. Gesonderte Kosten sind somit nicht angefallen.[1]

Die notwendigen Anträge auf Teilung des Vertragsgrundstückes (Antrag auf rechtliche Aufhebung der Vereinigung) waren bisher bereits nicht zusätzlich zu bewerten, da der Antrag zum Vollzug der Grundstücksveräußerung notwendig ist (§ 44 Abs. 1 KostO). Daran ändert sich auch nichts, wenn das Vertragsgrundstück vorab im eigenen Besitz zerlegt wird.[2]

Beim nunmehrigen Verfahren der Vermessungsämter können, je nach Fallgestaltung, zusätzliche Beurkundungskosten entstehen, wenn der Vertragsbesitz mit weiterem Grundbesitz des Erwerbers verschmolzen werden soll. Die hierzu notwendigen Anträge auf Vereinigung bzw. Bestandsteilszuschreibung gemäß § 890 Abs. 1 und 2 BGB sind nicht zur Eigentumsumschreibung notwendig, weil der Vertragsbesitz eigenständig im Grundbuch gebildet ist bzw. gebildet werden kann. Es liegt kein Durchführungsgeschäft zum Veräußerungsgeschäft vor. Damit sind diese Anträge auf Vereinigung bzw. Bestandsteilszuschreibung gegenstandsverschieden nach § 44 Abs. 2 KostO und zusätzlich zu bewerten.

Wird daneben der Notar beauftragt, beim Vermessungsamt im Auftrag der Beteiligten den Antrag auf Verschmelzung des durch Zerlegung gebildeten Vertragsgrundbesitzes mit dem Grundbesitz des Erwerbers zu beantragen, ist eine Nebentätigkeitsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu erheben. Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 KostO mit einem Teilwert zu schätzen, wobei die Grundsätze für die Bewertung von Vereinigungsanträgen oder Bestandsteilszuschreibungen Anwendung finden (10–20 % des Wertes des bestandteilsweise zugeschriebenen oder vereinigten Grundbesitzes). Der Ansatz einer Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO scheidet für diese Tätigkeit aus, weil sie nicht vollzugsnotwendig ist.

b) Berechnungsbeispiele

aa) Bestandteilsweise Zuschreibung

Der Käufer erwirbt eine Teilfläche im Ausmaß von 30 qm zum Kaufpreis von 1.350 €. Er beantragt die bestandteilsweise Zuschreibung gemäß § 890 Abs. 2 BGB zu seinem Stammgrundstück (Verkehrswert 200.000 €).

1. Variante:

Die Vermessung ist bereits erfolgt und die Grundstücksteilfläche entsprechend dem Vortrag im Zerlegungs-FN im Grundbuch gebildet. Beurkundet werden der Kaufvertrag und der Antrag des Käufers auf Bestandteilszuschreibung. Der Käufer beauftragt den Notar, beim Vermessungsamt den entsprechenden Antrag auf Verschmelzung zu stellen.

Bewertung:

Geschäftswert Kaufvertrag gemäß § 20 Abs. 1 KostO	1.350,00 €
20/10-Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO	36,00 €
Bestandteilszuschreibung, gegenstandsverschieden nach § 44 Abs. 2 b) KostO: Geschäftswert nach § 30 Abs. 1 KostO, ca. 10–20 % des Wertes des zuzuschreibenden Grundstücks,[3] hier 10 % aus 1.350,00 €	135,00 €
5/10-Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO	5,00 €[4]
Summe der Gebühren	41,00 €

Vergleichsberechnung gemäß § 44 Abs. 2 b) KostO:

Summe der Werte der gegenstandsverschiedenen Erklärungen (Kauf und Bestandteilszuschreibung) 1.350,00 € + 135,00 €	1.485,00 €
20/10-Gebühr gemäß § 36 Abs. 2, § 44 Abs. 2 b) KostO	36,00 €

Die Erhebung der 20/10-Gebühr aus der Summe der Werte der gegenstandsverschiedenen Vereinbarungen ist für den Kostenschuldner günstiger.

Stellung des Antrags auf Verschmelzung an das Vermessungsamt:

Geschäftswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO (10 % aus 1.350,00 €)	135,00 €
5/10-Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO	10,00 €

---

1 *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl. 2005, § 44 Rdnr. 82; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., Stand August 2006, § 44 Rdnr. 4.

2 OLG Frankfurt am Main, DNotZ 1962, 256; *Rohs/Wedewer*, § 44 KostO Rdnr. 4; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl. 2003, S. 960.

3 Notarkasse, Streifzug durch die KostO, 6. Aufl. 2005, Rdnr. 1644.

4 Die Gebühr mit 5 € ist ein Gebührenteil der Gesamtgebühr und deshalb nicht auf den Mindestbetrag nach § 33 KostO zu erhöhen, siehe *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 44 KostO Rdnr. 282.

2. Variante:

Die Bestandteilszuschreibung wird im Rahmen der Messungsanerkennung und Auflassung mitbeurkundet. Der Käufer beauftragt den Notar, beim Vermessungsamt den entsprechenden Antrag auf Verschmelzung zu stellen.

Bewertung:

Geschäftswert Auflassung gemäß § 20 Abs. 1 KostO	1.350,00 €
Bestandteilszuschreibung gemäß § 30 Abs. 1 KostO, 10 % aus 1.350,00 €	135,00 €
Summe gem. § 44 Abs. 2 a) KostO	1.485,00 €
5/10-Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 6 a), § 38 Abs. 2 Nr. 5 a), § 44 Abs. 2 a) KostO	10,00 €

Stellung des Antrags auf Verschmelzung an das Vermessungsamt:

Geschäftswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO (10 % aus 1.350,00 €)	135,00 €
5/10-Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO	10,00 €

bb) Grundstücksvereinigung

Der Käufer erwirbt eine Teilfläche im Ausmaß von 400 qm (Bauplatz) zum Kaufpreis von 72.000 €. Er beantragt die Vereinigung des Verkaufsgegenstandes mit seinem daneben-liegenden Grundstück (Verkehrswert 200.000 €).

1. Variante:

Die Vermessung ist erfolgt und das Vertragsgrundstück laut Zerlegungs-FN im Grundbuch gebildet. Beurkundet werden der Kaufvertrag und ein Antrag auf Grundstücksvereinigung. Der Käufer beauftragt den Notar, beim Vermessungsamt den entsprechenden Antrag auf Verschmelzung zu stellen.

Bewertung:

Geschäftswert Kaufvertrag gemäß § 20 Abs. 1 KostO	72.000,00 €
20/10-Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO	354,00 €

Antrag auf Grundstücksvereinigung, gegenstandsverschieden zum Kaufvertrag gemäß § 44 Abs. 2 b) KostO:

Geschäftswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO, ca. 10–20 % des Wertes der von der Grundstücksvereinigung betroffenen Grundstücke, also aus 272.000,00 €, Vorschlag 10 %	27.200,00 €
5/10-Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO	45,00 €
Summe der Gebühren	399,00 €

Vergleichsberechnung gemäß § 44 Abs. 2 b) KostO:

Summe der gegenstandsverschiedenen Erklärungen 72.000,00 € + 27.200,00 €	99.200,00 €
20/10-Gebühr gemäß § 36 Abs. 2, § 44 Abs. 2 b) KostO	414,00 €

Die getrennte Bewertung ist hier für den Kostenschuldner günstiger.

Antrag an das Vermessungsamt auf Verschmelzung:

Geschäftswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO	27.200,00 €
5/10-Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO	45,00 €

2. Variante:

Der Antrag auf Grundstücksvereinigung wird im Rahmen der Messungsanerkennung und Auflassung mitbeurkundet. Der Käufer beauftragt den Notar, beim Vermessungsamt den entsprechenden Antrag auf Verschmelzung zu stellen.

Bewertung:

Geschäftswert Auflassung gemäß § 20 Abs. 1 KostO	72.000,00 €
Vereinigungsantrag gemäß § 30 Abs. 1 KostO	27.200,00 €
Summe gem. § 44 Abs. 2 a) KostO	99.200,00 €
5/10-Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 6 a), § 38 Abs. 2 Nr. 5 a), § 44 Abs. 2 a) KostO	103,50 €

Antrag an das Vermessungsamt auf Verschmelzung:

Geschäftswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO	27.200,00 €
5/10-Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO	45,00 €

BUCHBESPRECHUNGEN

Lambert-Lang/Tropf/Frenz (Hrsg.): Handbuch der Grundstückspraxis. 2. Aufl., ZAP-Verlag, 2005. 1 570 S. mit CD-ROM, 128 €

Das mittlerweile in zweiter Auflage erschienene Handbuch der Grundstückspraxis gibt, wie die Herausgeber im Vorwort zutreffend ausführen, einen Überblick über die wesentlichen Themengebiete, die sich dem Praktiker, sei es als Richter, Rechtsanwalt oder Notar, als Steuerberater im Bank- und Immobiliengeschäft oder im Verbandswesen Tätigen im Bereich der Grundstückspraxis stellen. Die Autoren, überwiegend Richter an Oberlandesgerichten und am Bundesgerichtshof sowie Notare, widmen sich auf 1570 eng bedruckten Seiten in 19 Kapiteln und in einer dem Werk beiliegenden CD-ROM nicht nur dem Grundstücksrecht im engeren Sinn, sondern behandeln – entsprechend dem Titel „Grundstückspraxis" – auch Themen wie Beeinträchtigungen des Eigentums, das Maklerrecht, das Baugenehmigungsverfahren, die Verkehrswertbestimmung von Grundstücken und die Baufinanzierung. Eine Inhaltsübersicht findet sich auf der Homepage des ZAP-Verlages (www.zap-verlag.de).

Die Darstellung der einzelnen Rechtsgebiete ist kompakt und eignet sich jeweils gut zu einem schnellen Einlesen. Das Werk tritt mit dem Anspruch an, dass Darlegungstiefe, Aufbau und die zur Problemerschließung außerhalb der systematischen Teile gebotenen Hilfen den Rückgriff auf zusätzliche Literatur weitgehend entbehrlich machen. Dem kann nicht ganz beigepflichtet werden. Für den Notar wird bei Fragen im Grundstücksrecht nach wie vor das Werk von *Schöner/Stöber* die erste Wahl sein. Dessen Tiefgang vermag das zu besprechende Werk nicht zu leisten. Allerdings kann das aber von einem solch breit angelegten Werk nicht erwartet werden und sollte auch nicht dessen Zielsetzung sein. Das Werk stellt konzentriert ein gesamtes Themengebiet dar, dessen Erschließung ansonsten nur über die Heranziehung mehrerer Handbücher erreicht werden kann. Eine zu tief gehende Behandlung von Einzelproblemen wäre geradezu kontraproduktiv. Ein erfahrener Notar wird zu diesem Werk nicht wegen der Ausführungen zum Grundbuchrecht oder zum Grundstückskaufvertrag greifen. Er wird aber beispielsweise die Kapitel zum Insolvenzrecht und zum Gewährleistungsrecht, insbesondere nach neuem Recht, mit Gewinn lesen. Umgekehrt werden der beratend tätige Rechtsanwalt, der nicht ständig mit solchen Verträgen konfrontiert ist, oder der über einen Grundstückskauf entscheidende Richter gerade die Ausführungen zum Grundstückskaufvertrag schätzen. Bei schwierigen Fragestellungen ermöglicht das umfangreiche Literaturverzeichnis, das jedem Kapital vorgeschaltet ist, unproblematisch den Zugang zu weiterführender Literatur.

Als Anregung für eine Neuauflage sei auf Folgendes hingewiesen: Nachdem nunmehr die 2. Auflage vorliegt und damit zwischen den Autoren die einzelnen Terrains abgesteckt sein sollten, könnten die Verknüpfungen und Verweise zwischen den einzelnen Kapiteln stärker hervorgehoben und dadurch Wiederholungen vermieden werden. So wird, um nur ein Beispiel anzuführen, der Umfang der Beurkundungspflicht bei der Darstellung des Grundstückskaufvertrages, beim Bauträgervertrag und im Teil über Vertragsstörungen bei Grundstücksgeschäften erörtert, wobei sich die Ausführungen gezwungenermaßen wiederholen. Eine Angleichung sollte auch bei den Formularmustern erfolgen. Selbst die Autoren eines Kapitels verwenden bei gleichen Sachverhalten unterschiedliche Muster. Dies verwirrt, führt zu Wiederholungen und beansprucht unnötig Platz. Kürzungspotentiale könnten generell effektiver genützt werden, wenn auch die Herausgeber im Vorwort betonen, dass die 2. Auflage bereits an mehreren Stellen vereinfacht und gekürzt wurde. So werden die Gewährleistungsrechte nach altem Schuldrecht noch auf knapp 100 Seiten und umfangreicher als die neue Rechtslage behandelt. Dies ist bei einem Rechtsstand Ende 2004 nicht zwingend notwendig. Schön wäre es, wenn die Herausgeber und Autoren den großen Vorteil dieses Buches, die Zusammenarbeit von namhaften Vertretern aus der Rechtsprechung und der vorsorgenden Rechtspflege, weiter fördern würden. Noch erkennt man deutlich an den einzelnen Darstellungen die unterschiedliche Sichtweise des Richters und des Notars. Deutliches Beispiel ist das Kapitel über unentgeltliche Grundstücksübertragungen. So werden im systematischen Teil – die Handschrift des Richters ist klar erkennbar – das der unentgeltlichen Zuwendung zugrundeliegende Rechtsgeschäft und die gesetzlichen Rückforderungsrechte des Schenkers behandelt. Ausführungen zu Vorbehaltsrechten und zu vertraglichen Rückforderungsrechten, die in der notariellen Praxis im Vordergrund stehen, vermisst man hingegen. Im Formularteil, der die notarielle Handschrift trägt, tauchen Nutzungsvorbehalte und Rückforderungsrechte wohl auf, hängen aber ohne Erwähnung im systematischen Teil in der Luft. Wohnungsrecht und Nießbrauch werden im systematischen Teil des Buches erst zwei Kapitel und 150 Seiten später und nicht im Zusammenhang mit dem Übergabevertrag behandelt. Den kundigen Leser wird das nicht stören. Dem nicht kundigen Leser, der diesen Zusammenhang nicht herstellen kann, fehlt damit aber ein wesentlicher Teil dieser Thematik.

Diese Hinweise sollen nicht darüber hinwegtäuschen, dass dieses Handbuch der Grundstückspraxis lesenswert ist. Der große Vorteil ist die kompakte und damit schnell erschließbare Darstellung der einzelnen Themengebiete. Aus notarieller Sicht sind insbesondere die Rechtsgebiete lesenswert, auf denen sich der Notar nicht ständig bewegt. Das Handbuch ermöglicht zum Beispiel den schnellen Zugang zu Fragen zur Insolvenz, zum Maklerrecht oder zur Immobilienfinanzierung, die sich bei der Beratung immer wieder stellen. Aber auch die Durcharbeitung des Grundstücksrechts im engeren Sinn ermöglicht die Auffrischung bekannten Wissens. Der mittlerweile zum LexisNexis-Konzern gehörende ZAP-Verlag schließt damit eine weitere Lücke und es ist nicht zu leugnen, dass dessen Handbücher immer stärker zu einem wichtigen Begleiter in der notariellen Praxis werden und diese der Bezeichnung als Praxishandbücher mehr als gerecht werden.

Notarassessor Dr. *Jürgen Kadel*, M.B.L.T.,
Frankenthal (Pfalz)

Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 3. Aufl., ZAP-Verlag, 2006. 1 212 S. mit CD-ROM, 98 €

Erscheint ein „vom Praktiker für den Praktiker“ geschriebenes Werk innerhalb von knapp vier Jahren seit der Erstveröffentlichung bereits in der dritten Auflage, kann man mit Fug und Recht von einem modernen Klassiker sprechen.

Den möglichen Verdacht, dass bei so kurzen zeitlichen Abständen lediglich alter Wein in neuen Schläuchen verkauft werden soll, entkräftet bereits ein kurzer Blick in das Inhaltsverzeichnis. Gegenüber der Vorauflage ist die Seitenzahl des Buches um ein glattes Drittel gestiegen. Auch die nunmehr deutlich größere Gliederungstiefe des Stichwortverzeichnisses macht sich gerade bei einem Nachschlagewerk positiv bemerkbar. Dass sich dieser offensichtliche Mehrwert nicht bereits äußerlich in einer proportionalen Erhöhung des Ladenpreises oder einem breiteren Buchrücken widerspiegelt, beruht auf der Verwendung dünneren Papiers. Letzteres ist leider, dem neuen Corporate Design des Verlags entsprechend, nunmehr in einem etwas weniger lesefreundlichen Reinweiß gehalten.

Ein genauerer Vergleich macht deutlich, dass gegenüber der Vorauflage auch Textstellen, die inhaltlich unverändert geblieben sind, sprachlich geglättet und die zugehörigen Fußnoten aktualisiert wurden. Dies spricht dafür, dass diese Neuauflage das Attribut „überarbeitet“ tatsächlich verdient – auf dem Buchmarkt leider keine Selbstverständlichkeit. Dass immer noch *Haegele* als Co-Autor der 13. Auflage des „Grundbuchrechts“ durch die Fußnoten geistert, obwohl bereits seit der 12. Auflage nur mehr *Schöner* und *Stöber* als solche auftreten, ist da eher einer Nachlässigkeit des Lektors geschuldet. Vereinzelt anzutreffende, etwas geschraubt anmutende Formulierungen („oberstgerichtliche Rechtsprechung“, „Verzugsverzinsung“) ändern ebenfalls nichts an dem Eindruck, dass der Autor sowohl in den Erläuterungen wie auch in den Textbausteinen Wert auf exakte Ausdrucksweise legt. So sieht eben § 288 Abs. 1 BGB in der Tat keine Verzinsung von fünf Prozent, sondern von fünf Prozent*punkten* über dem jeweiligen Basiszinssatz vor. Besonders erfreulich ist, dass in Anlehnung an *Amann* der „Eigentumsvormerkung“ der Vorzug vor dem juristisch unscharfen und für Laien zudem unverständlichen Begriff der „Auflassungsvormerkung“ gegeben wird. Noch erfreulicher wäre es freilich, wenn auch der gleichermaßen beliebte wie falsche Terminus der Straßengrund„abtretung“ (Rdnr. 157) keine Verwendung mehr fände.

Der gewohnte Aufbau des Buches wurde gegenüber der Vorauflage beibehalten. Auf eine (nochmals erweiterte) Übersicht über die Schuldrechtsreform und deren Einfluss auf die Vertragsgestaltung sowie eine kurze Einführung in Ziel und Umfang der Beurkundungspflicht folgt das eigentliche Kernstück, die Gestaltung eines Grundstückskaufvertrages. Daran angeschlossen sind die bewährten Querschnittsdarstellungen zu ausgewählten Spezialthemen, wobei vor allem westdeutsche Kollegen für die komprimierte und dennoch umfassende Einführung in das Sonderrecht der neuen Bundesländer dankbar sein dürften. Neben den bereits bekannten Abhandlungen zu kosten- und steuerrechtlichen Fragen findet sich erstmals auch eine Gesamtdarstellung zu insolvenzrechtlichen Besonderheiten. Der Formularteil am Ende des Buches enthält neben zahlreichen Vollzugsmustern mittlerweile 15 (!) Gesamtvertragsmuster. Neu hinzugekommen sind Muster für einen Kettenkaufvertrag, den Kauf einer versteigerungsbefangenen Wohnung mit Abwicklung über Notaranderkonto, den Kauf eines Wohnungserbbaurechts und die (beurkundete) Aufhebung eines Kaufvertrages. Alle erreichen das hohe Niveau der bereits aus den Vorauflagen bekannten Vertragsmuster und sind ebenso wie sämtliche Textbausteine auf der mitgelieferten CD-ROM enthalten.

Naturgemäß finden sich jedoch die meisten Neuerungen in den Gestaltungshinweisen. Wesentlich erweitert und vertieft wurden beispielsweise die Ausführungen zum schillernden Begriff des Mietkaufs, zur Mietgarantie, zur Gläubiger- und Insolvenzanfechtung und zur Umsatzsteueroption. Anders als in den Vorauflagen geht der Autor jetzt zu Recht davon aus, dass der Notar im Rahmen der Beurkundung von Grundstückskaufverträgen auch ohne Vorliegen konkreter Verdachtsmomente der erweiterten Pflicht zur Identitätsfeststellung nach dem Geldwäschegesetz (GwG) unterliegt. Folglich findet sich zu diesem Thema ebenfalls ein eigenes Kapitel. Völlig neu aufgenommen wurde auch ein Abschnitt, der sich den rechtlichen Besonderheiten einer freiwilligen Versteigerung von Immobilien, z. B. über das Internet, widmet. Doch selbst so vertraute und scheinbar wenig dynamische Rechtsgebiete wie die gesetzliche Vertretung Minderjähriger oder die Sicherungswirkung der Eigentumsvormerkung werden deutlich ausführlicher behandelt. Lediglich die Ausführungen zu Maklerklauseln sind nach wie vor etwas knapp geraten. Die inhaltlichen Erweiterungen sind dabei nicht Selbstzweck, sondern steigern tatsächlich die Gebrauchstauglichkeit des Buches. Anders als in den Vorauflagen, wo bei einigen Sachfragen nur auf weiterführende Literatur verwiesen wurde, finden sich jetzt entsprechende Übersichten an Ort und Stelle. Beispiele sind die Ausführungen zur Vertretung ausländischer Kapitalgesellschaften sowie ein Überblick über die wichtigsten ausländischen Güterstände. Auch die Anzahl der in den Text eingearbeiteten Formulierungsvorschläge hat erheblich zugenommen. So erhält man erstmals Muster zu Fällen der Einfach- und Mehrfachbehinderung von Beteiligten, zu Baulasten, oder der Mitübertragung von Agrarförderansprüchen. Die Heranziehung von Sekundärliteratur wird so in vielen Fällen überflüssig.

So hoch man dem Autor sein Streben nach Vollständigkeit anrechnen muss – die schiere Fülle des Materials erschwert mitunter auch das Auffinden der wirklich relevanten Informationen. Weniger wäre gelegentlich mehr gewesen. Dies gilt für Ausführungen zu Randbereichen notarieller Tätigkeit ebenso wie für Darstellungen, deren praktischer Nutzen mir eher gering erscheint. Ich wage z. B. zu bezweifeln, ob je eine signifikante Zahl von Notaren einen möglicherweise geschäftsunfähigen Beteiligten während einer Beurkundung der in Rdnr. 221 vorgeschlagenen „Mini-Mental-Examination“ (MME) unterziehen wird. Auch die im Formularteil enthaltenen und zum Auslegen im Notariat gedachten „Kundenmerkblätter“ (vom Umfang her eher kleine Broschüren), die Themen wie „Grundstückskaufvertrag“, „Umzug“ oder „Grundpfandrechte“ behandeln, fallen in diese Kategorie. Natürlich bleibt es jedem Notar unbenommen, als eine Art Service umzugswillige Beteiligte auch mit Tipps zum richtigen Heben und Tragen von Gegenständen zu versorgen (Rdnr. 1707). Allerdings drohen hier die Grenzen zwischen notarieller Aufklärungspflicht und allgemeiner Lebenshilfe zu verwischen. Wo die Merkblätter rechtliche Erläuterungen enthalten, sind diese nach meinem Dafürhalten für einen juristischen Laien wiederum zu lehrbuchartig gehalten. Ob es dem Notar schließlich „gut ansteht“, dem Gläubiger anlässlich der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung in einem Begleitschreiben auch die weiteren Schritte zur Rechtsdurchsetzung zu skizzieren (Rdnr. 629), scheint mir aus Gründen der damit verbundenen Außenwirkung – Anschein der Parteilichkeit – fraglich.

Angesichts der Vielzahl der bearbeiteten Themen bleibt es naturgemäß nicht aus, dass man bei der einen oder anderen

Sachfrage selbst zu anderen Ergebnissen kommen würde, als der Autor. Dass beispielsweise nur „vorsichtige Notare“ (Rdnr. 305, 309) prüfen, ob im Zeitpunkt der Eintragung einer Eigentumsvormerkung die Verfügungsbefugnis des auf Verkäuferseite handelnden Testamentsvollstreckers (Insolvenzverwalters, Nachlassverwalters) noch bestand, mag zwar der gängigen Praxis entsprechen. Zu einer solchen Vorgehensweise möchte man jedoch auch und gerade den ansonsten weniger vorsichtigen Berufskollegen raten. Bekanntlich weigert sich die Rechtsprechung bislang, § 878 BGB auf den hier einschlägigen Wegfall der Verfügungsbefugnis analog anzuwenden. Ist somit die Verfügungsbefugnis einer Partei Kraft Amtes vor Eintragung der Vormerkung erloschen, entfaltet die Vormerkung keinerlei Schutzwirkung zugunsten des Käufers. Den Kaufpreis allein aufgrund der Eintragungsmitteilung fällig zu stellen, halte ich daher auch jenseits persönlicher Risikobereitschaft für bedenklich (zu möglichen Lösungen dieses Problems siehe *Heil*, RNotZ 2001, 269).

Im Fall einer möglichen Anwendbarkeit ausländischen Güterrechts auf Seiten der Käufer relativ schnell eine umfassende Rechtswahl als „sichersten Weg“ zu empfehlen (Rdnr. 362 ff.), entspricht ebenfalls einer weit verbreiteten Übung. Dennoch sollte gerade in einem Praxishandbuch nicht verschwiegen werden, dass dieser vermeintliche „Königsweg“ eine Reihe von (unerwünschten) Folgen haben kann. Die Güterrechtswahl hat – bei entsprechender Qualifizierung des § 1371 BGB – auch erbrechtliche Folgen und führt automatisch zu einer Beendigung des bisherigen Güterstandes, der dann natürlich auch abzuwickeln ist. Beschränkt man hingegen die Rechtswahl auf erstmals erworbenen inländischen Grundbesitz, kommt es zu einer Güterrechtsspaltung, die bei Scheidung oder Tod eines Ehegatten zu erheblichen Komplikationen führen kann. Hierüber sowie über die diesbezüglichen Vereinbarungsmöglichkeiten dürfen die Beteiligten mit Recht eine qualifizierte Beratung erwarten, zu der anlässlich des Grundstückskaufs jedoch selten Gelegenheit besteht. Gestaltungsalternativen, wie beispielsweise die Vereinbarung von Vorbehaltsgut, wenn allein die Vereinfachung des Grundbuchvollzugs bezweckt wird, oder flankierende Maßnahmen einer Güterrechtswahl, wie beispielsweise eine Wahl des Erbstatuts nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB, finden leider keine Erwähnung durch den Autor.

Dass schließlich stets eine unrichtige Sachbehandlung vorliegt, wenn der Notar eine Vertretungsbescheinigung ausstellt, obwohl die Registerakten beim gleichen Amtsgericht geführt werden, wie das Grundbuchamt (Rdnr. 316), scheint mir in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Jedenfalls bei größeren Amtsgerichten lässt sich durch die Vertretungsbescheinigung eine nicht unwesentliche Beschleunigung des Grundbuchverfahrens erreichen. Etwaige Mühen und Kosten einer (elektronischen) Registereinsicht bleiben ohnehin niemandem erspart, da sich der Notar auch vor einer Bezugnahme davon überzeugen muss, dass die behaupteten Rechtsverhältnisse tatsächlich im Register eingetragen sind.

Diese Kritikpunkte sollen jedoch allesamt nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich spätestens bei der 3. Auflage um ein im besten Sinne „gereiftes“ Werk handelt, in das zahlreiche Anregungen und Wünsche anderer Praktiker sowie der eine oder andere Verbesserungsvorschlag eingeflossen sind. Wer bisher keine der Vorauflagen besitzt, dem kann die Anschaffung des Buches ohne Einschränkungen empfohlen werden. Wegen des verbesserten Stichwortverzeichnisses, der größeren Bandbreite und Tiefe der Erläuterungen, vor allem aber wegen der zahlreichen neuen Textbausteine und Gesamtvertragsmuster sollten jedoch auch alle übrigen Kollegen den neuerlichen Kauf in Erwägung ziehen.

Notar *Bertrand Koller*, Dingolfing

Heckschen/Heidinger: Die GmbH in der Gestaltungspraxis. Heymann, 2005. 522 S., 68 €

Die GmbH ist in Deutschland seit Jahren die mit Abstand beliebteste Rechtsform. Bei über einer Million GmbHs besteht naturgemäß auch kein Mangel an Literatur zum GmbH-Recht. Wissenschaftlich vertiefte Darstellungen aus Praxissicht finden sich aber gleichwohl selten. Diese Lücke schließt nunmehr das neue Beratungshandbuch von *Heribert Heckschen* und *Andreas Heidinger*, das in erster Auflage in der „roten Reihe“ des Carl Heymanns Verlag erschienen ist. Auf rund 500 Seiten haben die beiden Autoren sämtliche Probleme des deutschen GmbH-Rechts fundiert und präzise erörtert. An der Art und Weise der Darstellung zeigt sich, dass beide Autoren auf jahrelange Erfahrungen im GmbH-Recht zurückblicken können: *Heribert Heckschen* als Notar in Dresden und *Andreas Heidinger* als Referatsleiter für das Handels-, Gesellschafts- und Steuerrecht beim Deutschen Notarinstitut in Würzburg. Zahlreiche Beispiele, Formulierungsvorschläge und Übersichten tragen dazu bei, dass die Ausführungen stets sehr gut verständlich sind. Aufgrund der übersichtlichen Gliederung findet man in kürzester Zeit zuverlässige Antworten auf alle Fragen, die sich im täglichen Umgang mit der GmbH stellen. Gezielte Hinweise auf die neuste höchstrichterliche Rechtsprechung und umfangreiche Hinweise auf aktuelle Literatur zu Beginn der einzelnen Kapitel ermöglichen im Einzelfall eine gezielte Vertiefung.

Das Buch ist in drei große Teile untergliedert: Im ersten Teil (§§ 1 bis 3, S. 3 bis 177) findet sich eine gelungene Darstellung aller Fragen der GmbH-Gründung. Besonders wertvoll sind dabei die detaillierten Ausführungen zu typischen Praxisproblemen, die sonst oft nur am Rande erörtert werden. Dies gilt beispielsweise für die Behandlung der Vor-GmbH im Grundstücksverkehr (§ 1 Rdnr. 91 ff.), die Beteiligung von Treuhändern bei der GmbH-Gründung (§ 2 Rdnr. 106 ff.) oder die Kapitalaufbringung bei sog. Stafettengründungen (§ 2 Rdnr. 226 ff.) und dem Erwerb von Vorrats- und Mantelgesellschaften (§ 2 Rdnr. 121 ff.). *Heckschen* und *Heidinger* unterbreiten dabei durchweg praktikable Lösungsvorschläge, so dass das Handbuch sicherlich auch bei mancher Auseinandersetzung mit Registerrichtern wertvolle Dienste leistet. In einem eigenen Abschnitt zur Satzungsgestaltung werden die zahlreichen Möglichkeiten der Satzungsgestaltung anhand praxiserprobter Formulierungsvorschläge vorgestellt. Besonders interessant erscheinen dabei die Vorschläge zu Schiedsgerichts- und Mediationsklauseln (§ 3 Rdnr. 216 ff.).

Im zweiten Teil des Handbuchs (§§ 4 bis 11, S. 181 bis 400) geht es um die Betreuung einer bestehenden GmbH. Die Darstellung zeichnet sich auch hier durch eine an den Bedürfnissen der Praxis orientierte Schwerpunktsetzung aus. *Heidinger* stellt beispielsweise die Problematik der Insichgeschäfte (§ 4 Rdnr. 26 ff.) kompakt und kenntnisreich dar, die bei Unternehmenskäufen, Umstrukturierungen oder GmbH & Co. KGs immer wieder Schwierigkeiten bereitet. In der Krise der Ge-

sellschaft neigen manche Geschäftsführer dazu, sich ihrer Verantwortung durch Amtsniederlegung zu entziehen. Die praktischen Fragen des Registervollzugs werden von *Heidinger* prägnant erörtert (§ 4 Rdnr. 41 ff.). *Heckschen* untersucht mit großer Sorgfalt die möglichen Auswirkungen der *Holzmüller-* und *Gelatine*-Rechtsprechung des BGH auf das GmbH-Recht und spricht sich dabei zu Recht für eine modifizierte Anwendung aus (§ 5 Rdnr. 65 ff.). Die Schnittstellen zwischen Gesellschaft- und Insolvenzrecht werden von *Heckschen* in verschiedenem Zusammenhang mit großem Überblick behandelt, wie etwa bei der Kapitalerhöhung im Insolvenzverfahren (§ 6 Rdnr. 22 ff.) oder den Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer (§ 11 Rdnr. 32 ff.). In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass die Anteilsverhältnisse an einer GmbH unklar sind oder bei früheren Übertragungen gegen die Teilbarkeitsvorschriften verstoßen worden ist. *Heidinger* stellt nicht nur die daraus resultierenden Rechtsfragen umfassend dar, sondern gibt dem Praktiker auch zahlreiche Lösungsvorschläge mit an die Hand (§ 8 Rdnr. 52 ff. und Rdnr. 85 ff.). *Heckschen* erörtert schließlich die (leider) immer noch ungelöste Problematik der Firmenbestattung und macht dabei auch konkrete Vorschläge, wie sich der Notar bei entsprechenden Geschäftsanteilsabtretungen verhalten soll (§ 11 Rdnr. 56 ff.).

Im dritten Teil des Buchs (§§ 12 bis 14, S. 401 bis 508) stellt *Heckschen* zunächst die neusten Entwicklungen im europäischen und internationalen Gesellschaftsrecht. Dabei findet sich auch ein umfangreicher und wohl abgewogener Vergleich zwischen der deutschen GmbH und der englischen Limited (§ 13 Rdnr. 214 ff.). Zu guter Letzt werden bereits Überlegungen für eine mögliche Reform des deutschen GmbH-Rechts vorgestellt (siehe dazu jetzt den im Juni 2006 vorgelegten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, MoMiG; Volltext im Internet unter www.bundesjustizministerium.de. Ausführlich dazu *Breitenstein/Meyding,* BB 2006, 1457; *Noack*, DB 2006, 1475; *Römermann*, GmbHR 2006, 673; *Seibert*, ZIP 2006, 1157). Derzeit lässt sich allerdings noch nicht absehen, welche Gestalt die Reform des GmbH-Rechts einmal annehmen wird. Selbst im Bundesjustizministerium geht man derzeit davon aus, dass etwaige Neuregelungen erst Anfang 2008 in Kraft treten werden.

Bis dahin bleibt das neue Handbuch von *Heckschen* und *Heidinger* ein zuverlässiger und wertvoller Ratgeber in allen Fragen des GmbH-Rechts. Der positive Gesamteindruck wird durch die gute Ausstattung und das handliche Format abgerundet. Insgesamt handelt es sich somit um eine vorzügliche Darstellung, die an Aktualität und Informationsdichte ihresgleichen sucht.

Notar *Thomas Wachter*, Osterhofen

Krafka: Grundsätze des Registerrechts. Utz Verlag, 2004. 135 S., 39 €

Der Autor der hier vorzustellenden Dissertation, Notar Dr. *Alexander Krafka*, Passau, ist auf dem Gebiet des Registerrechts spätestens seit Erscheinen des *Keidel/Krafka/Willer* (Registerrecht, 6. Aufl. 2003) kein Unbekannter. Ziel seiner an der Ludwig-Maximilians-Universität München von Notar Dr. *Karl Winkler*, München, betreuten Arbeit ist die Herausarbeitung das Registerrecht prägender Grundsätze, die einerseits bei der Fortentwicklung des Registerrechts, andererseits bei der Bewältigung praktischer, die Praxis des Registerrechts bestimmender Einzelfragen hilfreich sind. Die Grundsätze werden zwar für sämtliche Rechtsträgerregister in Deutschland (Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts- und Vereinsregister) entwickelt, der Schwerpunkt liegt indes beim Handelsregister. Das klingt für den tagtäglich mit der Registerpraxis konfrontierten Notar spannend und der Leser wird auch nicht enttäuscht. Drei Dinge fallen sofort angenehm auf: der für eine Dissertation heutiger Tage tendenziell geringe Umfang, die klare Gliederung und die damit einhergehende Konzentration auf Wesentliches. Der Leser profitiert hiervon, und inhaltlich leidet die Arbeit keineswegs durch die stellenweise auferlegte Selbstbeschränkung.

In § 1 (Das Rechtsgebiet des Registerrechts) stellt *Krafka* den historischen und funktionalen Kontext des Registerrechts dar und wirft die Frage auf, ob beim Registerrecht überhaupt von einem eigenen Rechtsgebiet gesprochen werden kann. Interessant ist hier vor allem die aus unterschiedlichsten Perspektiven herausgearbeitete Zwitterstellung des Registerrechts zwischen formellem und materiellem Recht.

Anschaulich und praxisbezogen führt § 2 (Funktionsmechanismen des Registerrechts) dem Leser die drei registerrechtlichen Ansätze vor Augen, mit denen die betroffenen Rechtsträger dazu angehalten werden, den Registerinhalt auf dem aktuellen Stand zu halten: Anmeldepflichten, negative Publizität und die Normierung konstitutiver Eintragungspflichten. Überzeugend wird dahingehend differenziert, dass einem Registerzwang nur solche Tatsachen unterliegen können, deren Eintragung im Register deklaratorische Wirkung hat. Der Funktionsmechanismus negative Publizität beschränkt sich nach *Krafka* nicht auf § 15 HGB, sondern findet sich z. B. auch in der Anknüpfung des Beginns der Nachhaftungsfristen der §§ 159 Abs. 2, 160 Abs. 2 HGB an die entsprechende Verlautbarung im Handelsregister; *Krafka* spricht hier von „mittelbarer negativer Publizität“ (S. 28 f.). Am Beispiel der Ersteintragung einer fehlerhaft gegründeten GmbH vertieft *Krafka* die soweit ersichtlich bislang kaum systematisch aufgearbeitete Frage der Heilung konstitutiver Eintragungen im Handelsregister, die in der notariellen Praxis von erheblicher Bedeutung sein kann (S. 30 ff.).

§ 3 (Führung der Rechtsträgerregister) befasst sich mit organisationsrechtlichen Grundsatzfragen des Registerrechts – insbesondere Zuständigkeit, Organe und Handhabung –, also mit einem Teilbereich, der in jüngerer Zeit besonders im Zentrum rechtspolitischen Agierens steht. Zu erwähnen sind hier die nicht enden wollende Diskussion um die Verlagerung der sachlichen Zuständigkeit für die Führung der Handelsregister auf die IHK und Fragen der Elektronisierung der Register; beide Komplexe werden angesprochen, in Anbetracht der Zielsetzung der Arbeit konsequenterweise jedoch nicht vertieft.

Ein Schwerpunkt der Darstellung liegt naturgemäß bei der registerlichen Publizität (§ 4). *Krafka* bildet für die Einteilung der Arten von Publizität vier Kategorien: Eintragungen mit Bekanntmachung, solche ohne Bekanntmachung, Einreichung von Unterlagen mit Bekanntmachung ohne Eintragung und

schließlich die Einreichung von Unterlagen ohne Eintragung und Bekanntmachung. Die – einleuchtende – Einteilung bleibt nicht blass, da jeder Teilbereich mit Beispielen aus der Praxis unterfüttert und dadurch anschaulich wird. So finden sich als Typen der letztgenannten Publizitätsart die Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse an einer GmbH mittels der Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG (der in Zukunft möglicherweise erheblich größere Bedeutung im Sinne einer Grundlage für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen zukommt, vgl. § 16 Abs. 3 GmbHG in der Fassung des Referentenentwurfs des MoMiG), aber auch die im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung neu entwickelte Pflicht zur Publizität sogenannter „wirtschaftlicher Neugründungen" von Kapitalgesellschaften.

Die Auseinandersetzung mit der Frage, welche Tatsachen in das Register einzutragen sind, also mit den Gegenständen registerlicher Publizität, macht die Verzahnung verfahrensrechtlicher und materiellrechtlicher Aspekten besonders deutlich. Unterschieden werden erzwingbare, nicht erzwingbare und von Amts wegen einzutragende Tatsachen. In Übereinstimmung mit den bisher erarbeiteten Grundlinien, insbesondere in § 2, kommt *Krafka* zu der Erkenntnis, dass allein die Eintragung deklaratorisch wirkender Tatsachen erzwingbar sein kann, da nur hier ein Auseinanderfallen der materiellen Rechtslage und des Registerinhalts zu befürchten ist. Dieser Teil der Arbeit konfrontiert den Leser mit einer Fülle den Notar immer wieder beschäftigender Einzelfragen, von denen nur einige hier genannt werden können: Eintragungsfähigkeit der Testamentsvollstreckung über Gesellschaftsanteile von Personengesellschaften, Unternehmensverträge der GmbH, Vertretungsverhältnisse bei der GmbH & Co. KG und Sonderrechtsnachfolgevermerk bei Kommanditanteilen. Die Eintragung des letztgenannten Vermerks hält *Krafka* vor dem Hintergrund der nunmehrigen Fassung des § 162 Abs. 2 HGB – anders als im *Keidel/Krafka/Willer*, Rdnr. 750, 753 und anders als der BGH (vgl. DNotI-Report 2006, 6) – für unzulässig (S. 67 ff.).

Nah an der notariellen Praxis sind auch die Ausführungen unter § 5 (Die Mitwirkung der Beteiligten am Registerverfahren), die sich mit Fragen zur Handelsregisteranmeldung einschließlich Versicherungen und Namenszeichnung befassen: Funktion, Rechtsnatur, anmelde- und erklärungsberechtigte Personen, Form und Stellvertretung. Soweit ersichtlich als einziger überhaupt bietet *Krafka* auch eine Begründung dafür, weshalb der in der Praxis häufig lästige § 78 GmbHG die Anmeldung von Gründung und Kapitalmaßnahmen zwingend durch sämtliche Geschäftsführer fordert, nämlich die Zuweisung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der mit der Anmeldung verbundenen Versicherung an *alle* Geschäftsführer (S. 83).

§ 6 (Das registerliche Eintragungsverfahren) setzt einen Schwerpunkt bei der Prüfungsdichte durch das Registergericht, spart aber auch eine Beschreibung des technischen Ablaufs des Eintragungsverfahrens nicht aus. Der Leser ahnt besonders bei der Lektüre dieser Passage, welche auch rechtspolititisch weitreichenden Folgen die Umstellungen auf den elektronischen Registerverkehr mit sich bringen wird.

Die Ergebnisse der Arbeit fasst *Krafka* unter § 7 in zwölf griffige Grundsätze zusammen. Zu Recht bejaht er vor diesem Hintergrund die Berechtigung, beim Registerrecht von einem eigenständigen Rechtsgebiet zu sprechen, ohne allerdings der Überhöhung einer perfektionistischen Systematisierung das Wort zu reden. Im Vordergrund stehen zu Recht Zweckmäßigkeitserwägungen: Es geht *Krafka* um die Ordnung von Rechtsstoff mit dem Ziel, Wahrnehmung und Interesse an diesem für unseren Berufsstand so wichtigen Rechtsgebiet zu fördern.

Insgesamt gelingt der Schrift gekonnt der Brückenschlag zwischen Wissenschaft und Praxis. Für den Notar als täglich mit der Praxis des Registerrechts Befassten ist die alles andere als mühsame Lektüre allemal verständnisfördernd und daher gewinnbringend. Zu bemängeln bleibt allein das wenig ansprechende Druckbild der Arbeit. Wer selbst eine Dissertation veröffentlicht hat, weiß jedoch, dass hier Kompromisse unumgänglich sind. Im Übrigen soll die Arbeit dem Vernehmen nach beim Beck-Verlag als Lehrbuch zum Registerrecht erscheinen, womit auch dieses eher marginale Problem gelöst werden dürfte. Es empfiehlt sich daher, mit der – lohnenden – Anschaffung bis zum Zeitpunkt des Erscheinens der Arbeit in neuer Aufmachung zu warten.

Notar Dr. *Benedikt Selbherr,* Hof

Scherf/Schmieszek/Viefhues: Elektronischer Rechtsverkehr. C. F. Müller, 2006. 208 S., 36 €

Vor allem wegen seiner Auswirkungen auf das Handelsregisterverfahren zum 1.1.2007 ist der Elektronische Rechtsverkehr auch bei Notaren derzeit in aller Munde. Zwar hat dieser bereits durch das Justizkommunikationsgesetz (JKomG) in Form der §§ 39 a, 42 Abs. 4 BeurkG und § 15 Abs. 3 BNotO Einzug in das Beurkundungs- und Berufsrecht erhalten, an praktischer Bedeutung dürften die Vorschriften jedoch erst zum Jahreswechsel 2006/2007 gewinnen. Ab diesem Zeitpunkt sind Einreichungen zum Handelsregister zwingend in elektronischer Form vorzunehmen (§ 12 HGB in der Fassung des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister – EHUG). Die notarielle Praxis betritt hierbei zwangsläufig Neuland. Entsprechend großer Aufmerksamkeit sind sich daher auch die (bisher allerdings wenig zahlreichen) literarischen Darstellungen zum Elektronischen Rechtsverkehr sicher. Als Werk, das die „rechtlichen und technischen Rahmenbedingungen kurz und verständlich aufzeigen und die Arbeitsabläufe für die Nutzer darstellen" will (Vorwort, S. VII.), empfiehlt sich als „Kommentar und Handbuch" das von *Scherf/Schmieszek/Viefhues* herausgegebene Buch.

Für die notarielle Praxis eignet es sich jedoch nur eingeschränkt. Notare erwähnt es zwar (Teil C. V. Rdnr. 20 ff.); die sie im Zusammenhang mit dem Elektronischen Rechtsverkehr betreffenden Fragen werden jedoch vergleichsweise stiefmütterlich behandelt. Dies gilt namentlich für die §§ 39 a, 42 Abs. 4 BeurkG, die bedauerlicher Weise nicht im Kommentarteil (Teil B.), sondern lediglich auf gut zwei Seiten in dem als „Handbuch" überschriebenen Abschnitt (Teil C.) zu finden sind. Der Kreis der Autoren, der sich aus Richtern, Ministerialbeamten und Rechtsanwälten zusammensetzt, erklärt auch, warum neben dem OWiG lediglich das Prozessrecht (ZPO, ArbGG, VwGO, FGO und SGG) kommentiert ist. Aus notarieller Sicht lohnt also allenfalls ein Blick in die Aus-

führungen zu den §§ 371 a, 416 a ZPO, die – durch das JKomG eingeführt – die Beweiskraft notarieller Urkunden im Elektronischen Rechtsverkehr regeln. Die entsprechenden Erläuterungen von *Schmieszek* beschränken sich jedoch – wohl auch mangels praktischer Anwendungsfälle – weitgehend auf die Wiedergabe der Gesetzesbegründung.

Die allgemeinen Ausführungen zur Kommunikation mit der Justiz (Teil A. I.) und zur elektronischen Signatur (Teil C. I. und II.) sowie in gewisser Weise auch das Kapitel über den „Elektronischen Rechtsverkehr für den Anwalt" (Teil C. III.) sind zwar aufschlussreich und lesenswert, rechtfertigen jedoch allein ihretwegen keine Anschaffung des Werkes. Für die notarielle Praxis wäre es wünschenswert, wenn eine mögliche Neuauflage berufs- und beurkundungsrechtliche Fragen stärker berücksichtigen würde. Dies erscheint schon deshalb sachgerecht, weil Notare mit Inkrafttreten des EHUG als erster Berufsstand geschlossen in der täglichen Praxis am Elektronischen Rechtsverkehr – jedenfalls mit den Registergerichten – teilnehmen.

Notarassessor *Markus Sikora*, München

Engelhardt: Prozessualer und materiellrechtlicher Bestand des in vollstreckbaren notariellen Urkunden erklärten Nachweisverzichts, insbesondere beim Abschluss von Bauträgerverträgen. Der Andere Verlag, 2004. 167 S., 21,90 €

Beginnen möchte ich, wenngleich ungewöhnlich für eine Buchbesprechung, mit einer Verlagsempfehlung: Erschienen ist das Werk in DER ANDERE VERLAG, einem Dissertationsverlag in Tönning, der mir für juristische Dissertationen bis zu dieser Rezension nicht bekannt war. Er setzte seinen Schwerpunkt bisher auch im naturwissenschaftlichen Bereich. Im Verhältnis zum Ladenpreis bietet der Verlag ein ansprechendes und einladendes Layout. Ein Hardcover kann selbstverständlich nicht erwartet werden, Schriftsatz und Lesbarkeit scheinen mir aber besser als bei anderen, bekannteren Dissertationsverlagen.

Engelhardt selbst behandelt auf annehmbaren 150 Seiten den Nachweisverzicht insbesondere im Bauträgervertrag. Nach einem einleitenden Überblick über den Gang der Darstellung (S. 1–15) und der Erörterung des Anwendungsbereichs der MaBV (S. 16–31) entscheidet sie sich bei ihren Vorüberlegungen zur Klauselkontrolle für eine grundsätzliche Anwendbarkeit des AGBG, bzw. nun §§ 305 ff. BGB, auf Notarurkunden, jedenfalls auf den notariell beurkundeten Bauträgervertrag (S. 31–34). Die jüngst von *Wolfsteiner* (Vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdnr. 6.10) angestoßene Überlegung, dass möglicherweise aufgrund des hoheitlichen Charakters der Unterwerfungserklärung die Klauselkontrolle nicht eingreife, konnte sie noch nicht aufgreifen. *Engelhardt* bejaht aber die AGB-rechtliche Zulässigkeit eines Ratenzahlungsplanes, der sich an den Vorgaben des § 3 Abs. 2 MaBV orientiert (S. 35–59).

Nach diesen Vorfragen wendet sich *Engelhardt* dem Nachweisverzicht zu (S. 60–97). Sie hält § 726 ZPO für abdingbar. Das Erfordernis, den Bedingungseintritt durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen zu müssen, sieht *Engelhardt* allein im Schuldnerschutz begründet. Ein darüber hinausgehendes öffentliches Interesse erkennt sie nicht an, weil etwaige Fehlentscheidungen und -entwicklungen nicht die Allgemeinheit belasteten. Anders liege es beispielsweise bei den Vorschriften zur Unpfändbarkeit (§§ 811, 850 a ff. ZPO); diese seien auch aus Allgemeinwohlgründen zwingend. Der Nachweisverzicht scheitere alsdann auch nicht an der Klauselkontrolle (S. 98–113): Er verteile die Beweislast nicht um (§ 309 Nr. 12 BGB), weil sich der Nachweisverzicht weder auf die materielle Rechtslage noch auf einen etwaigen streitigen Zivilprozess auswirke, sondern einzig und allein auf die Klauselerteilung. Bliebe ein Verstoß gegen „wesentliche Grundgedanken" gemäß § 307 BGB, den *Engelhardt* jedoch gleichfalls ablehnt: Die aus der Umkehr der Prozessinitiative folgende Erschwernis zu Lasten des Unterwerfungsschuldners sei ein Problem der Gerichtspraxis – insoweit schließt sie sich dem Argument von *Wolfsteiner* (DNotZ 1999, 99, 102) an – und müsse dort, nicht aber in der Klauselkontrolle gelöst werden. Schließlich nutzten die Vertragsbeteiligten ein gesetzlich vorgegebenes und vom Gesetzgeber zuletzt im Anwendungsbereich sogar noch ausgeweitetes Rechtsinstitut, dessen Gebrauch deswegen nicht gegen den Wesensgehalt anderer gesetzlicher Regelungen verstoße. Auch die vom BGH favorisierte Lösung, die Unterwerfungserklärung über § 3 Abs. 2 MaBV mit § 134 BGB zu verwerfen, lehnt *Engelhardt* ab (S. 114–145). Die Unterwerfungserklärung habe keine materiellrechtliche Bedeutung und könne deswegen nicht als „Entgegennahmeermächtigung" des Bauträgers im Sinne des § 3 Abs. 2 MaBV eingeordnet werden. Auch scheide eine analoge Anwendung aus, weil die Vollstreckungsunterwerfung keinen endgültigen Mittelabfluss beim Erwerber bewirke. Ihm stünden Rechtsbehelfe zu. Wer sie nicht einlege, stehe einem Erwerber gleich, der kommentarlos auf eine verfrühte „normale" Zahlungsaufforderung des Bauträgers hin zahle.

Nachdem *Engelhardt* aber selbst sieht, dass sich an der Rechtsprechung des BGH derzeit nichts ändern dürfte, geht sie schließlich noch auf andere Nachweismöglichkeiten für den Bautenstand ein (S. 146–155).

Die Erörterungen zur Unterwerfungserklärung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag treffen zu und lohnen die Lektüre. Leider kommen sie angesichts der Entscheidung des BGH zu spät und werden sich ohne Eingreifen des Gesetzgebers kaum durchsetzen können. Schon vor dem Urteil des BGH von 22.10.1998 (VII ZR 99/97, DNotZ 1999, 53) war in der Gerichtspraxis das Bestreben verbreitet, die Unterwerfungserklärung zu kippen. Neu und überraschend am Urteil des BGH war die Begründung über § 134 BGB mit der Folge, dass wesentliche andere Vereinbarungen des Bauträgervertrages in ihrer Wirksamkeit nun gleichfalls streitig wurden gefährdet sind. Von *Engelhardt* bleiben aber die Argumente zur Klauselkontrolle dauernd anwendbar für andere Fälle – außerhalb des Anwendungsbereichs der MaBV –, in denen die Unterwerfungserklärung mit Nachweisverzicht künftig streitig werden sollte.

Bei diesen anderen Fällen, also beim Nachweisverzicht außerhalb des Bauträgervertrages, hat mich die Arbeit, abgesehen von den Überlegungen zu §§ 307, 309 BGB, nicht überzeugt. Hier fehlen *Engelhardt* offenbar die praktisch relevanten Fälle. So wird etwa auf S. 3 eine Unterwerfung wegen einer Kaufpreiszahlungsverpflichtung als eine solche aus einem Darlehen erläutert. Dabei hat die Unterwerfung wegen eines Darlehens nahezu keine notarpraktische Relevanz. Die Unterwerfungen werden wegen der Grundschuld in dinglicher Hin-

sicht sowie in persönlicher Hinsicht wegen des Schuldanerkenntnisses – welches vom Darlehen zu scheiden ist und als verstärkende Kreditsicherheit einen weiteren Anspruch begründet – erklärt. Diese Ansprüche sind aber nach den banküblichen Fassungen allesamt mit fixen Zahlungsterminen versehen (Hauptsache: fällig sofort; Zinsen zumeist fällig am 31.12 oder am 2.1. eines Jahres) mit der Folge, dass das Abwarten bis zum Zahlungstermin über § 751 Abs. 1 ZPO und eben nicht über § 726 ZPO geregelt ist. Die von *Engelhardt* dann noch angebotene Unterwerfung wegen einer Hypothek (S. 71) wurde am 1.12.1928 beurkundet und offenbar im Jahre 1933 vom Kammergericht entschieden – derlei hat in der heutigen Bankenpraxis bestenfalls und zum Glück nur noch rechtshistorische Bedeutung.

Bei der Frage der Abdingbarkeit des § 726 ZPO geht *Engelhardt* leider nicht auf die daran anknüpfende Vorschrift des § 750 Abs. 2 ZPO mit der Pflicht zur Zustellung auch der zugrundeliegenden Urkunden ein. Das ist äußerst bedauerlich, denn wer die Dispositionsbefugnis bejaht, muss doch in praktischer Hinsicht erkennen, dass wegen § 750 Abs. 2 ZPO eine erhebliche Überzeugungsarbeit bei den Vollstreckungsorganen zu leisten ist. Und schließlich hätte man sich im Anschluss an die juristische Ausarbeitung eine letzte stilistische Überarbeitung gewünscht. Der durchgehend substantivistische Stil beginnt etwa schon im zweiten Absatz (S. 1): „Die Begutachtung der Verzichtsbekundung erfolgt unter Berücksichtigung von § 726 Abs. 1 ZPO." Eine fachjuristische Dissertation muss nicht den Anspruch erheben, literaturnobelpreisfähig zu sein; verboten ist ein eingängiger Stil und Satzbau damit aber auch nicht.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk Hamm (Hrsg.): Die Rechtsanwaltschaft im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm 1879–2004. Wilke, 2004. 736 S., 49,50 €

Die Festschrift der flächenmäßig größten Rechtsanwaltskammer in der Bundesrepublik Deutschland mit mehr als neun Millionen Einwohnern (S. 16) enthält abgesehen von Geleitwort und Grußworten 28 Beiträge gegliedert in 5 Abschnitte. Dem Ursprung und der Stellung der Rechtsanwaltskammer sind 5 Beiträge, den Aufgaben der Rechtsanwaltskammer ebenfalls 5 Beiträge gewidmet. Es schließen sich 13 Beiträge zum anwaltlichen Berufsrecht, 2 zu den anwaltlichen Versorgungswerken und 3 zum Anwaltsnotariat an. Ein Verzeichnis der Vorstandsmitglieder 1879–2004 und das Autorenverzeichnis jeweils mit Bildnis und beruflichem Werdegang beschließen den Band.

Dem Anwaltsnotariat sind die folgenden drei Beiträge gewidmet:

- „Das Anwaltsnotariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm" von *Stockebrand* und *Sandkühler*, S. 593 ff.;
- „Einige Gedanken zur Situation des Anwaltsnotariats in Deutschland" von *Grebe*, S. 657 ff.;
- „Zugang zum Anwaltsnotariat im Umbruch" von *Hüttenbrink*, S. 677 ff.

Der Beitrag von *Stockebrand/Sandkühler* zeichnet kurz die Entstehung des Anwaltsnotariats, des Rheinischen hauptberuflichen Notariats und den Weg zur Reichsnotarordnung von 1937 auf. Der Abschnitt „Von der Reichsnotarordnung zur Bundesnotarordnung" beinhaltet zahlreiche Details zur Fassung der §§ 3, 6, 7 und 8 der BNotO, die anderenorts, etwa bei *Schüler* „Die Entstehungsgeschichte der Bundesnotarordnung vom 24.2.1961" (Lang, 2000) so nicht zu finden sind. Die beiden Verfasser haben für ihren Beitrag die Sitzungsniederschriften der gemeinsamen Sitzungen der Gemeinschaft des Deutschen Notariats (GDN) und des Notarausschusses (Verbindungsausschusses) der Arbeitsgemeinschaft der Anwaltskammervorstände im Bundesgebiet (AGRAK) sowie die Verhandlungen dieser Gremien mit dem Bundesjustizministerium ausgewertet. Beim Lesen dieses Abschnittes wird die – allerdings unbegründete – Verstimmung der Anwaltsnotare über die Errichtung des hauptberuflichen Notariats in den neuen Bundesländern ein wenig verständlich. Diese Verstimmung gründet auf dem Bruch der Vereinbarung vom 11./12.10.1954. Dort war mit der GDN und dem Verbindungsausschuss der AGRAK unter Einschluss des Deutschen Anwaltvereins vereinbart, dass der Status quo beibehalten werden müsse, wonach in den Anwaltsgebieten ausschließlich Anwälte zu Notaren ernannt werden sollten. Dies hätte eigentlich bedeutet, dass in den neuen Bundesländern (Wiege der Anwaltsnotare) das Anwaltsnotariat hätte eingeführt werden müssen. Auf diese Vereinbarung und ihre rechtliche Qualifikation hat *Schippel* bereits zu einem früheren Zeitpunkt in seinem Beitrag „Von der Reichsnotarkammer zur Bundesnotarkammer" (Sonderheft der DNotZ 1986, 24 ff.) verwiesen und dieselbe als „gegenseitige förmliche Zusage" – allerdings für den Bereich des damaligen Bundesgebiets – bezeichnet, worauf auch die beiden Verfasser verweisen.

Der Beitrag von *Grebe* ist ein wenig polemisch gehalten. „Es ist Anliegen dieses Beitrags, noch einmal aufzuzeigen, wie es zu der Einführung des Nurnotariats in den neuen Bundesländern gekommen ist" (S. 668). Der Verfasser stützt seine Empörung über die Einführung des hauptberuflichen Notariats in den neuen Bundesländern auf die Ausführungen von *Assenmacher* „Die Unterstützung der Notariate in Thüringen und Litauen – Ausdruck eines einheitlichen Berufsstandes und der kollegialen Solidarität" (in FS 50 Jahre Notarkammer Koblenz 1949–1999, 1999, S. 109–124) und auf ein Schreiben des Geschäftsführers der Hamburgischen Notarkammer vom 12.6.1990, das in dem Beitrag als Faksimile wiedergegeben ist (S. 673–675) sowie auf ein Telefongespräch vom 20.2.2004, also fast 15 Jahre nach den beschriebenen Ereignissen – mit dem damaligen Ministerpräsidenten der Deutschen Demokratischen Republik *de Maizière*. Für seinen Beitrag hat *Grebe* weder die Abhandlung von *Schippel* „Das Notariat in den neuen Ländern (DNotZ 1991, 171–186) noch die im Sommersemester 2002 angenommene Dissertation von *Osterburg* „Das Notariat in der DDR – Aufgaben, Funktion, Ausbildung, Herkunft und Kontrolle der Notare" (O. Schmidt, 2004) herangezogen, wobei letztere bei der Abfassung seines Beitrages möglicherweise noch nicht in gedruckter Form vorlag. Vor dem Hintergrund der Aussagen in den beiden Literaturstellen sind die Aussagen von *Grebe* und die Verstimmung der Anwaltsnotare nicht verständlich. Insbesondere

aus der Arbeit von *Osterburg*, der die Archivalien eingesehen und für seine Arbeit ausgewertet hat, die die Vorgänge zur Etablierung des Nurnotariats in den neuen Bundesländern beinhalten (S. 225 ff.), ergibt sich ein anderes Bild der damaligen Vorgänge als das, das *Grebe* dargestellt und das von *Stockebrand/Sandkühler* angedeutet wird. *Osterburg* beschließt denn auch die betreffende Passage seines Buches mit der Feststellung „Im MdJ (Anm. d. Verf.: der DDR) war man schon zuvor von dieser Notariatsform (Anm. d. Verf.: des hauptberuflichen Notariats) überzeugt. Bei der Meinungsbildung im MdJ dürfte bei allen Vorzügen des Nurnotariats gegenüber dem Anwaltsnotariat die soziale Absicherung der in den StNen beschäftigten Notare eine wichtige Rolle gespielt haben. Die Einführung des Nurnotariats war der praktikabelste Weg." (S. 236). Bereits 1990 hat *Bohrer* ausgeführt, „dass für die Entscheidung des Ministerrats (Anm. d. Verf.: Errichtung des hauptberuflichen Notariats) letztlich ausschlaggebend gewesen sein dürfte, dass der in seinem Aufgabenbereich funktionierende, mit den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen der DDR vertraute Berufsstand der Notare nicht aufgelöst werden sollte" (zitiert nach *Schippel*, DNotZ 1991, 175).

Unschön ist auch die generelle Verdächtigung der damaligen staatlichen Notare als „vorverlesen" verlängerter Arm des sozialistischen Staates (S. 644). Von den 380 bis Ende 1990 ernannten Notaren sind keine 10 aufgrund des Gesetzes zur Prüfung von Rechtsanwaltszulassungen, Notarbestellungen und Berufung ehrenamtlicher Richter vom 24.7.1992 (BGBl I 1992, 1386) aus dem Notardienst ausgeschieden (*Osterburg*, S. 232, 233).

Soweit der Verfasser auf die Entstehung der Reichsnotarordnung von 1937 und deren Verhältnis zum hauptberuflichen Notariat eingeht, kann seine Meinung (S. 661: „Das stimmt nicht") nicht akzeptiert werden. Die in der Eröffnungssitzung der Reichsnotarkammer am 8. und 9.3.1935 von *Gürtner* eingebrachte und diskutierte „dritte Frage" ergab vielmehr Folgendes: „Als abschließendes Ergebnis der Aussprache kann festgestellt werden, dass sich außer den anwesenden Nurnotaren 12 der anwesenden 15 Vertreter der Gebiete des Anwaltsnotariats ebenfalls für das Nurnotariat aussprachen." (Notariat und Reichsnotarkammer, Übersicht über die Organisation des Notariats und Zusammenstellung aller sich auf die Reichsnotarkammer beziehenden bisherigen Vorschriften, Berlin, den 1.1.1936, S. 29 – Sonderbeilage zur DNotZ 1936, Heft 1, siehe die dort auf S. 4 abgedruckte Mitteilung).

Allein die hier ausführlicher angezeigten zwei Beiträge zum Notariat rechtfertigen die Anschaffung der recht preiswerten und schön gestalteten Festschrift.

Notar a. D. *Wolf-George Harms*, Johannesberg/Ufr.

Notar Dr. Eduard Wufka verstorben

Am 11.7.2006 starb erst 64-jährig Dr. Eduard Wufka, Notar in Starnberg.

In zwei Bereichen hat er sich große Verdienste um uns Notarkollegen erworben:

Der eine wichtige Bereich ist der der Ausbildung der bayerischen Fachangestellten. Als Assessor bei der Landesnotarkammer Bayern hat er 1974/1975 die Ausbildung inhaltlich und organisatorisch neu gestaltet. Seit dieser Zeit war er als Prüfer tätig. Dann Mitglied der Prüfungskommission für die Eignungsprüfung für Inspektorenanwärter, Mitglied des Berufsbildungsausschusses, Mitglied des Prüfungsausschusses für die Notargehilfenprüfung (später die „Notarfachangestelltenprüfung"), stellvertretender Vorsitzender der Prüfungskommission für die Eignungsprüfung und Vorsitzender des Prüfungsausschusses für die Notarfachangestelltenprüfung. Seit „Wufka's Lehrbriefen" aus seiner Zeit als nebenamtlicher Berufsschullehrer war die Ausbildung der Mitarbeiter ohne ihn nicht denkbar.

Der zweite Bereich, in dem er weit über Bayern hinaus gewirkt hat, war der der wissenschaftlichen Literatur. Wufka hat eine Reihe wichtiger Aufsätze – auch in dieser Zeitschrift – geschrieben. Sein Hauptwerk ist aber die Kommentierung der §§ 311 b, 311 c BGB, früher §§ 310 ff. BGB, im Kommentar von Staudinger. Das Erscheinen der Neuauflage 2006 fiel fast mit seinem Tod zusammen. Er konnte das Buch noch zu Ende bearbeiten und sich noch über die Fertigstellung freuen. Mit dieser Neubearbeitung bestätigt er wieder seine Stellung als Meister des § 311 b Abs. 1 BGB: allein 162 Seiten zu dieser Vorschrift. Wie es seine Art ist: genau bis in das letzte Detail, präzis in den Formulierungen, gründlich in der Überarbeitung, nichts fehlt; als Beispiel einer vorbildlichen Kommentierung lese man die gegenüber der Vorauflage um mehr als ein Drittel erweiterten Darlegungen zur Beurkundungsbedürftigkeit gemischter und zusammengesetzter Verträge in Rdnr. 171 ff.

Es ist traurig, dass wir nicht mehr über Rdnr. 185 streiten können: Mit ihm zu diskutieren war immer eine Freude, auch, oder gerade, wenn wir unterschiedlicher Meinung waren. Eduard Wufka diskutierte, wie er war, klug, ruhig, bescheiden, liebenswürdig. So werden wir ihn in Erinnerung behalten.

Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 138, 535 (*Sittenwidrigkeit des Immobilien-Leasingvertrags einer Gemeinde*)

Zur Sittenwidrigkeit eines Immobilien-Leasingvertrages wegen besonders grober Verletzung des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit kommunaler Haushaltsführung.

BGH, Urteil vom 25.1.2006, VIII ZR 398/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht des Investors (nachfolgend: der Zedent) von der beklagten Gemeinde, Schadensersatz aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen wegen versäumter Aufklärung über die kommunalaufsichtsrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit eines Investorenprojekts. Die Gemeinde plante die Errichtung eines Verwaltungs- und Gemeindezentrums durch auswärtige Investoren. In der Baubeschreibung des Objekts war eine Nutzfläche von 1.048,97 m² vorgesehen.

Aus den Gründen:

III.

(…) b) Das Berufungsgericht sieht eine Verletzung der die Gemeinde treffenden Aufklärungspflicht darin, dass die Gemeinde und ihr Bürgermeister, dessen pflichtwidriges Handeln sich die Gemeinde gemäß §§ 31, 89 BGB zurechnen lassen müsse, im Stadium der Vertragsanbahnung weder auf das Erfordernis einer Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde hingewiesen noch den als Leasingvertrag und damit als kreditähnliches Geschäft zu qualifizierenden „Mietvertrag“ dort zur Prüfung vorgelegt oder diesen selbst einer sorgfältigen rechtlichen Prüfung unterzogen haben. Dieses Versäumnis ist indessen für den auf die Nichtigkeit des Vertrages zurückgehenden Schaden des Zedenten nicht ursächlich, weil die Wirksamkeit des Leasingvertrages nicht erst an der Versagung der kommunalaufsichtsrechtlich erforderlichen Genehmigung, sondern schon daran scheiterte, dass der Vertrag wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.

aa) Das Berufungsgericht hat die Frage der Sittenwidrigkeit des Leasingvertrages allein unter dem Aspekt geprüft, ob die auf den Quadratmeter Nutzfläche umgerechnete „Miete“ (Leasingrate) bei Vertragsabschluss in einem auffälligen Missverhältnis zu vergleichbaren Büro- und Gewerberaummieten stand und der Vertrag aus diesem Grunde als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 oder 2 BGB nichtig sein könnte. Es hat die Frage mit der Begründung verneint, es fehle an der Darlegung von Umständen, aus denen auf eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Teils geschlossen werden könne. Diese Beurteilung schöpft den festgestellten Sachverhalt rechtlich nicht aus.

bb) Maßgeblich ist unter dem Blickwinkel des § 138 Abs. 1 BGB ein weiterer, vom Berufungsgericht übersehener Gesichtspunkt. Sittenwidrig können nach der Rechtsprechung des BGH auch Geschäfte sein, durch die Dritte gefährdet oder geschädigt werden oder die im Falle einer Beteiligung der öffentlichen Hand in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl stehen (BGH, NJW 2005, 1490, unter II 1 a; BGH, NJW 1990, 567, 568, unter B I 1 a bb), sofern alle an dem Geschäft Beteiligten sittenwidrig handeln, das heißt die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen, kennen oder sich zumindest ihrer Kenntnis grob fahrlässig verschließen (BGH, NJW 1992, 310, unter I 1 a; BGH, Urteil, NJW-RR 1990, 750, unter 2). Auch Rechtsgeschäfte mit einer Gemeinde, die das öffentliche Haushaltsrecht missachten, können sittenwidrig sein, sofern der Verstoß beiden Seiten subjektiv zurechenbar ist (BGHZ 36, 395, 398; OLG Dresden, Urteil vom 5.1.1998, 17 U 1652/97, zitiert nach juris = IBR 2000, 55 [Ls.]; OLG Naumburg, Urteil vom 19.5.1998, 9 U 1189/97 [211], zitiert nach juris, OLG-Report 1999, 25 [Ls.]; *Erman/Palm*, BGB, 11. Aufl., § 138 Rdnr. 143; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 138 Rdnr. 87). So verhält es sich hier.

(1) Durch den Bau eines Gemeinde- und Verwaltungszentrums mit mehr als 1.000 m² Nutzfläche für eine – vom Berufungsgericht treffend als „Kleinstgemeinde“ bezeichnete – Gemeinde mit rund 600 Einwohnern und vier Bediensteten wurde im Streitfall offenkundig Gemeindevermögen verschleudert. Das Regierungspräsidium hat dazu in seiner an den Streithelfer zu 1 gerichteten Anweisung vom 12.6.1998 festgestellt:

„Die Anmietung des Verwaltungs- und Gemeindezentrums durch die Gemeinde P. auf die Dauer von 22 Jahren zu einem Mietpreis von rund 27.400 DM monatlich stellt einen eklatanten Verstoß gegen den in § 72 Abs. 2 SächsGemO normierten Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung und somit eine Verschwendung von Steuergeldern dar. Das Raumprogramm für eine 600-Einwohner-Gemeinde ist völlig überzogen und zur Aufgabenerfüllung nicht notwendig. Es ist auch nicht ansatzweise erkennbar, wie die Gemeinde die gemieteten Räume jemals wirtschaftlich nutzen und auch auslasten kann. Die Gemeinde P. hat bisher in ihren Stellungnahmen nicht dargelegt, welche Gründe sie bewogen haben, Flächen anzumieten, die den tatsächlichen Raumbedarf einer Gemeindeverwaltung mit vier Bediensteten um das Mehrfache übersteigen. Es liegt die Vermutung nahe, dass im Hinblick auf die anstehende Gemeindegebietsreform vollendete Tatsachen über den künftigen Verwaltungssitz im Fall der Eingliederung der Gemeinde P. in die Gemeinde R. geschaffen werden sollten. (…) Als Konsequenz aus dem Verhalten der Verantwortlichen der Gemeinde P. kann nur die Prüfung von Schadensersatzansprüchen sowie die Einleitung von strafrechtlichen Maßnahmen gezogen werden.“

Diese Auffassung hat das Regierungspräsidium in seinem Widerspruchsbescheid vom 22.12.1998 bekräftigt. Der erkennende Senat teilt diese Auffassung. Der von der Gemeinde P. abgeschlossene Immobilien-Leasingvertrag verletzt den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung in besonders grobem Maße. Dieser Grundsatz dient sowohl dem Schutz der Gemeinden und Gemeindeverbände vor Selbstschädigung durch übermäßige privatrechtliche Verbindlichkeiten (BGHZ 153, 198, 203; MünchKomm-BGB/*Emmerich*, 4. Aufl., Bd. 2 a, § 311 Rdnr. 78) als auch dem Interesse der Allgemeinheit (BGHZ 36, 395, 398). In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass zur Erfüllung gemeindlicher Aufgaben nicht mehr ausgegeben werden darf, als bei wirtschaftlicher und sparsamer Haushaltsführung notwendig ist, und dass leichtfertige Ausgaben und übertriebener Aufwand zu vermeiden sind (BGHZ 36, 395, 397; BGHSt 44, 376,

381; ebenso *Schmid* in Quecke/Schmid, Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, Stand April 2005, § 72 Rdnr. 86; *Lenckner/Perron* in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 266 Rdnr. 44; vgl. auch LK/*Schünemann*, 11. Aufl., § 266 StGB Rdnr. 143). Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gilt auch für das kommunale Immobilienleasing. Seine Beachtung ist eine der wichtigsten Anforderungen, die es erfüllen muss (*M. Schmitt*, Der Immobilien-Leasingvertrag, 2002, S. 12).

(2) Die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände waren den am Abschluss des Leasingvertrages beteiligten Personen bekannt. Das gilt nicht nur für die Organe der Gemeinde. Auch der Kaufmann J. B., der sein Wissen gemäß § 166 Abs. 1 BGB den von ihm vertretenen Gesellschaften EVG GmbH und D. GmbH und als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch der D. KG vermittelte (BGH, NJW 1996, 1205, unter II 2 b aa), konnte sich nicht der Tatsache verschließen, dass die Gemeinde sich anschickte, unter seiner Mitwirkung ein für ihre Verhältnisse offensichtlich weit überdimensioniertes Projekt zu verwirklichen. Die Unverhältnismäßigkeit des Vorhabens war augenfällig. Ein Informationsgefälle zwischen den Vertragsparteien gab es insoweit nicht. Auch wenn der Vertragspartner einer Gemeinde deren Flächenbedarf nicht nachprüfen muss, darf er nicht die Augen davor verschließen, dass jede Gemeinde an den allgemein bekannten, hier evident verletzten Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung gebunden ist. Weder aus Sicht der Gemeinde noch aus Sicht ihrer Vertragspartner gab es einen greifbaren Anhaltspunkt dafür, dass die weit überdimensionierten Räumlichkeiten des Verwaltungs- und Gemeindezentrums durch die Gemeinde selbst oder durch die Ansiedlung von Behörden anderer Gebietskörperschaften zukünftig auch nur halbwegs würden ausgelastet werden können. Für eine Mitnutzung durch andere Behörden gab es weder verbindliche Absprachen noch sonstige konkrete Anzeichen. (…)

Anmerkung:

Risiken für die Wirksamkeit von Grundstücksverträgen ergeben sich aus der Rechtsprechung des BGH in dreifacher Hinsicht:

Aus wucherähnlichen Gegenleistungsvereinbarungen, wenn der Kaufpreis mehr als das Doppelte oder weniger als die Hälfte des Wertes des Objektes beträgt.[1] Hinweise geben hierzu die Kaufpreissammlungen, die allerdings in „Absteigerregionen“ häufig nicht mehr die Marktwerte widerspiegeln. Der Notar kann deshalb bei einem sich aufdrängenden Verdacht nur die Erklärung der Beteiligten aufnehmen, dass es sich wirklich um den vereinbarten Kaufpreis und keine Schwarzgeldabrede handelt.

Weitere Probleme ergeben sich aus dem europarechtlichen Verbot ungenehmigter Beihilfen, und zwar bei einem Verstoß gegen das Notifizierungsverfahren,[2] nach wohl überwiegender Ansicht dagegen nicht bei einem Verstoß gegen das materiellrechtliche Beihilferecht.[3] Da der Notar regelmäßig nicht überprüfen kann, ob die de-minimis-Grenze (auch durch weitere Zuwendungen) überschritten ist, dürfte insoweit ein entsprechender Hinweis auf die europarechtlichen Vorschriften genügen, sofern sich nicht ein Verstoß gegen das Beihilfeverfahren aufdrängt.

1 Ausführlich *Krüger* in Brambring/Krüger, Immobilienrecht 2002, RWS-Forum 23, 2004, S. 1, 3 ff.

2 Dazu *Grziwotz*, ZfIR 2004, 53.

3 *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 106; vgl. auch *Strievi/Werner*, JuS 2005, 106.

Auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung kann nunmehr zur Unwirksamkeit eines Kaufvertrages mit der Gemeinde führen. Bisher wurde die Außenwirkung dieses Rechtsgebots verneint.[4] Hier dürfte die übliche Versicherung der Gemeindevertreter, die kommunalrechtlich erforderlich ist, genügen. Weitergehende Überprüfungsmöglichkeiten stehen dem Notar auch insoweit nicht zur Verfügung.

Die vorstehende Rechtsprechung hat eine nicht zu unterschätzende praktische Bedeutung für den Grundstücksverkehr, da die vorgenannten Verstöße nicht durch den Grundbuchvollzug geheilt werden (vgl. § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB).

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

4 Siehe nur *Knemeyer*, Bayer. Kommunalrecht, 11. Aufl. 2004, Kap. 8 II. Zur Haushaltsuntreue s. *Heinemann* in Henneke/Pünder/Waldhoff, Recht der Kommunalfinanzen, 2006, § 42 Rdnr. 11 ff.

---

2. BGB §§ 742, 748, 1020 Satz 2 *(Gemeinsame Unterhaltungspflicht von Eigentümer und Nutzungsberechtigtem)*

Ist der Zugang zu einem Grundstück der einen Partei als Grunddienstbarkeit über den Weg der anderen Partei gesichert und enthält die Bewilligung der Grunddienstbarkeit keine Regelung zur Unterhaltung des Weges, so haben an der Erfüllung des Winterdienstes auf dem Weg grundsätzlich beide Parteien mitzuwirken. Die Berechtigung zur Nutzung des Weges lässt die andere Partei Halter des Weges werden. Der Umfang zur Unterhaltung wird von dem Umfang der jeweiligen Nutzung des Weges bestimmt. Lässt sich nichts anderes feststellen, haben beide Parteien im selben Umfang zur Unterhaltung beizutragen.

BGH, Urteil vom 7.7.2006, V ZR 156/05

Die Beklagte ist Eigentümerin eines Acker- und Waldgrundstücks. An der nördlichen Grenze des Flurstücks zu den im Eigentum des Klägers stehenden Flurstücken verläuft ein etwa 3 m breiter Weg, der den Zugang von einer öffentlichen Straße zu dem Flurstück der Beklagten bildet.

Der Kläger nutzt das Flurstück für seinen Gewerbebetrieb als Tischler und Zimmermann. Der Zugang erfolgt über den Weg auf dem Flurstück der Beklagten. 1990 einigten sich die Parteien, den Zugang durch eine Grunddienstbarkeit zu sichern. Die Dienstbarkeit wurde aufgrund Bewilligung in das Grundbuch des belasteten Grundstücks eingetragen. Die Bewilligung enthält keine Regelungen zur Unterhaltung des Weges. Der Kläger meint, die Beklagte sei als Eigentümerin der Wegefläche verpflichtet, die Verkehrssicherheit des Weges zu gewährleisten. Er hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, den Weg von November bis März eines jeden Jahres von Schnee zu räumen und den Weg zu streuen.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht verneint den geltend gemachten Anspruch. Es hat festgestellt, dass eine Vereinbarung zur Unterhaltung des Weges zwischen den Parteien nicht getroffen sei. Es meint, auch aus § 1020 Satz 2 BGB ergebe sich der geltend gemachte Anspruch nicht. Selbst wenn man unterstelle, dass es sich bei dem Weg um eine Anlage im Sinne der Vorschrift handele und die Verkehrssicherungspflicht als Pflicht zur Unterhaltung im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB angesehen werde, sei die Vorschrift nicht einschlägig, weil der Weg von beiden Parteien genutzt werde. Da §§ 741 ff. BGB auf die Nutzung

des Weges durch die Parteien keine Anwendung fänden, könne keine der Parteien von der jeweils anderen verlangen, den Weg zu räumen und zu streuen. Einem Dritten gegenüber, der aufgrund einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf dem Weg zu Schaden komme, sei jede der Parteien verantwortlich und müsse daher im eigenen Interesse Gefahren vorbeugen, die mit der Nutzung des Weges verbunden seien.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

II.

An der Erfüllung des Winterdienstes auf dem Weg haben im Verhältnis zueinander grundsätzlich beide Parteien mitzuwirken.

Der Weg auf dem Grundstück der Beklagten bildet eine Anlage im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB. Ob und in welcher Weise der Weg befestigt ist, ist ohne Bedeutung. Schon Fahrspuren bedeuten eine Anlage im Sinne der Vorschrift (BGH, NJW 2006, 1428, 1429 = DNotZ 2006, 685). Dass zumindest derartige Spuren auf dem Grundstück der Beklagten als Zufahrt zu den Flurstücken der Parteien dienen, ist nach dem beiderseitigen Vortrag unstreitig.

Die eingetragene Berechtigung zur Benutzung des Weges lässt den Kläger Halter des Weges im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB sein. Die Frage, ob er den Weg angelegt hat, ist insoweit ohne Bedeutung (MünchKommBGB/*Falkenberg*, 4. Aufl., § 1020 Rdnr. 9; RGRK-BGB/*Rothe*, 12. Aufl., § 1020 Rdnr. 5; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1020 Rdnr. 5; *Staudinger/Mayer*, BGB [2002], § 1020 Rdnr. 13). Die Mitbenutzung des Weges durch die Beklagte führt nicht dazu, dass der Kläger nicht Halter des Weges ist, sondern hat zur Folge, dass sich die Beklagte, sofern sich aus den Umständen bei der Bestellung der Dienstbarkeit nichts anderes ergibt, gegenüber dem Kläger an der Unterhaltung des Weges, zu der die Wahrung der Verkehrssicherungspflicht gehört (BGHZ 161, 115, 122 = DNotZ 2005, 617 m. Anm. *Amann*, DNotZ 2005, 621), zu beteiligen hat. Das Maß der Verpflichtung der Parteien im Verhältnis zueinander wird von dem Umfang und der Intensität der beiderseitigen Nutzung des Weges bestimmt. Ist nichts anderes feststellbar, haben gemäß §§ 748, 742 BGB beide Parteien im selben Umfang zur Unterhaltung des Weges und damit zum Winterdienst auf diesem Weg beizutragen.

Das haben die Parteien bisher nicht gesehen; Feststellungen zu Umfang und Intensität der beiderseitigen Nutzung des Weges sind nicht getroffen. Die Aufhebung und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht gibt den Parteien Gelegenheit, Näheres hierzu vorzutragen. Bei der Entscheidung wird auch zu berücksichtigen sein, dass die Beklagte behauptet hat, der Weg sei mit einem Tor verschließbar gewesen, bis der Kläger dieses entfernt habe. Trifft dieses Vorbringen zu und sind weder die Beklagte noch ein Pächter der Beklagten bei Eis und Schnee auf die Benutzung des Weges angewiesen, konnte die Beklagte ihre Pflicht zur Verkehrssicherung auf dem Weg im Winter dadurch vermeiden, dass sie die Benutzung des Weges durch Dritte verhinderte, indem sie das Tor verschloss. Verhält es sich so, ist für eine Verpflichtung der Beklagten gegenüber dem Kläger, sich an dem Winterdienst auf dem Weg zu beteiligen, kein Raum. Eine Verpflichtung der Beklagten zur Beteiligung an dem Winterdienst scheidet schließlich auch dann aus, wenn die Benutzung des Weges durch die Beklagte, ihre Pächter und Besucher im Verhältnis zur Nutzung des Weges durch den Kläger und die Angehörigen sowie Besucher seines Betriebs von absolut untergeordnetem Ausmaß ist.

---

3. GBO §§ 39, 40 (*Voreintragungsgrundsatz bei GbR*)

Der Grundsatz der Voreintragung gilt auch bei einer Berichtigung des Grundbuchs nach mehrfacher Abtretung eines Anteils an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). (Leitsatz des Einsenders)

OLG München, Beschluss vom 27.4.2006, 32 Wx 067/06; eingesandt von Notar *Rainer Krick*, Altötting

Aus den Gründen:

I.

Im verfahrensgegenständlichen Grundbuch sind die Beteiligten zu 1 und 2 als Eigentümer mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen. Der Beteiligte zu 1 übertrug 1999 durch privatschriftlichen Vertrag seinen Gesellschaftsanteil an der GbR, die in dieser Urkunde noch mit den Namen der Gesellschafter bezeichnet war, an die Beteiligten zu 2 bis 5. Diese schlossen am 23.12.2004 einen notariellen Einbringungsvertrag mit den Beteiligten zu 6 und 7, einer Kommanditgesellschaft und deren Komplementär-GmbH. In diesem Vertrag brachten sie ihre Anteile an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – hier als „Vermietungs-GbR“ bezeichnet – in die Beteiligte zu 6 ein. Der Urkundsnotar legte die erwähnten Unterlagen beim Grundbuchamt vor und beantragte den Vollzug der Eigentumsumschreibung in der Weise, dass statt der Beteiligten zu 1 und 2 die Beteiligte zu 6 Eigentümerin sein solle. Das Grundbuchamt erließ am 5.12.2005 eine Zwischenverfügung, die auf folgende Punkte hinwies:

1. Es fehle an der Voreintragung der neuen Gesellschafter bürgerlichen Rechts.

2. Die Einbringungsurkunde sei zu unbestimmt. Es werde nicht angegeben, welcher Grundbesitz in die KG eingebracht werde.

3. Die ursprünglich zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts habe einen anderen Namen geführt als die Gesellschaft, deren Anteile die Beteiligten zu 2 bis 5 in die Beteiligte zu 6 einbringen wollten.

Gegen diese Zwischenverfügung richtete sich die Beschwerde des Urkundsnotars. Er legte im Beschwerdeverfahren eine notariell beglaubigte Erklärung der Beteiligten zu 2 bis 5 vor, derzufolge die ursprüngliche Gesellschaft bürgerlichen Rechts identisch mit der „Vermietungs-GbR“ sei. In dieser Erklärung wurde auch der übertragene Grundbesitz durch Bezugnahme bezeichnet.

Das LG wies die Beschwerde der Beteiligten zurück. Dem Beschluss ist zu entnehmen, dass nun auch das LG von der Identität der beiden Gesellschaften bürgerlichen Rechts ausging und den Grundbesitz für hinreichend bezeichnet hielt. Eine Teilaufhebung der Zwischenverfügung erfolgte jedoch deswegen nicht. Gegen den Beschluss des LG wendet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

II.

Die gemäß § 78 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige, vor allem in der Form des § 80 Abs. 1 GBO eingelegte weitere Beschwerde ist zwar zulässig, in ihrem Kernanliegen jedoch unbegründet. (…)

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

a) Das Grundbuchamt konnte die fehlende Voreintragung von Betroffenen grundsätzlich zum Gegenstand einer Zwischenverfügung machen (vgl. BayObLG, NJW-RR 1990, 906, 908).

b) Die Voraussetzungen des § 39 GBO liegen vor.

Dafür kann es zunächst einmal dahinstehen, welchem Zweck die Vorschrift eigentlich dient. Hierüber bestehen Meinungsunterschiede: Einig ist sich die Literatur zwar darüber, dass § 39 Abs. 1 GBO dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung erleichtern und den eingetragenen Berechtigten dagegen sichern soll, dass ungeachtet der Vermutung des § 891 BGB ein anderer unbefugterweise über das Recht verfügt. Darüber hinaus nimmt die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur auch den weiteren Zweck an, dass der Rechtsstand des Grundbuchs und seine Änderungen nicht bloß im Endziel richtig, sondern in allen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiedergegeben werden sollen (vgl. hierzu *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 39 Rdnr. 1; ähnlich *Bauer/v. Oefele*, GBO, 2. Aufl., § 39 Rdnr. 5; einschränkend *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 136 und KEHE, Grundbuchordnung, 5. Aufl., § 39 Rdnr. 2). *Meikel/Böttcher* kritisieren, dass die strikte Einhaltung des Grundsatzes der Voreintragung des Betroffenen vielfach eines vernünftigen Zwecks entbehrt und zu Grundbucheintragungen führt, die sogleich wieder gelöscht werden müssen (GBO, 8. Aufl., § 39 Rdnr. 2 a).

Unabhängig von den Meinungen zum Zweck der Vorschrift ist aber das Grundbuchamt gehalten, den gesetzgeberischen Willen durchzusetzen (vgl. BayObLGZ 2002, 284, 287). Das Grundbuchamt darf nicht aufgrund allgemeiner Zweckmäßigkeitserwägungen den Voreintragungsgrundsatz außer Acht lassen. Das Gesetz nimmt es ersichtlich in Kauf, dass der nach § 39 Abs. 1 GBO berichtigend einzutragende Berechtigte im Fall der Übertragung oder Aufhebung seines Rechts sogleich wieder im Grundbuch zu löschen ist (BayObLGZ, a. a. O.).

Von der Einbringung gemäß Vertrag vom 23.12.2004 waren die Beteiligten zu 2 bis 5 im Gesetzessinne betroffen. Sie räumten nämlich ihre Rechtsposition zugunsten der Beteiligten zu 6. Ein Recht wird im Sinne der GBO von einer Eintragung betroffen, wenn es durch sie in rechtlicher Weise – nicht nur wirtschaftlich – beeinträchtigt wird oder beeinträchtigt werden kann (BGHZ 66, 345). Da das Recht der Beteiligten zu 2 bis 5 auf eine andere Rechtspersönlichkeit übergehen sollte, lag nicht nur eine wirtschaftliche Betroffenheit, sondern eine solche im Rechtssinne vor. Von einer rein wirtschaftlichen Betroffenheit wäre z. B. dann auszugehen, wenn sich die Höhe eines Anteils eines Gesellschafters bürgerlichen Rechts geändert hätte (vgl. OLG München, NJW-RR 2005, 1609). Weil es lediglich auf das rechtliche Betroffensein ankommt, ist es auch gleichgültig, ob die Eintragung der Rechtsänderung oder der Grundbuchberichtigung dient.

Der Senat verkennt nicht, dass die Klarheit des Grundbuchs gerade im vorliegenden Fall den Beteiligten Opfer – auch im Hinblick auf die entstehenden Kosten – abverlangt, sieht aber keinen rechtlichen Weg, dies zu vermeiden.

c) Zu Recht hat das LG ausgeführt, dass § 40 GBO weder direkt noch analog anwendbar sei. Bei dieser Norm handelt es sich um eine Ausnahmevorschrift, die schon von ihrem Charakter her eng auszulegen ist. Deswegen wird eine die Zulässigkeit von Ausnahmen begünstigende Auslegung des § 39 GBO mit Recht für unzulässig gehalten (vgl. KG, DStR 1993, 1376). Soweit an eine entsprechende Anwendung des § 40 GBO auf andere Fälle als denjenigen der Erbfolge zu denken ist, kann die Vorschrift mit Rücksicht auf den bezeichneten Ausnahmecharakter nur bei solchen Fällen herangezogen werden, die mit dem Erbgang weitgehend vergleichbar sind. Bei einem Rechtsgeschäft unter Lebenden scheidet diese Möglichkeit jedenfalls aus.

Anmerkung:

„In Treue fest“ hält also offenbar das OLG München zur Rechtsprechung seines bedauerlicherweise abgeschafften Vorgängergerichts in Grundbuchsachen, des BayObLG, zumindest soweit es die Frage der Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrifft. Zum zweiten Mal wird dies in einer Entscheidung des 32. Zivilsenats des OLG München deutlich,[1] diesmal im Zusammenhang mit dem Voreintragungsgrundsatz des § 39 Abs. 1 GBO. Obschon die konsequente Fortsetzung dieser selbstbewussten Rechtsprechung des BayObLG durch das OLG eine gewisse Rechtssicherheit bringt – der hiesigen Entscheidung des 32. Zivilsenats ist durchweg zu widersprechen. Und zwar selbst dann, wenn man wie der Senat, obwohl unausgesprochen, die von neueren Entwicklungen des Gesellschaftsrechts unbeeindruckte Rechtsprechung des BayObLG im Sinne einer „Grunderwerbsunfähigkeit“[2] der GbR unbedingt beibehalten will. Denn auch unter Zugrundelegung der traditionellen individualistischen Gesamthandslehre wurde § 39 Abs. 1 GBO vom Gericht im entschiedenen Fall einer mehrfachen Rechtsnachfolge in GbR-Anteile fehlerhaft und – wie noch zu zeigen sein wird – gerade unter Missachtung der Rechtsprechungstradition des BayObLG ausgelegt. Folge dieser fehlerhaften Auslegung ist leider nicht nur eine überflüssige Beschäftigung der Grundbuchämter, sondern vor allem verlangt sie den grundbesitzenden Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht zuletzt wegen der anfallenden Kosten für eigentlich nicht erforderliche Zwischeneintragungen unnötige Opfer ab. Opfer, die das Gericht erkennt, jedoch fälschlicherweise glaubt, nicht vermeiden zu können.

1. Der entschiedene Fall

Die entschiedene Fallgestaltung selbst ist relativ einfach: A und B waren als Gesellschafter bürgerlichen Rechts im Grundbuch als Grundstückseigentümer eingetragen. A hatte zwischenzeitlich seinen Gesellschaftsanteil in Teilen an Mitgesellschafter B sowie an die Neugesellschafter C, D und E abgetreten und war dadurch aus der Gesellschaft ausgeschieden, ohne dass dies im Grundbuch berichtigt wurde. B, C, D und E brachten später alle ihre Gesellschaftsanteile in eine GmbH & Co. KG ein und beantragten, letztere im Wege der Berichtigung aufgrund Gesamtrechtsnachfolge wegen Vereinigung aller Anteile in einer Hand und hierdurch bedingtes liquidationsloses Erlöschen der Gesellschaft[3] unmittelbar als Alleineigentümerin in das Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt forderte daraufhin durch Zwischenverfügung, gestützt auf § 39 Abs. 1 GBO, die vorherige Eintragung der Neugesellschafter C, D und E.[4]

2. § 39 Abs. 1 GBO und Grundbuchfähigkeit der GbR

Der zu entscheidende Fall hätte für das Gericht erneut Anlass geboten, sich nochmals differenziert mit der höchst umstritte-

---

1 Erstmals im Beschluss vom 9.6.2005, 32 Wx 052/05, MittBayNot 2006, 35 m. Anm. *Lautner*.

2 Zu diesem Begriff: *G. Wagner*, ZIP 2005, 637, 639.

3 BGHZ 71, 296, 299; *Palandt/Sprau*, BGB, 65. Aufl., § 719 Rdnr. 6 a. E., § 723 Rdnr. 1, 2; *Bauer/v. Oefele/Kohler*, GBO, 2. Aufl., § 22 Rdnr. 118.

4 Natürlich müsste dann konsequenterweise auch das Ausscheiden des A eingetragen werden; bei Mitgesellschafter B ist dagegen keinesfalls etwas einzutragen, da bloße Anteilsveränderungen nicht eintragungsfähig sind, OLG München, MittBayNot 2006, 35 m. Anm. *Lautner*.

nen[5] Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR auseinanderzusetzen. Es tat es dennoch nicht. Die Problematik wird in den Beschlussgründen weder diskutiert noch überhaupt erwähnt, was angesichts der Vielzahl kritischer Stellungnahmen auch in der grundbuchrechtlichen Literatur zur harten Rechtsprechung des früheren 2. Zivilsenats des BayObLG[6] schon einigermaßen verwundert.

a) Fehlende Registerpublizität der GbR

Soweit das Gericht in seiner Entscheidung wie selbstverständlich davon ausgeht, dass trotz Rechtsfähigkeit der Außen-GbR nicht diese selbst mit Namen und Sitz, sondern nach wie vor deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen sind, die GbR als solche im Grundbuch also weiterhin nicht eintragungsfähig ist, darf es sich allerdings breiter Unterstützung sicher sein. Denn diese Auffassung kann man mittlerweile guten Gewissens als herrschende Meinung in der Rechtsprechung[7] und wohl ebenso in der (zumindest grundbuchrechtlichen) Literatur[8] bezeichnen. Weitere Unterstützung hierfür scheint jetzt sogar vom V. Zivilsenat des BGH zu kommen, der der Außen-GbR auch nach Anerkennung ihrer Rechts- und Parteifähigkeit die Fähigkeit, Verwalter einer Wohnungseigentümergemeinschaft zu sein, versagt hat.[9] Die vom BGH dort vorgebrachten Argumente der fehlenden Registerpublizität der GbR und deren Nichtersetzbarkeit durch den Gesellschaftsvertrag ähneln denen des BayObLG gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR in dessen Beschluss vom 31.10.2002[10], den der BGH sogar ausdrücklich zitiert.[11] Zumindest der V. BGH-Zivilsenat tendiert also möglicherweise zur Grundbuchunfähigkeit der GbR, jedenfalls in dem Sinne, dass die GbR nicht *nur* mit Namen und Sitz im Grundbuch eingetragen werden kann. Die Richtigkeit dieser nunmehr herrschenden Auffassung jedenfalls wegen des Problems des Identitätsnachweises mangels Registerpublizität der GbR insbesondere im Bereich des formellen Konsensprinzips und bei Zwangseintragungen wurde von mir bereits an anderer Stelle dargelegt.[12]

b) § 39 Abs. 1 GBO beim Gesellschafterwechsel

Das Gericht wendet jedoch auch § 39 Abs. 1 GBO entsprechend der bisherigen Praxis zwanglos auf den Fall der Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Gesellschafterwechsels bei der GbR an. § 39 Abs. 1 GBO verlangt bekanntermaßen, dass eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn die Person, deren Recht durch die Eintragung betroffen wird, als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen ist. Er fordert also eine „Rechtsträgerkorrespondenz“[13], d. h. das Grundbuch muss den Inhaber des vom sachlichen Inhalt des Eintragungsantrags betroffenen Rechts als die Person ausweisen, von welcher der Antragsteller den neuen Rechtszustand unmittelbar herleitet.[14] Betroffen in diesem Sinne ist, wie bei § 19 GBO, wer durch die Eintragung im Rechtssinn – nicht nur wirtschaftlich – beeinträchtigt wird.[15] Dabei gilt § 39 Abs. 1 GBO grundsätzlich auch bei berichtigenden Eintragungen,[16] mit der Maßgabe, dass jedenfalls bei Berichtigungen auf den Namen des wahren Berechtigten stets der Buchberechtigte betroffen ist.[17] Unrichtigkeiten in der Bezeichnung des Berechtigten müssen dagegen nicht korrigierend voreingetragen werden; bloße Richtigstellungen fordert § 39 Abs. 1 GBO nicht.[18] Das Grundbuch weist dann ja den Betroffenen, wenn auch unter einer falschen Bezeichnung, aus. Bei unrichtiger oder unvollständiger Bezeichnung des Berechtigten muss für das Grundbuchamt lediglich die Personenidentität zwischen der eingetragenen und der von der Eintragung betroffenen Person feststehen. Daher ist z. B. bei einer Namensänderung des eingetragenen Berechtigten, etwa aufgrund Eheschließung, bei einer Firmenänderung oder auch bei der (untechnisch gesprochen) formwechselnden Umwandlung einer OHG in eine KG oder GbR[19] eine Voreintragung des geänderten Namens bzw. der geänderten Firma nicht erforderlich, wenn insbesondere durch entsprechende Feststellungen des Urkundsnotars[20] oder Vorlage von Nachweisurkunden (Heiratsurkunde, Registerauszug) die Personenidentität für das Grundbuchamt feststeht.

Fraglich ist daher, ob hier das Grundbuch mit der Eintragung von A und B als Gesellschafter bürgerlichen Rechts nicht bereits die von der Eintragung betroffene „Person“, wenn auch unrichtig, bezeichnet hat. Wer mit dieser Eintragung vom Grundbuch als Berechtigter ausgewiesen wird, hängt wie-

---

5 *Gegen* eine Grundbuchfähigkeit der GbR z. B.: BayObLG vom 31.10.2002, 2Z BR 70/02, MittBayNot 2003, 60; vom 4.9.2003, 2Z BR 162/03, MittBayNot 2004, 201 mit Anm. *Weigl* und vom 8.9.2004, 2Z BR 139/04, MittBayNot 2005, 143; OLG Celle vom 13.3.2006, 4 W 47/06, ZfIR 2006, 426; *Bauer/v. Oefele/Wilke*, § 13 GBO Rdnr. 34; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 19 Rdnr. 108; *Staudinger/Habermeier*, BGB, 13. Aufl. 2003, Vorbem. zu §§ 705–740 Rdnr. 26 a; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 241 a; *Böhringer*, Rpfleger 2005, 225, 226; *Demharter*, NJW-Sonderheft BayObLG 2005, 18; *Lautner*, MittBayNot 2006, 37; *ders*., MittBayNot 2005, 93; *Kremer*, RNotZ 2004, 239; *Vogt*, Rpfleger 2003, 491; *Heil*, NJW 2002, 2158; *für* eine Grundbuchfähigkeit z. B.: MünchKommBGB/*Ulmer*, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdnr. 314 f.; KEHE/*Dümig*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Einl. B Rdnr. 61 ff.; *M. Wolf*, Sachenrecht, 21. Aufl., Rdnr. 437; *G. Wagner*, ZIP 2005, 637; *Knöfel*, AcP 205 (2005), 645, 660; *Nagel*, NJW 2003, 1646; *Ott,* NJW 2003, 1223; *Dümig*, Rpfleger 2003, 80 und Rpfleger 2002, 53; *Elsing*, BB 2003, 909, 914; *Ulmer/Steffek,* NJW 2002, 330.

6 So z. B.: *Staudinger/Habermeier*, a. a. O. Rdnr. 10, 26; MünchKommBGB/*Ulmer*, § 705 Rdnr. 310, 312; *Bauer/v. Oefele/Wilke*, § 13 GBO Rdnr. 34; KEHE/*Dümig*, Einl. B Rdnr. 60 ff.; *G. Wagner*, ZIP 2005, 641 ff.; *Lautner*, MittBayNot 2005, 93, 95; *Böhringer*, Rpfleger 2005, 226; *Langenfeld*, BWNotZ 2003, 4; *Nagel*, NJW 2003, 1647.

7 Neben dem BayObLG und OLG München insbesondere OLG Celle, ZfIR 2006, 426; LG Berlin, Rpfleger 2004, 283 f.; LG Aachen, MittBayNot 2003, 498; LG Dresden, NotBZ 2002, 384.

8 *Bauer/v. Oefele/Wilke,* § 13 GBO Rdnr. 34; *Demharter*, § 19 GBO Rdnr. 108; *Staudinger/Habermeier*, a. a. O. Rdnr. 26 a; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 241 a; *Böhringer*, Rpfleger 2005, 225, 226; *Demharter*, NJW-Sonderheft BayObLG 2005, 18; *Lautner*, MittBayNot 2006, 37; *ders*., MittBayNot 2005, 93; *Kremer*, RNotZ 2004, 239; *Vogt*, Rpfleger 2003, 491; *Heil*, NJW 2002, 2158.

9 BGH vom 26.1.2006, V ZB 132/05, DNotZ 2006, 523.

10 MittBayNot 2003, 60.

11 Nicht zu übersehen ist allerdings, dass der BGH seine Entscheidung maßgeblich auch auf die besondere wohnungseigentumsrechtliche Funktion des Verwalters und Probleme bei Zustellungen im Rahmen des § 27 Abs. 2 Nr. 3 WEG stützt, also auf hierher nicht übertragbare Argumente.

12 MittBayNot 2005, 93, MittBayNot 2006, 37.

13 *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 39 GBO Rdnr. 39.

14 *Bauer/v. Oefele/Bauer*, a. a. O.

15 *Demharter,* § 39 GBO Rdnr. 9, § 19 GBO Rdnr. 49 m. w. N.

16 *Demharter*, § 22 GBO Rdnr. 48, § 39 GBO Rdnr. 2; KEHE/*Herrmann*, § 39 GBO Rdnr. 7; a. A. für den Fall, dass wie hier nur die Berichtigung auf den Namen des materiell Berechtigten beantragt wird: *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 39 Rdnr. 3, 6.

17 *Demharter*, § 39 GBO Rdnr. 12, § 19 GBO Rdnr. 47; hierzu ausführlich unter nachstehend 3. c).

18 *Demharter*, § 39 GBO Rdnr. 15; *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 39 GBO Rdnr. 48, KEHE/*Herrmann*, § 39 GBO Rdnr. 20; *Meikel/Böttcher*, § 39 GBO Rdnr. 15; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 138.

19 Zu diesen Fällen: KG, JFG 1, 368; BayObLGZ 1948/51, 430; *Demharter*, § 39 GBO Rdnr. 12; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 138.

20 *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 39 GBO Rdnr. 48.

derum davon ab, ob man mit der traditionellen Auffassung zur Rechtsfähigkeit der GbR als eingetragene Grundstückseigentümer und damit als Betroffene im Sinne des § 39 Abs. 1 GBO die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit ansieht, wie es offenbar das Gericht annimmt,[21] oder ob nicht vielmehr Berechtigte, im Grundbuch durch die Eintragung der Gesellschafter Bezeichnete und damit Betroffene die GbR selbst ist. Entgegen der Meinung des BayObLG,[22] auf die sich das Gericht augenscheinlich stützt, ist nur letztgenannte Auffassung[23] mit der Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR vereinbar[24] und vermeidet erhebliche Wertungswidersprüche, wie an anderer Stelle bereits gezeigt.[25] Damit kann die – de lege lata nach wie vor notwendige –[26] namentliche Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch jedoch nur noch Bedeutung für die Identifizierung der Gesellschaft haben; nicht etwa bezeichnet sie die Berechtigten samt Ausweis ihrer Verfügungsbefugnis wie im verbliebenen Anwendungsbereich des § 47 GBO.[27] Mithin sind Veränderungen im Gesellschafterbestand nur als bloße Richtigstellung von tatsächlichen Angaben im Grundbuch einzutragen.[28] Da eine Voreintragung von bloßen Richtigstellungen, wie oben gezeigt, aber von § 39 Abs. 1 GBO gerade nicht gefordert wird, musste hier dem Grundbuchamt lediglich die Identität der eingetragenen A und B GbR mit der GbR, deren Anteile in die GmbH & Co. KG eingebracht wurden, nachgewiesen werden, was laut Sachverhaltsschilderung in den Gründen des Beschlusses geschehen ist. Die Voreintragung der Zwischenabtretungen konnte dagegen gerade nicht verlangt werden.

Entscheidungsrelevant wäre die Streitfrage also gewesen. Warum sich der 32. Zivilsenat mit den vielen abweichenden Literaturauffassungen zur Grundbuchfähigkeit der Außen-GbR trotzdem nicht einmal im Ansatz auseinandersetzte, bleibt offen: wurde die Relevanz der Frage einfach übersehen oder ignorierte man gar bewusst die kritischen Stimmen aus unerschütterlicher Überzeugung von der Richtigkeit der Rechtsprechung des BayObLG?

3. § 39 Abs. 1 GBO und traditionelle Gesamthandslehre

Selbst wenn man aber dem traditionellen Ansatz des Gerichts folgt, wonach nach wie vor die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Eigentümer eines GbR-Grundstücks sind, ergeben sich erhebliche Zweifel an der Anwendung von § 39 Abs. 1 GBO auf Fälle mehrfacher GbR-Anteilsabtretungen. Zwar wären danach Veränderungen im Gesellschafterbestand in der Tat als Änderungen der materiellen Rechtszuständigkeit grundsätzlich gemäß § 39 Abs. 1 GBO im Grundbuch voreinzutragen, weil es sich dabei dann jedenfalls nicht um bloße Richtigstellungen der Bezeichnung des Berechtigten handeln würde, sondern um einen echten Wechsel der Rechtsträgerschaft. Das OLG München irrt aber, wenn es meint, dass dies auch für den hiesigen Fall einer mehrfachen Anteilsabtretung gelten müsse.

a) Keine analoge Anwendung von § 40 GBO

Soweit das Gericht insoweit eine analoge Anwendung des § 40 GBO ablehnt, ist ihm allerdings beizupflichten. Systematisch ist § 40 GBO, wie das Gericht richtig feststellt, eine Ausnahmevorschrift zu § 39 Abs. 1 GBO,[29] die daher einer Analogie nur in engen Grenzen zugänglich ist.[30] Eine Analogie kommt allenfalls in den einer Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfolge weitgehend vergleichbaren Fällen in Betracht.[31] Erforderlich für eine der Analogie vorausgesetzte Rechtsähnlichkeit ist also einerseits eine Gesamtrechtsnachfolge und andererseits ein Rechtsübergang kraft Gesetzes, weil der Rechtsvorgänger untergegangen ist,[32] wie etwa bei Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz oder dem Anfall des Vermögens eines aufgelösten Vereins an den Fiskus.[33] Bei der rechtsgeschäftlichen Abtretung von einzelnen GbR-Gesellschaftsanteilen, um die es hier geht, fehlt es demgegenüber an beiden Voraussetzungen: weder geht es um eine Gesamtrechtsnachfolge[34] noch ist der Rechtsvorgänger A untergegangen. Eine Analogie zu § 40 GBO scheitert deshalb schon an der fehlenden Vergleichbarkeit der Sachverhalte.[35]

b) Lösung über einschränkende Auslegung des § 39 Abs. 1 GBO

§ 39 Abs. 1 GBO muss im konkreten Fall jedoch einschränkend ausgelegt werden. Zwar steht das OLG München wie auch die bisherige Rechtsprechung und der Großteil der Literatur einer Auslegung des § 39 Abs. 1 GBO, die zur Zulassung von Ausnahmen über die gesetzlich geregelten Fälle der §§ 39 Abs. 2, 40 GBO hinaus führt,[36] zu Recht skeptisch gegenüber.[37] § 39 Abs. 1 GBO ist eine formale Ordnungsvorschrift, die dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung erleichtern und den eingetragenen Berechtigten dagegen sichern soll,

---

21 Wörtlich spricht das Gericht vom „Recht der Beteiligten zu 2 bis 5“, das sind die neuen Gesellschafter.

22 BayObLG, MittBayNot 2003, 60 und MittBayNot 2004, 201 m. Anm. *Weigl*.

23 Entgegen *Palandt/Sprau*, § 705 BGB Rdnr. 24 a a. E., ist diese Auffassung mittlerweile h. M. nicht nur in der gesellschaftsrechtlichen Literatur: *Staudinger/Habermeier*, a. a. O. Rdnr. 10, 26; MünchKommBGB/*Ulmer*, § 705 BGB Rdnr. 310, 312; KEHE/*Dümig*, Einl. B Rdnr. 60 f.; *G. Wagner*, ZIP 2005, 641 ff.; *Lautner*, MittBayNot 2005, 93, 95; *Böhringer*, Rpfleger 2005, 226; *Langenfeld*, BWNotZ 2003, 4; *Nagel*, NJW 2003, 1647; *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 332 f.; *Dümig*, Rpfleger 2002, 58 f.; *Eickmann*, ZfIR 2001, 434; *Münch*, DNotZ 2001, 545; wohl auch *Bauer/v. Oefele/Wilke*, § 13 GBO Rdnr. 34; a. A. *Schöner/Stöber*, Rdnr. 241 a; *Demharter*, NJW-Sonderheft BayObLG 2005, 18, 19; *Vogt*, Rpfleger 2003, 493; *Heil*, NJW 2002, 2159.

24 BGHZ 146, 341 = MittBayNot 2001, 192 m. Anm. *Ann*.

25 *Lautner*, MittBayNot 2005, 93, 95.

26 Siehe oben unter 2. a). Kritisch zum Auseinanderfallen von Eintragung und materieller Rechtsinhaberschaft insbesondere: KEHE/*Dümig*, Einl. B Rdnr. 62.

27 *Lautner*, MittBayNot 2006, 37, 38.

28 *Meikel/Ebeling*, § 15 GBV Rdnr. 30 d; KEHE/*Dümig*, § 22 GBO Rdnr. 87; *Bauer/v. Oefele/Kohler*, § 22 GBO Rdnr. 122; *Lautner*, MittBayNot 2006, 37, 38; *Langenfeld*, BWNotZ 2003, 1, 4.

29 *Demharter*, § 40 GBO Rdnr. 1; *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 40 GBO Rdnr. 1.

30 Vgl. *Palandt/Heinrichs*, Einl. vor § 1 BGB Rdnr. 53.

31 KG, Rpfleger 1992, 430; *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 40 GBO Rdnr. 13; *Demharter*, § 40 GBO Rdnr. 9; KEHE/*Herrmann*, § 40 GBO Rdnr. 8 ff.

32 KG, Rpfleger 1992, 431; KEHE/*Herrmann*, § 40 GBO Rdnr. 8.

33 Weitere Beispiele bei *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 40 GBO Rdnr. 14.

34 Die Voreintragung, um die es geht, betrifft ja die Übertragung der Gesellschaftsanteile von A an B, C, D und E, also Einzelrechtsnachfolge, nicht die der Übertragung aller Anteile auf die GmbH & Co. KG!

35 Für den Fall des Eintritts und Austritts von Gesellschaftern in eine GbR ebenso KG, Rpfleger 1992, 430; siehe auch KEHE/*Herrmann*, § 40 GBO Rdnr. 8; *Meikel/Böttcher*, § 40 GBO Rdnr. 2.

36 Unter Einbeziehung der der Erbfolge vergleichbaren anerkannten Fälle, vgl. Fn. 33.

37 RG, JFG 21, 329, 332; BayObLG vom 5.9.2002, 2Z BR 71/02, DNotZ 2003, 49, 50 = BayObLGZ 2002, 284; KG, Rpfleger 1992, 430; *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 39 GBO Rdnr. 5; *Demharter*, § 39 GBO Rdnr. 1; a. A. *Meikel/Böttcher*, § 39 GBO Rdnr. 2 a; kritisch auch KEHE/*Herrmann*, § 39 GBO Rdnr. 3.

dass ungeachtet der Vermutung des § 891 BGB ein anderer unbefugterweise über das Recht verfügt.[38] Ferner hat sie den Zweck,[39] nach anderer Ansicht nur die Folge[40], dass der Rechtsstand des Grundbuchs und seiner Änderungen nicht bloß im Endziel richtig, sondern in allen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiedergegeben werden soll. Wenn dies auch insbesondere bei der Übertragung und Aufhebung von Rechten im Einzelfall zu überflüssig erscheinenden Eintragungen führen mag, die zusätzliche Grundbuchkosten für die Beteiligten verursachen,[41] so ist dies doch de lege lata hinzunehmende Folge des in § 39 Abs. 1 GBO zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willens.[42] Aus bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen heraus ist das Grundbuchamt nicht berechtigt, die bindende gesetzgeberische Anordnung des § 39 Abs. 1 GBO zu missachten.[43] Diesem Ausgangspunkt der Argumentation des Gerichts ist zuzustimmen, mag er auch in der Praxis manchmal zu formalistisch erscheinenden und kostenträchtigen Ergebnissen führen. Das zu vermeiden ist aber nicht Sache des an Gesetz und Recht gebundenen Grundbuchamts, sondern allenfalls die des Gesetzgebers.

c) Wer ist Betroffener im Sinne des § 39 Abs. 1 GBO?

Hält man § 39 Abs. 1 GBO mit der ganz h. M. auf berichtigende Eintragungen auch dann grundsätzlich für anwendbar, wenn die Berichtigung auf den Namen des wahren Berechtigten erfolgen soll,[44] so bestand bisher eigentlich die einhellige Auffassung,[45] gerade auch des BayObLG,[46] darin, dass bei solchen Eintragungen nur der Buchberechtigte im Sinne des § 39 Abs. 1 GBO betroffen ist, mit der Folge, dass in diesen Fällen die Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 GBO stets erfüllt sind. Denn der Berichtigungsantrag knüpft dabei schon begrifflich an den Buchbestand.[47] Demgegenüber meint das Gericht lapidar und wiederum ohne Diskussion (!) dieser bislang nahezu allgemeinen Rechtsauffassung, es sei gleichgültig, ob die Eintragung einer Rechtsänderung oder Grundbuchberichtigung diene, weil es lediglich auf das rechtliche Betroffensein ankäme. Was dann aber das Gericht im entschiedenen Fall mit „rechtlichem Betroffensein" nur meinen kann, ist: Betroffen ist, wer nicht eingetragen ist, aber materiell zuletzt berechtigt *war*, auch wenn er es jetzt nicht mehr ist. Denn betrachtet man den Fall genau, wird deutlich: Unzweifelhaft waren die Zwischenerwerber C, D und E aufgrund wirksamer Einbringung ihrer Anteile in die GmbH & Co. KG im maßgeblichen Zeitpunkt[48] der beantragten berichtigenden Eintragung der GmbH & Co. KG als Alleineigentümerin nicht mehr Gesellschafter und damit – nach traditioneller Auffassung – nicht mehr Eigentümer des Grundstücks. Dem Grundbuchamt war dies laut dem in den Beschlussgründen mitgeteilten Sachverhalt aufgrund des vorgelegten notariellen Einbringungsvertrags in der Form des § 29 GBO nachgewiesen und stand damit zu dessen Überzeugung fest.[49] Das OLG München fordert also mit seiner Entscheidung vom Grundbuchamt die Zwischeneintragung eines *ehemals* Berechtigten und damit eine Eintragung, die im maßgeblichen Zeitpunkt bereits nachgewiesenermaßen unrichtig ist!

d) Keine Zwischeneintragung eines ehemals Berechtigten

Eine so verstandene Auslegung des „Betroffenseins" im Sinne des § 39 Abs. 1 GBO ist rundweg abzulehnen. Zwischeneintragungen müssen da unterbleiben, wo sie zu offensichtlich unrichtigen Grundbucheintragungen führen würden. Denn das Grundbuchamt hat die Aufgabe, das Grundbuch nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit der wahren Rechtslage zu halten und Unrichtigkeiten zu verhindern; es darf nicht bewusst dabei mitwirken, das Grundbuch unrichtig zu machen.[50] Hat es aufgrund feststehender Tatsachen sichere Kenntnis, dass durch die Eintragung das Grundbuch unrichtig würde, hat es die Eintragung abzulehnen.[51] Hinter diesen allgemeinen Grundsatz, der Ausdruck des Legalitätsprinzips ist, muss ausnahmsweise nicht nur das formelle Konsensprinzip,[52] sondern eben auch die Ordnungsfunktion des § 39 Abs. 1 GBO zurücktreten. Von vornherein unheilbar unrichtige Eintragungen können allemal nicht dem Ziel dienen, das Grundbuch in allen Entwicklungsstufen richtig, klar und verständlich zu machen, sondern laufen dem zuwider. So kann z. B. auch nicht Folge des Voreintragungsgrundsatzes sein, dass ein bereits verstorbener Berechtigter in das Grundbuch einzutragen wäre.[53] Das Grundbuch hat den aktuellen Rechtszustand wiederzugeben, nicht Rechtszustände aus der Vergangenheit. Nur die Übereinstimmung der gegenwärtigen materiellen Rechtslage mit der im Grundbuch auszuweisenden Rechtslage im Zeitpunkt der Eintragung macht das Grundbuch richtig. Unter Berücksichtigung dessen kann „betroffen" im Sinne des § 39 Abs. 1 GBO bei einer Grundbuchberichtigung auf den Namen des materiell Berechtigten eben nur der eingetragene Buchberechtigte sein, nicht derjenige, der zwischenzeitlich einmal berechtigt war, es im Zeitpunkt der beantragten Eintragung aber nicht mehr ist.[54]

Umso deutlicher wird die Fehlerhaftigkeit der Rechtsauffassung des OLG München, wenn man sich vor Augen hält, wie das Grundbuchamt entschieden hätte, wenn bei gleichem Sachverhalt *nur* die Eintragung der Zwischenabtretungen beantragt worden wäre. Die Antwort liegt auf der Hand: ein derartiger Antrag wäre mit Sicherheit wegen der entstehenden Grundbuchunrichtigkeit zurückgewiesen worden![55]

Vergleicht man schließlich den vom Gericht entschiedenen Sachverhalt mit den Fallgestaltungen, die den im Beschluss zitierten Entscheidungen des BayObLG[56] und des Kammer-

---

38 Siehe nur *Demharter*, § 39 GBO Rdnr. 1.

39 BGHZ 16, 101; BayObLG, DNotZ 2003, 50; *Demharter*, § 39 GBO Rdnr. 1.

40 *Schöner/Stöber*, Rdnr. 136.

41 Kritisch daher *Meikel/Böttcher*, § 39 GBO Rdnr. 2 a; KEHE/*Herrmann*, § 39 GBO Rdnr. 2.

42 BayObLG, DNotZ 2003, 50; KG, Rpfleger 1992, 430.

43 BayObLG, DNotZ 2003, 50.

44 A. A. nur *Meikel/Böttcher*, § 39 GBO Rdnr. 3, 6, der jedoch letztlich in diesen Fällen zum selben Ergebnis wie die h. M. kommt.

45 RGZ 133, 279, 282; KEHE/*Herrmann*, § 39 GBO Rdnr. 16; *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 39 GBO Rdnr. 41; *Demharter*, § 39 GBO Rdnr. 12, § 19 GBO Rdnr. 47.

46 BayObLG, DNotZ 1988, 781; OLG 40, 260, 263.

47 *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 39 GBO Rdnr. 41.

48 KEHE/*Herrmann*, § 39 GBO Rdnr. 33; *Demharter*, § 39 GBO Rdnr. 17.

49 BGHZ 35, 135, 139 f.; *Demharter*, Anhang zu § 13 GBO Rdnr. 41; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 209 a.

50 BGHZ 35, 135, 139 f.; BGH, Rpfleger 1986, 215, 216; BayObLGZ 1981, 109, 112; BayObLG, MittBayNot 1981, 188 m. w. N.; Rpfleger 1986, 369, OLG Hamm, Rpfleger 1983, 144; *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 39 GBO Rdnr. 42 m. w. N.; *Demharter*, Anhang zu § 13 GBO Rdnr. 41 ff.; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 209.

51 BGHZ 35, 135, 139 f.; *Demharter*, Anhang zu § 13 GBO Rdnr. 41; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 209 a.

52 *Schöner/Stöber*, Rdnr. 209.

53 BayObLG, MittBayNot 1994, 435, 436.

54 *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 39 GBO Rdnr. 42; KEHE/*Herrmann*, § 39 GBO Rdnr. 12.

55 *Demharter*, Anhang zu § 13 GBO Rdnr. 43.

gerichts[57] zugrunde lagen, so zeigt sich, dass es bei jenen jeweils um *rechtsändernde* Eintragungen ging: Im Fall des BayObLG waren Ehegatten fälschlicherweise in Gütergemeinschaft als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen worden; nunmehr wurde die Eintragung der Übertragung eines ideellen Miteigentumsanteils von dem einen auf den anderen Ehegatten ohne Zwischeneintragung des Miteigentums nach Bruchteilen beantragt. Im Fall des Kammergerichts war bei einem GbR-Grundstück nach Ein- und Austritten von Gesellschaftern das Grundbuch unrichtig geworden; nunmehr wurde die Eintragung der Auflassung des Grundstücks auf eine dritte Person ohne Zwischeneintragung der Veränderungen im Gesellschafterbestand beantragt. Beide Gerichte forderten zu Recht die Voreintragung der materiell Berechtigten:[58] bei rechtsändernden Eintragungen ist nach allgemeiner Auffassung der wahre Berechtigte betroffen.[59] In beiden Fällen wurde auch das Grundbuch durch die jeweils geforderten Voreintragungen nicht unrichtig, sondern erst richtig. Am Vergleich mit der damaligen Fallgestaltung des Kammergerichts erkennt man noch eines: Hätten die Gesellschafter im hiesigen Fall nicht ihre GbR-Anteile in die GmbH & Co. KG eingebracht, sondern im Wege der Auflassung das Grundstück selbst, wäre vor Eintragung der Auflassung (= rechtsändernde Eintragung) eine berichtigende Voreintragung gemäß § 39 Abs. 1 GBO – jedenfalls nach traditioneller Gesamthandslehre – notwendig gewesen. Dann hätte die Voreintragung der Neugesellschafter das Grundbuch ja auch nicht unrichtig, sondern erst richtig gemacht. § 39 Abs. 1 GBO ist also nur in den Fällen nicht anwendbar, in denen *mehrfach* Rechtsübergänge *außerhalb des Grundbuchs* stattfinden und das Grundbuch danach unmittelbar „auf den letzten Stand" berichtigt werden soll. Ist die beantragte Eintragung dagegen konstitutiv, so fordert § 39 Abs. 1 GBO die Voreintragung der zuletzt materiell Berechtigten. Diese Erkenntnis hat unabhängig vom Streit über die Grundbuchfähigkeit der GbR Bedeutung, z. B. bei mehrfachen Erbanteilsübertragungen.

Die Entscheidung des OLG München ist daher selbst dann falsch, wenn man die GbR-Gesellschafter nach wie vor für die materiell und als solche im Grundbuch ausgewiesenen Berechtigten hält.

4. Ergebnis

Die Entscheidung des OLG München ist verfehlt. Materieller Rechtsinhaber von Grundstücken und Grundstücksrechten einer Außen-GbR ist diese selbst. Die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch ist zwar aus Publizitätsgründen weiterhin notwendig, hat jedoch nur identifizierende Bedeutung. Änderungen im Gesellschafterbestand müssen als bloße Richtigstellung der Bezeichnung des Betroffenen in keinem Fall gemäß § 39 Abs. 1 GBO im Grundbuch voreingetragen werden. Folgt man dem nicht und geht gemäß traditioneller Auffassung weiterhin von der Rechtsträgerschaft der Gesellschafter aus, ist § 39 Abs. 1 GBO bei mehrfachen GbR-Anteilsabtretungen ebenso wie z. B. bei mehrfachen Erbteilsübertragungen nicht anwendbar, wenn die zuletzt beantragte Eintragung berichtigender Natur ist, da andernfalls das Grundbuchamt bewusst Unrichtiges im Grundbuch einzutragen hätte.

Notar *Konrad Lautner*, Straubing

56 DNotZ 2003, 49.

57 Rpfleger 1992, 430.

58 Das KG natürlich nur unter Zugrundelegung der traditionellen Gesamthandslehre.

59 *Bauer/v. Oefele/Bauer*, § 39 GBO Rdnr. 43; KEHE/*Herrmann*, § 39 GBO Rdnr. 14; *Demharter*, § 39 GBO Rdnr. 10.

4. BGB §§ 1191, 1192 Abs. 1, 1115 *(Keine Angabe eines Höchstzinssatzes bei Eintragung einer Grundschuld)*

Bei der Eintragung einer Grundschuld muss ein Höchstzinssatz nicht angegeben werden, wenn die Parteien die Vereinbarung der Verzinsung an § 288 Abs. 1 BGB ausgerichtet haben.

BGH, Beschluss vom 26.1.2006, V ZB 143/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

I.

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer eines im Grundbuch eingetragenen Grundstücks. Aufgrund gerichtlichen Vergleichs vom 18.11.2004 verpflichtete er sich gegenüber einer aus den Beteiligten zu 2 bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Zahlung von 35.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 3.5.2002. Des Weiteren bewilligte er in Höhe des Vergleichsbetrags die Eintragung einer Grundschuld auf seinem Grundstück. Der Antrag auf Eintragung der Grundschuld wurde vom Grundbuchamt mit der Erwägung beanstandet, dass der in der Eintragungsbewilligung allein genannte gleitende Zinssatz ohne die ergänzende Angabe eines Höchstzinssatzes nicht eintragungsfähig sei.

Die gegen die Zwischenverfügung gerichtete Beschwerde war erfolglos. Das OLG möchte der Beschwerde stattgeben, sieht sich daran jedoch durch die Beschlüsse des Schleswig-Holsteinischen OLG vom 12.12.2002 (MittBayNot 2003, 295) und des OLG Celle vom 30.6.2004 (OLGR 2004, 476 = DNotI-Report 2004, 202) gehindert und hat die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO) und hat auch in der Sache Erfolg. Das LG ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Eintragung der Grundschuld die fehlende Angabe eines Höchstzinssatzes entgegensteht.

1. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein in Anlehnung an § 288 Abs. 1 BGB rechtsgeschäftlich vereinbarter gleitender Zinssatz eintragungsfähig ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

a) Teilweise wird die Meinung vertreten, durch die Änderung des § 288 Abs. 1 BGB und die damit einhergehende Einführung eines variablen Verzugszinssatzes sei nun auch bei rechtsgeschäftlich vereinbarten Zinsen die Angabe eines Höchstzinssatzes entbehrlich geworden (LG Traunstein, MittBayNot 2004, 440; LG Schweinfurt, Rpfleger 2004, 622; LG Konstanz, BWNotZ 2002, 11; *Böhringer*, Rpfleger 2005, 232, 233 f.; *Böttcher*, RpflegerStud 2004, 1, 11; DNotl-Report 2003, 193; *Stavornius*, Rpfleger 2004, 738; *Volmer*, ZfIR 2001, 246 f.; *Wagner*, Rpfleger 2004, 668, 673; *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, Einl. zu § 1113 Rdnr. 41; AnwKommBGB/*Zimmer*, 2004, § 1115 Rdnr. 17).

b) Demgegenüber will die Gegenauffassung ungeachtet der Änderung des § 288 Abs. 1 BGB an der bis dahin einhellig vertretenen Auffassung festhalten, wonach der Bestimmtheitsgrundsatz bei rechtsgeschäftlich vereinbarten Zinsen die Angabe eines Höchstzinssatzes erfordere (so außer den bereits genannten Gerichten auch LG Gera, NotBZ 2004, 401 f.; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., Anh. zu § 44 Rdnr. 45; *Meikel/Morvilius*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Einl. C 406; *Palandt/Bassenge*, BGB, 65. Aufl., § 1115 Rdnr. 11; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1962; ebenso für die Eintragung von Zwangshypotheken OLG Frankfurt, Beschluss vom 8.3.2002, 20 W 46/02, zitiert nach juris; MünchKommZPO/*Eickmann*, 2. Aufl., § 867 Rdnr. 44; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl.,

§ 867 Rdnr. 6; *Zöller/Stöber*, ZPO, 25. Aufl., § 867 Rdnr. 10; *Wagner*, Rpfleger 2004, 668, 669).

2. Der Senat hält die zuerst genannte Auffassung für zutreffend.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die der Eintragungsfähigkeit variabler Zinsen entgegenstehen könnte, ist nicht ersichtlich. Der für rechtsgeschäftlich vereinbarte Zinsen über § 1192 BGB auch für die Hypothek geltende § 1115 BGB ordnet lediglich an, dass der Zinssatz einer Hypothek selbst im Grundbuch eingetragen werden muss. Die Begrenzung durch einen Höchstzinssatz sieht er nicht vor. Allerdings verlangt der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz, dass zur Eintragung in das Grundbuch neben dem Grundstück und dem Berechtigten insbesondere auch der Inhalt des jeweiligen Rechts feststehen muss (so zuletzt BGH, NJW-RR 2003, 1524 f.). Damit soll gewährleistet werden, dass sämtliche Beteiligte, insbesondere nachrangige Gläubiger, das höchstmögliche Ausmaß der Belastung des Grundstücks anhand des Grundbuchs erkennen können (BGHZ 35, 22, 24; BGH, NJW 1975, 1314 f.). Dieser Grundsatz gilt indessen nicht ausnahmslos. Durch die Umstellung des Gesetzes auf den Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 und 2 BGB) ist eine weitere Ausnahme begründet worden, die es rechtfertigt, bei der Eintragung rechtsgeschäftlich vereinbarter variabler Zinsen in das Grundbuch nicht mehr die Angabe eines Höchstzinssatzes zu verlangen, sofern sich der variable Zinssatz – wie hier – aus der Bezugnahme auf eine gesetzlich bestimmte Bezugsgröße ergibt.

a) Nach §§ 1118, 1192 BGB erstreckt sich die Haftung des belasteten Grundstücks auch auf die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung. Da der genaue Umfang dieser Kosten im Voraus nicht beziffert werden kann, beeinträchtigt die Regelung das Interesse der nachrangigen dinglichen Gläubiger, den Haftungsumfang möglichst genau übersehen zu können. Die damit verbundene Einschränkung des Bestimmtheitsgrundsatzes wurde bei den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch bewusst in Kauf genommen, um das Grundbuch nicht mit der Eintragung zusätzlicher Höchstbetragshypotheken zur Sicherung der Kostenansprüche zu belasten (Motive, Bd. III, S. 649). Da das Grundstück ohne weiteres nach §§ 1118, 1192 BGB auch für gesetzliche Zinsen und nach §§ 1146, 1192 BGB für Verzugszinsen haftet, wurde mit der Umstellung des § 288 BGB auf einen variablen Zinssatz durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000 (BGBl I, S. 330) eine weitere Relativierung vom grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz begründet.

Dass es sich bei dieser Auswirkung um eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Folge handelt, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen (vgl. BT-Drucks. 14/1246, S. 5). Schon deshalb vermögen Forderungen nach einer einschränkenden Auslegung mit dem Ziel der Ausklammerung variabler Zinssätze aus dem Normbereich des § 1118 BGB nicht zu überzeugen. Davon abgesehen führte der Vorschlag, Verzugszinsen aus dem Geltungsbereich des § 1118 BGB herauszulösen (so MünchKommBGB/*Eickmann*, 4. Aufl., § 1118 Rdnr. 3 und 5), dazu, dass bei konsequenter Handhabung die nur Verzugszinsen erfassende Vorschrift des § 1146 BGB jeglichen Anwendungsbereich verlöre. Soweit die Auffassung vertreten wird, auch im Bereich der gesetzlichen Zinsen sei nunmehr die Angabe eines Höchstzinssatzes zu verlangen (so KG, Rpfleger 1971, 316 f., § 397 a Abs. 2 RVO), steht dies in Widerspruch zu dem plausiblen Anliegen des Gesetzgebers, das Grundbuch insoweit von Eintragungen freizuhalten.

b) Steht der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz danach einer Haftung für variable gesetzliche Zinsen nicht entgegen (§§ 1118, 1146 BGB), weil der Gesetzgeber nachrangigen Gläubigern das Risiko der Schwankung des Basiszinssatzes aufbürdet, erscheint es zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sachgerecht, auch im Bereich rechtsgeschäftlich vereinbarter Zinsen eine Grundbucheintragung ohne Höchstzinsangabe zuzulassen, sofern sich der variable Zins aus der Bezugnahme auf eine gesetzlich bestimmte Bezugsgröße ergibt.

Ein systematischer Seitenblick auf § 28 Satz 2 GBO in Verbindung mit § 1 der Verordnung über Grundpfandrechte in ausländischer Währung und in Euro vom 20.10.1997 (BGBl I, S. 2683) bestätigt diese Auslegung. Nach dieser Verordnung ist die Eintragung von Grundpfandrechten in das Grundbuch auch in bestimmten Fremdwährungen zulässig; die Eintragung einer Höchstsumme in Euro ist bei diesen Währungen nicht erforderlich (vgl. auch EuGH, Urt. v. 16.3.1999, Rs. C-222/97, WM 1999, 946, 948; *Stöber*, ZVG, 18. Aufl., Einl. Rdnr. 67.5). Das führt dazu, dass es nachrangigen Gläubigern aufgrund von Währungsschwankungen nicht möglich ist, das höchstmögliche Ausmaß der Belastung des Grundstücks anhand des Grundbuchs zuverlässig zu ermitteln. Wenn der Gesetzgeber solche Unsicherheiten sogar bei Grundpfandrechten selbst für hinnehmbar hält, ist kein zureichender Grund dafür ersichtlich, bei Zinsforderungen, die an einen vereinbarten variablen Zinssatz anknüpfen, strengere Maßstäbe anzulegen.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Kesseler*, MittBayNot 2006, 468 (in diesem Heft).

---

5. BGB §§ 873, 874, 1018 *(Dienstbarkeit: Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung)*

Eine entsprechend dem Muster der Landesnotarkammer und der Landeshauptstadt München eingetragene Dienstbarkeit unter der Bezeichnung „Kfz-Stellplatzrecht" umfasst auch das Recht zur Mitbenützung der Zu- und Abfahrt (Vorplatzfläche) zu den Kfz-Stellplätzen. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt hierzu, eine schlagwortartige Bezeichnung des Zu- und Abfahrtsrechts ist nicht erforderlich. (Leitsatz des Einsenders)

LG München II, Urteil vom 4.5.2006, 1 O 5456/05; eingesandt von Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

Die Kläger machen gegenüber dem Beklagten eine Notwegrente für die Benutzung einer Teilfläche des klägerischen Grundstücks als Verkehrs- und Rangierfläche geltend.

Die Kläger sind als Wohnungseigentümergemeinschaft Eigentümer des Grundstücks Flur-Nr. 1088/2 der Gemarkung M. Auf diesem Grundstück ist in der zweiten Abteilung unter Lasten und Beschränkungen ein Kfz-Abstellplatzrecht für die jeweiligen Eigentümer des vereinigten Grundstücks Flur-Nrn. 1086 und 1086/3 eingetragen. Die Beklagten sind Miteigentümer des herrschenden Grundstücks Flur-Nrn. 1086, 1086/3. Zugleich sind sie Eigentümer der Einheit Nr. 30 der Wohnungseigentümergemeinschaft P in M, der dieses Nutzungsrecht zusteht. In der Bewilligung wird eine Grunddienstbarkeit folgenden Inhalts bewilligt und beantragt: „dass der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks, sowie die von diesen ermächtigten Personen berechtigt sind, die im beigefügten Lageplan ‚rot' eingezeichneten oberirdisch gelegenen Kfz-Abstellplätze unter Ausschluss des Eigentümers des dienenden Grundstücks zum Abstellen von Kraftfahrzeugen zu benützen, sowie die Zu- und Abfahrt (Vorplatzfläche) zu diesen Stellplätzen entsprechend mitzubenutzen". Auf dem der Urkunde vom 22.9.1994 beigefügten Lageplan sind diese Kfz-Stellplatzflächen rot umrandet eingezeichnet. Die Kfz-Abstellplatzrechte sind nicht an das öffentliche Straßennetz angeschlossen. Eine Zu-

bzw. Abfahrt zu diesen Stellplätzen ist nur über eine zwischen der Straße und den Stellplatzrechten liegende Teilfläche des klägerischen Grundstücks möglich.

Aus den Gründen:

Die Klage auf Zahlung einer Notwegrente ist unbegründet.

Gemäß § 917 Abs. 2 BGB sind die Nachbarn, über deren Grundstück ein Notweg führt, durch eine Geldrente zu entschädigen. Die Vorschrift begründet unter den hier genannten Voraussetzungen ein Benutzungsrecht und eine entsprechende Duldungspflicht gegen Entschädigung. Sie ist nicht einschlägig, auch nicht in analoger Anwendung, wenn bereits ein dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht besteht.

Im vorliegenden Fall ergibt sich das Recht der Zu- und Abfahrt bezüglich der Kfz-Stellplätze jedoch bereits aus der auf dem klägerischen Grundstück eingetragenen Grunddienstbarkeit, § 917 Abs. 2 BGB ist somit nicht einschlägig. (…)

Als dingliches Recht entsteht die Grunddienstbarkeit durch Einigung und Eintragung auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks, §§ 873, 1018 BGB, wobei zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann, § 874 BGB. Die Eintragung muss den Berechtigten und den Rechtsinhalt enthalten. Da Dienstbarkeiten einen verschiedenartigen Inhalt haben können, genügt es nicht, dass im Grundbuch das Recht lediglich als Grunddienstbarkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen und im Übrigen auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird (BGHZ 35, 382). Bei einem Recht zur Benutzung des Grundstücks, wie im vorliegenden Fall, muss in der Eintragung selbst das Recht beispielsweise als Wegerecht, Wasserentnahmerecht oder Wohnrecht gekennzeichnet werden (BGHZ 35, 382). Der Rechtsinhalt ist im Eintragungsvermerk mindestens schlagwortartig anzugeben, um dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen. Hinsichtlich der näheren inhaltlichen Ausgestaltung des Rechts kann dann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (BGHZ 35, 382).

In oben zitierter Entscheidung des BGH vom 22.9.1981 ging es darum, ob die Eintragung im Grundbuch „beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Recht auf Unterhaltung einer Tankstelle) unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom“ ausreichend ist, um ein dem Berechtigten eingeräumtes alleiniges Recht, auf dem Grundstück eine Tankstelle zu errichten und zu betreiben, zu bezeichnen. Der BGH führt in dieser Entscheidung aus, dass ein Wettbewerbsverbot, wenn es als selbständige Dienstbarkeit begründet wird, in der Grundbucheintragung selbst enthalten sein müsse (BGHZ, 35, 382). Eine andere Frage sei es jedoch, ob in dem Eintragungsvermerk, der ein bestimmtes Benutzungsrecht bezeichnet, auch ein hiermit im Zusammenhang stehendes Wettbewerbsverbot ausdrücklich angegeben werden müsse. Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Tankstellendienstbarkeit der vorliegenden Art nicht um zwei selbständige Dienstbarkeiten, sondern um ein einheitliches Recht mit einem teils positiven, teils negativen Inhalt handele. Das Recht zur Unterhaltung einer Tankstelle und das Verbot der Errichtung einer anderen Tankstelle stünden miteinander in einem engen Zusammenhang. Den Wesenskern der Dienstbarkeit bilde das Recht zum Betrieb einer Tankstelle auf einem fremden Grundstück. Das Wettbewerbsverbot stelle sich demgegenüber nur als ein unselbständiges Anhängsel dar, durch welches das Benutzungsrecht verstärkt werde und eine nähere inhaltliche Ausgestaltung erfahre. Dieser für die Beurteilung entscheidende Gesichtspunkt rechtfertige die Zulässigkeit der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Bei der Eintragung des Rechts zur Unterhaltung einer Tankstelle, soweit es sich um das alleinige Recht zum Betrieb einer Tankstelle handele, genüge daher die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.

Im vorliegenden Fall steht das Zu- und Abfahrtsrecht mit dem Kfz-Abstellplatzrecht in dem vom BGH geforderten engen Zusammenhang. Es erfüllt lediglich eine Hilfsfunktion und ist mit diesem gleichsam untrennbar verbunden, denn ohne dieses Zu- und Abfahrtsrecht wäre das Kfz-Stellplatzrecht quasi inhaltsleer. Denn abgesehen von der rein theoretischen, jedoch unpraktikablen und lebensfremden Möglichkeit, ein Kfz durch die Luft, etwa mittels eines Hubschraubers, auf das gekennzeichnete Flächenstück zu verbringen, ist eine Ausübung dieses Kfz-Abstellplatzrechtes nur im Zusammenhang mit einem entsprechenden Zu- und Abfahrtsrecht möglich. Dieses Zu- und Abfahrtsrecht ist daher lediglich als unselbständiges Anhangsrecht des Kfz-Abstellplatzrechtes zu qualifizieren. Die schlagwortartige Bezeichnung „Kfz-Stellplatzrecht“ trifft auch den Wesenskern der Belastung (OLG Nürnberg, NJW-RR 2000, 1257 = DNotI-Report 2000, 144). Der Belastungsumfang ist aus dem Eintragungsvermerk erkennbar (*Palandt/Bassenge*, BGB, 65. Aufl., § 874 Rdnr. 6), denn das Zu- und Abfahrtsrecht stellt, wie dargelegt, keine über das Kfz-Stellplatzrecht hinausgehende Belastung dar, vielmehr ist es diesem immanent. Es handelt sich auch nicht um verschiedenartige Rechtsinhalte, die im Grundbuch selbst anzugeben wären und bei denen andernfalls die Dienstbarkeit nur mit dem angegebenen entstünde (so OLG Nürnberg, NJW-RR 2000, 1257 = DNotI-Report 2000, 144). Gegenstand oben zitierter Entscheidung des OLG Nürnberg vom 15.2.2000 war die Frage, ob im Fall einer notariell beurkundeten Grunddienstbarkeit, die den Berechtigten über das im Grundbuch ausdrücklich bezeichnete „Geh-, Fahr- und Leitungsrecht“ hinaus auch noch die Befugnis geben soll, den betroffenen Grundstücksstreifen einzuzäunen und das Eingangstor zum eingezäunten Bereich allein zu benutzen, der im Grundbuch eingetragene Zusatz „gemäß Bewilligung vom“ eine zulässige Bezugnahme nach § 874 BGB darstelle. Dies wurde abgelehnt und festgestellt, dass in einem solchen Fall nur das eingetragene „Geh-, Fahr- und Leitungsrecht“ wirksam entstanden sei. Die entstehende Grunddienstbarkeit gehe jedoch weit über ein gewöhnliches „Geh-, Fahr- und Leitungsrecht“ hinaus. Das Recht der Hinterlieger (Grunddienstbarkeitsberechtigter) den Grundstücksstreifen einzuzäunen und über den Zugang durch das vordere Tor alleine zu bestimmen, liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass der Vorderlieger (Grunddienstbarkeitsbesteller) den drei Meter breiten Grundstücksstreifen überhaupt nicht mehr nutzen dürfe, es sei denn mit Zustimmung der Hinterlieger. Auch wenn ein so weitreichender Nutzungsausschluss auch im Rahmen einer Grunddienstbarkeit erfolgen könne, müsse er dann aber bereits im Grundbuch mit hinreichender Klarheit erkennbar sein, wenigstens im Kern. Es genüge nicht, dass sich seine Tragweite erst durch genaueres Studium der Eintragungsbewilligung erschließe (OLG Nürnberg, NJW-RR 2000, 1257, 1258 = DNotI-Report 2000, 144). Hiermit ist der vorliegende Fall gerade nicht vergleichbar. Das Zu- und Abfahrtsrecht geht nicht weit über ein gewöhnliches „Kfz-Stellplatzrecht“ hinaus, es ist vielmehr wie dargelegt in der Regel deren notwendiger Inhalt. Es liegt somit eine zulässige Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vor.

Dem steht auch nicht entgegen, dass in der Grunddienstbarkeit und dem der Nachtragsurkunde beigefügten Lageplan lediglich die Kfz-Abstellplätze rot markiert sind, nicht aber der Vorplatz. Diese Kennzeichnung war vielmehr notwendig, um den Grunddienstbarkeitsberechtigten bestimmte Flächen zum

Abstellen des Kfz zuzuweisen. Es sollte gerade nicht das Recht eingeräumt werden, das Kfz an beliebiger Stelle auch auf dem Vorplatz abzustellen, was durch die rote Markierung auch des Vorplatzes der Fall gewesen wäre. Ein Rückschluss dahingehend, dass mangels Markierung auch kein Zu- und Abfahrtsrecht über den Vorplatz besteht, lässt sich daher nicht ziehen. (…)

---

6. BGB § 242; ZGB/DDR § 45 Abs. 3 (*Rückabwicklung einer Überlassung an Schwiegerkind*)

a) Zur dinglichen Rückgewähr eines Grundstücksanteils, wenn der Zuwendungsempfänger diesen von der Großmutter seines – inzwischen geschiedenen – Ehegatten gegen die Einräumung eines Wohnrechts und Pflegeleistungen an die Zuwendende sowie Zahlung einer Abfindung an einen anderen Erbberechtigten erhalten hat.

b) Zur Bemessung der Ausgleichszahlung in solchen Fällen (im Anschluss an BGH, FamRZ 1998, 669 = DNotZ 1998, 886 und FamRZ 1999, 365).

BGH, Urteil vom 7.9.2005, XII ZR 316/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin begehrt die teilweise Rückabwicklung eines Grundstücksüberlassungsvertrags.

Der Beklagte war seit 1974 mit der Enkelin der ursprünglichen Klägerin (im Folgenden: Großmutter) verheiratet. Die Eheleute bewohnten ein Zimmer im Haus der Großeltern in der ehemaligen DDR. Der Großvater starb 1976. Mit notariellem Vertrag vom Dezember 1980 übertrug die damals 71-jährige Großmutter das Eigentum an dem Hausgrundstück, dessen Einheitswert 9.000 Mark betrug, auf ihre Enkelin und den Beklagten. Die Eheleute verpflichteten sich in dem Vertrag, der Großmutter auf Lebenszeit die mietfreie Mitbewohnung des Hauses zu gestatten, ihre Räume instand zu halten und sie bei Krankheit oder Gebrechlichkeit unentgeltlich zu pflegen. Der Wert dieser Leistungen wurde in dem Vertrag mit 240 Mark jährlich angegeben. Außerdem zahlten die Eheleute aufgrund einer in dem Vertrag übernommenen Verpflichtung an die zweite Enkelin der Großmutter 4.500 Mark. In der Folgezeit nahmen sie an dem Hausgrundstück verschiedene Investitionen vor, die sich allerdings nur noch teilweise wertsteigernd auswirken. Im Mai 1996 zog der Beklagte aus dem Anwesen aus; seine Ehe ist seit April 1998 geschieden.

Das LG hat die auf Rückauflassung eines hälftigen Miteigentumsanteils gerichtete Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat die Großmutter ihr Klagbegehren nur noch Zug um Zug gegen eine der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellte angemessene Ausgleichszahlung weiterverfolgt. Das OLG hat der Klage weitgehend entsprochen und den Beklagten zur Übertragung seines hälftigen Miteigentums Zug um Zug gegen eine Zahlung von 6.676,19 € (= 13.057,50 DM) verurteilt. Mit der – vom Senat angenommenen – Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Die Großmutter ist im Jahre 2003 verstorben und von ihrer Tochter – der jetzigen Klägerin – allein beerbt worden; die Tochter hat den Rechtsstreit aufgenommen.

Gründe:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das OLG geht zu Recht davon aus, dass der „Grundstücksüberlassungsvertrag“ nicht aufgespalten und hinsichtlich der geschiedenen Ehefrau des Beklagten als Vereinbarung einer vorweggenommenen Erbfolge angesehen, im Verhältnis zum Beklagten jedoch als ein Kaufvertrag qualifiziert werden kann, bei dem sich die Großmutter zur Übertragung hälftigen Eigentums und der Beklagte zur Zahlung der Abfindung an deren andere Enkelin verpflichtet hat. Einer solchen Aufspaltung widerspräche schon der Wortlaut des Vertrags, nach dem die Pflichten aus dem Vertrag vom Beklagten und seiner geschiedenen Ehefrau gemeinsam geschuldet waren. Auch für den an die andere Enkelin zu erbringenden Betrag sollte der Beklagte nicht allein aufkommen; vielmehr sollten nach § 1 letzter Absatz des Vertrages die Eheleute gemeinsam „die Auszahlung aus Arbeitseinkünften während des Bestehens ihrer Ehe“ finanzieren.

2. Nach Auffassung des OLG stellt der „Überlassungsvertrag“ ein familienbezogenes Rechtsverhältnis eigener Art dar (Art. 45 Abs. 3 ZGB, anwendbar gemäß Art. 232 § 1 EGBGB). Die Grundstücksüberlassung habe als Beitrag der Großmutter zur Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft ihrer Enkelin dienen sollen; deshalb seien auf diesen Vertrag die für ehebezogene Zuwendungen unter Ehegatten entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Die Vorstellung der Großmutter, die Ehe der Enkelin werde Bestand haben, sei als Geschäftsgrundlage der Zuwendung anzusehen. Mit der Scheidung der Ehe sei diese Geschäftsgrundlage entfallen. Die Großmutter könne die Rückübertragung des Grundstücks verlangen, weil die Vermögenszuordnung ohne Korrektur für sie unzumutbar sei. Die Großmutter habe mit der Zuwendung auch in die Zukunft gerichtete eigene Interessen verfolgt, da sie die Erwartung gehabt habe, auch im Falle der Pflegebedürftigkeit im Hause wohnen bleiben und darüber hinaus ihre Versorgung durch Gewährleistung freien Wohnens sicherstellen zu können. In einem solchen Falle sei ein dinglicher Rückgewähranspruch gegeben.

Auch diese Ausführungen lassen revisionsrechtlich bedeutsame Fehler nicht erkennen.

a) Nicht zu beanstanden ist die Annahme des OLG, der hier vorliegende „Überlassungsvertrag“ stelle sich als eine ehebezogene Zuwendung dar. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist bei Zuwendungen von Schwiegereltern an den Ehepartner des leiblichen Kindes zum Zwecke der Begünstigung des ehelichen Lebens regelmäßig ein Rechtsverhältnis eigener Art anzunehmen, das mit den ehebezogenen Zuwendungen unter Ehegatten vergleichbar ist (BGH, FamRZ 1998, 669 f. = DNotZ 1998, 886). Für Zuwendungen, die – wie hier – der Großelternteil des einen Ehegatten dem anderen Ehegatten erbringt, kann nichts anderes gelten. Der Einordnung eines solchen Rechtsgeschäfts als ehebezogene Zuwendung steht nicht entgegen, dass die Zuwendung unter der Geltung des DDR-Rechts erfolgt ist (BGH, FamRZ 1998, 669, 670). Denn auch im Schuldrecht der DDR bestand kein Typenzwang; § 45 Abs. 3 ZGB/DDR gestattete es vielmehr, Verträge eigener Art abzuschließen, soweit nicht gegen zwingende Normen oder den Zweck der Gesetze verstoßen wurde. Ein solcher Vertrag liegt hier vor.

Der besondere ehebezogene Charakter der Zuwendung an den Beklagten wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Beklagte und seine (damalige) Ehefrau in dem Überlassungsvertrag der Großmutter ein Wohnrecht einräumten und sich verpflichteten, sie im Falle der Pflegebedürftigkeit zu betreuen sowie an deren andere Enkelin einen Ausgleichsbetrag zu zahlen. Die Verpflichtung zu derartigen Gegenleistungen könnte die Absicht der Großmutter, das eheliche Leben des Beklagten zu begünstigen, nur dann ausschließen, wenn die von den Eheleuten übernommenen Verpflichtungen sich nach dem Willen der Vertragsparteien als vollwertige Gegenleis-

tung für den Erwerb des zugewandten Vermögensgegenstandes darstellten. Das ist jedoch nicht dargetan. Die Großmutter wollte ihre beiden Enkelinnen im Wesentlichen wirtschaftlich gleichmäßig bedenken; sie hat ihrer einen Enkelin und dem mit dieser verheirateten Beklagten ihr Grundstück, der andern Enkelin aber einen Ausgleichsbetrag zugewandt, der dem hälftigen Einheitswert dieses Grundstücks entsprach. Dass die dabei auf die eine Enkelin und den Beklagten entfallende Vermögenshälfte durch weitergehende, mit jährlich 240 Mark bewertete Leistungspflichten geschmälert wurde, schließt einen verbleibenden Ehebezug der Zuwendung an den Beklagten nicht aus. Zwar mögen die auf Lebenszeit der Großmutter geschuldeten Leistungen – auf der Grundlage der im Überlassungsvertrag vorgenommenen Bewertung und angesichts des von der Großmutter tatsächlich erreichten hohen Lebensalters – den Wert des zugewandten Grundstücks, soweit er nicht bereits durch die Ausgleichszahlung an die andere Enkelin abgegolten ist, im Zeitpunkt der Scheidung des Beklagten bereits zu einem nicht unerheblichen Teil erschöpft haben. Der im Überlassungsvertrag angesetzte Wert dieser Leistungen gibt jedoch nicht notwendig deren tatsächlichen Wert wieder; außerdem war die geschuldete Leistungsdauer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbar.

b) Revisionsrechtlich bedenkenfrei ist auch die Annahme des OLG, mit der Scheidung der Ehe des Beklagten mit der Enkelin sei die Geschäftsgrundlage der Zuwendung der Großmutter, soweit sie dem Beklagten zugute gekommen sei, entfallen. Ausweislich des Überlassungsvertrags haben der Beklagte und seine damalige Ehefrau das Grundstück der Großmutter zu gemeinschaftlichem Eigentum und Vermögen erworben. Mangels gegenteiliger Feststellungen ist davon auszugehen, dass die Eheleute nach dem Beitritt nicht (gemäß Art. 234 § 4 Abs. 2 Satz 1 EGBGB) für den Fortbestand ihres bisherigen Güterstandes optiert haben und deshalb (gemäß Art. 234 § 4 a EGBGB) an dem Grundstück Eigentum der Eheleute zu gleichen Bruchteilen entstanden ist. Das hat zur Folge, dass der Beklagte fortan über seinen Eigentumsanteil allein verfügen und auch grundsätzlich die Teilungsversteigerung betreiben kann. Es ist nicht rechtsfehlerhaft, wenn das OLG diesen Umstand, der das Wohnrecht der Großmutter und den von ihr verfolgten Versorgungszweck gefährdete, sowie die Scheidung der Ehe des Beklagten, von deren Fortbestand die Parteien bei der Grundstücksüberlassung ausgegangen sind, als Wegfall der Geschäftsgrundlage wertet. Der ursprüngliche Vortrag der Großmutter, das Scheitern der Ehe des Beklagten mit ihrer Enkelin „habe überhaupt nichts mit der Rückabwicklung dieses Grundstücksvertrages zu tun“, hindert eine solche Wertung nicht. Dabei kann dahinstehen, ob – wie die Revision meint – in diesem Vortrag überhaupt eine Tatsachenbehauptung zu finden ist, der Beklagte sich eine solche Behauptung zu eigen gemacht hat und die Großmutter diese Behauptung – weil zugestanden – später nicht mehr widerrufen konnte (zur möglichen Bindungswirkung eines vorweggenommenen Geständnisses etwa BGH, NJW 2004, 513, 515 f.; *Zöller/Greger*, ZPO, 25. Aufl., § 288 Rdnr. 3 a). Jedenfalls reicht schon das bloße Risiko der Großmutter, im Zuge der güterrechtlichen Auseinandersetzung zwischen den Eheleuten die mit dem Vertrag bezweckte Möglichkeit zu verlieren, ihren Lebensabend in ihrem bisherigen Haus zu verbringen, aus, um die Geschäftsgrundlage der Grundstücksüberlassung, soweit sie dem Beklagten zugute gekommen ist, als entfallen anzusehen. Einer ernstlichen Drohung des Beklagten mit einer Teilungsversteigerung bedurfte es für einen solchen Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht.

c) Die aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage grundsätzlich vorzunehmende Vertragsanpassung führt im Bereich der ehebezogenen Zuwendungen unter Ehegatten nur in seltenen Ausnahmefällen zu einer Rückgewähr des zugewandten Gegenstandes. Ähnliches gilt bei Zuwendungen von Eltern oder Großeltern eines Ehegatten an den mit ihnen nicht verwandten anderen Ehegatten (vgl. BGH, FamRZ 1998, 669, 670 = DNotZ 1998, 886). Soweit die Ehe Bestand gehabt hat, ist der Zweck der Zuwendung jedenfalls teilweise erreicht, so dass das Zugewendete in der Regel nicht voll wird zurückgegeben werden müssen. Ausnahmen sind denkbar, wenn nur die Rückgewähr geeignet erscheint, einen untragbaren, mit Treu und Glauben unvereinbaren Zustand zu vermeiden. Ob die Voraussetzungen eines solchen Ausnahmefalles vorliegen, unterliegt im Wesentlichen tatrichterlicher Beurteilung (BGHZ 68, 299, 305). Das OLG hat diese Voraussetzungen bejaht und darin gesehen, dass die Großmutter den von ihr maßgeblich verfolgten Versorgungszweck ohne die Rückgewähr des für den Beklagten begründeten Miteigentums nicht verwirklichen konnte. Dagegen ist – jedenfalls für den Fall einer ehebezogenen Zuwendung durch Schwiegereltern oder Schwiegergroßeltern – revisionsrechtlich nichts zu erinnern. Insbesondere steht der Umstand, dass der Vertrag im Zeitpunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bereits rund 18 Jahre bestanden hatte, der Beurteilung des OLG nicht entgegen. Denn die vom Beklagten und seiner früheren Ehefrau übernommene Leistungspflicht bestand, weil auf Lebenszeit der Großmutter eingegangen, zu diesem Zeitpunkt fort. Außerdem kann der nicht unerhebliche Umfang der vom Beklagten bis dahin bereits erbrachten Leistungen bei der Bemessung der Ausgleichungspflicht Berücksichtigung finden.

3. Das OLG geht – im Ansatzpunkt zutreffend – davon aus, dass auch in Fällen, in denen der Wegfall der Geschäftsgrundlage ausnahmsweise einen Anspruch auf Rückgewähr in Natur begründet, diese Rückgewährpflicht von vornherein nur unter Berücksichtigung eines nach den Umständen des Einzelfalles gerechtfertigten Ausgleichs in Betracht kommt. Insoweit muss das wirtschaftliche Ergebnis einer dinglichen Rückgewähr identisch mit dem eines bloß schuldrechtlichen Rückausgleichs sein (BGH, FamRZ 1998, 669 = DNotZ 1998, 886; FamRZ 1999, 365, 367). Die danach Zug um Zug gegen Rückauflassung des hälftigen Grundeigentums zu erbringende Ausgleichszahlung will das OLG gemäß § 287 ZPO unter Berücksichtigung des hälftigen Wertes der von den Ehegatten vorgenommenen und noch vorhandenen Verwendungen auf das Grundstück mit (14.115 DM für die Errichtung einer Garage + 4.500 DM für Außenanlagen + 7.500 DM für Wertverbesserungen an Dach und Hauswasseranlage = 26.115 DM, abzüglich des auf die geschiedene Ehefrau des Beklagten entfallenden hälftigen Anteils dieser Verwendungen =) 13.057,50 DM bemessen.

Diese Bemessung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Ausgleich soll bewirken, dass sich der in Natur rückgewährpflichtige Ehegatte im wirtschaftlichen Ergebnis nicht anders steht als er stünde, wenn ihm der zugewandte Gegenstand verbliebe und der Zuwendende von ihm für die Zuwendung, soweit deren Geschäftsgrundlage entfallen ist, seinerseits eine Ausgleichszahlung verlangen könnte (vgl. *Wagenitz* in Schwab/Hahne, Familienrecht im Brennpunkt, 2004, 160, 172). In diesem Falle erschöpft sich die vom Zuwendungsempfänger nach Billigkeit geschuldete Ausgleichszahlung jedenfalls in dem Wert der Zuwendung, soweit dieser nicht bereits durch Leistungen aufgewogen wird, die der Zuwendungsempfänger im Hinblick auf die Zuwendung an den Zuwendenden erbracht hat; Wertsteigerungen, die der zugewandte Gegenstand nach der Zuwendung erfahren hat, verbleiben ebenso wie der zugewandte Gegenstand selbst grund-

sätzlich dem Zuwendungsempfänger (vgl. bereits BGH, FamRZ 1999, 365). Hat – wie hier – der Zuwendungsempfänger den Zuwendungsgegenstand in Natur zurückzugewähren, gelten diese Grundsätze entsprechend: Der Zuwendende hat dem Zuwendungsempfänger – Zug um Zug gegen Rückgewähr – grundsätzlich diejenigen Leistungen auszugleichen, die dieser mit Rücksicht auf die Zuwendung erbracht hat und für deren Erbringung ebenfalls die Geschäftsgrundlage entfallen ist. Bei der Bemessung des Wertes dieser Leistungen ist nicht von den im Zeitpunkt der Leistungserbringung maßgebenden Nominalwerten auszugehen; vielmehr ist der Zeitwert dieser Leistungen in dem Verhältnis anzuheben, um den auch der Wert des in Natur zurückzugewährenden Zuwendungsgegenstandes in der Zeit zwischen der Leistungserbringung und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage der Zuwendung gestiegen ist; denn in diesem Verhältnis gebührt die Wertsteigerung des Zuwendungsgegenstandes dem zur Rückgewähr in Natur verpflichteten Zuwendungsempfänger. Das hat das OLG nicht beachtet. Im Einzelnen:

a) Das OLG hat bei der Ermittlung des Ausgleichs nicht berücksichtigt, dass die Großmutter den Eheleuten das Grundstück nur gegen eine Abfindungszahlung an ihre andere Enkelin überlassen hat. In dem Verhältnis, in dem diese Abfindung zum damaligen Verkehrswert des Grundstücks stand, stellt sich die Überlassung als eine teilweise entgeltliche Verfügung dar. Das von den Eheleuten gezahlte Entgelt hindert, wie ausgeführt, zwar nicht, die Verfügung zugunsten des Beklagten als auf dessen Ehe bezogen anzusehen; in die Bemessung des gegen Rückgewähr der ehebezogenen Verfügung zu leistenden Ausgleichs muss dieses Entgelt jedoch nach Billigkeit einbezogen werden. Das hat das OLG unterlassen. Bei der gebotenen Einbeziehung kann der in (DDR-)Mark entrichtete Abfindungsbetrag nicht mit dem nominal entsprechenden DM-Betrag in Ansatz gebracht werden. Da die Eheleute das Eigentum am Grundstück der Großmutter in Ansehung der Abfindung teilweise entgeltlich erworben haben, gebührt vielmehr auch der Wertzuwachs, den dieses Grundstück inzwischen aufgrund der deutschen Einheit erfahren hat, in dem Umfang den Erwerbern, in dem sie dieses Grundstück entgeltlich erworben haben (vgl. bereits BGH, FamRZ 1999, 365); denn insoweit ergeben sich zwischen einem vor der Wiedervereinigung vereinbarten und durchgeführten Grundstückskauf und der hier vorliegenden familienrechtlich geprägten Grundstücksüberlassung keine Unterschiede: In beiden Fällen ist für den erworbenen Gegenstand ein Preis entrichtet worden. Mit der Übereignung des Gegenstandes trägt der Erwerber dessen rechtliches und wirtschaftliches Schicksal allein; insoweit fällt ihm auch ein wiedervereinigungsbedingter Wertzuwachs allein an. Im Ergebnis wird deshalb der Verkehrswert des Grundstücks im Zeitpunkt des „Überlassungsvertrags“ zu dem Verkehrswert im Zeitpunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ins Verhältnis zu setzen sein. Mit diesem Verhältniswert ist die von beiden Ehegatten in (DDR-)Mark erbrachte Abfindung zu multiplizieren; die Hälfte des sich daraus ergebenden Betrages gebührt dem Beklagten als Ausgleich.

b) Diese Überlegungen gelten sinngemäß auch für die vom Beklagten und seiner geschiedenen Ehefrau an die Großmutter erbrachten sonstigen Leistungen. Das OLG hat die langjährige Mitbenutzung des Hauses durch die Großmutter sowie etwaige von den Eheleuten an die Großmutter vertragsgemäß erbrachte Betreuungs- oder Pflegeleistungen bei der Bemessung des Ausgleichs nach Billigkeit unberücksichtigt gelassen. Das ist nicht richtig. Das der Großmutter in dem „Überlassungsvertrag“ eingeräumte Wohnrecht stellt sich ebenso wie die von den Eheleuten übernommene Betreuungs- und Pflegeverpflichtung als eine Gegenleistung für die Übereignung des Grundstücks dar, das dieser insoweit den Charakter einer unentgeltlichen Zuwendung nimmt und deshalb bei der Bemessung des gegen Rückgewähr des Grundstücks zu leistenden Ausgleichs nach Billigkeit einbezogen werden muss. Dabei ist der Wert von Wohnrecht und Pflegeverpflichtung unter Zugrundelegung der im Zeitpunkt des Überlassungsvertrags bestehenden Lebenserwartung zu kapitalisieren. Von dem so ermittelten Betrag ist der kapitalisierte Wert in Abzug zu bringen, der dem Wohnrecht und der Pflegeverpflichtung im Zeitpunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage – wiederum unter Zugrundelegung der Lebenserwartung – noch zukommt; denn insoweit hat der Beklagte mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage die ursprünglich geschuldeten Leistungen nicht mehr zu erbringen. Die sich aus den beiden Werten ergebende Differenz bildet den Wert der von den Eheleuten erbrachten Wohn- und Pflegeleistungen. Er ist mit dem Verhältniswert zu multiplizieren, der sich aus den Verkehrswerten des Grundstücks im Zeitpunkt des Überlassungsvertrags und im Zeitpunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ergibt. Das Produkt gebührt – als DM-Betrag, im Hinblick auf die von beiden Ehegatten gemeinsam erbrachten Leistungen jedoch nur hälftig – dem Beklagten.

c) Rechtlichen Bedenken begegnet schließlich die Auffassung des OLG, die von dem Beklagten und seiner Ehefrau getätigten Verwendungen seien bei der Ermittlung des Ausgleichs nur insoweit zu berücksichtigen, als die durch sie bewirkten Wertsteigerungen noch vorhanden seien. Wie der Senat bereits klargestellt hat, geht es bei der Bemessung des dem rückgewährpflichtigen Zuwendungsempfänger geschuldeten Ausgleichs in Fällen der vorliegenden Art nicht um eine Rückabwicklung nach Bereicherungsgrundsätzen; Maßstab sind vielmehr die Grundsätze der Billigkeit, die einen Aufwendungsersatz rechtfertigen (BGH, FamRZ 1999, 365). Daher sind auch solche Aufwendungen berücksichtigungsfähig, die im Vertrauen auf den Fortbestand der Eigentümerstellung zur Erhaltung oder Verschönerung gemacht worden sind, ohne dass sie sich in einem bleibenden Wertanstieg des Grundstücks niedergeschlagen haben. Freilich werden vom Zuwendungsempfänger getätigte Verwendungen nicht generell und mit dem jeweils für sie aufgewandten Geldbetrag in Ansatz gebracht werden können. Rückgewähr und Ausgleich sollen das Vertragsgefüge im Hinblick auf den Wegfall seiner Geschäftsgrundlage anpassen. Soweit die Eheleute und die Großmutter im selben Haus zusammengelebt haben, ist der Zweck der Zuwendung jedenfalls teilweise erreicht. Verwendungen, die der rückgewährpflichtige Ehegatte bis zur Scheidung getätigt hat, stellen sich aber grundsätzlich nur als ein Korrelat des mietfreien Wohnens dar; in diesem Umfang sind sie – nicht anders als der dem rückgewährpflichtigen Ehegatten entschädigungslos verbleibende Gebrauchsvorteil – als von der Geschäftsgrundlage gedeckt anzusehen und deshalb bei der Bemessung des Ausgleichs nach Billigkeit außer Betracht zu lassen.

4. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Der Senat vermag in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. Die Bestimmung des vom rückgewährpflichtigen Ehegatten zu beanspruchenden Ausgleichs nach Billigkeit unterliegt weitgehend tatrichterlicher Beurteilung, für die hier zudem notwendige Feststellungen – etwa über den Grundstückswert im Scheidungszeitpunkt, über Art und Umfang der vom Beklagten und seiner früheren Ehefrau bis zu Scheidung getätigten Verwendungen sowie ihrer sonstigen an die Großmutter vereinbarungsgemäß erbrachten Leistungen – fehlen. Die Sache war deshalb an das Berufungsgericht zurückzuver-

weisen, damit es die für einen umfassenden Ausgleich nach Billigkeit erforderlichen Feststellungen trifft und auf dieser Grundlage – gegebenenfalls unter Heranziehung des § 287 ZPO – den Ausgleichsbetrag bestimmt.

---

7. BGB § 426 Abs. 1; AO § 270 (*Aufteilung einer nach Trennung fälligen Steuerschuld*)

Die Aufteilung einer nach der Trennung fällig gewordenen Steuerschuld und der sich hieraus ergebenden Erstattungs- bzw. Nachzahlungsansprüche zusammen veranlagter Ehegatten hat im Innenverhältnis grundsätzlich unter entsprechender Heranziehung des § 270 AO auf der Grundlage fiktiver getrennter Veranlagung der Ehegatten zu erfolgen.

BGH, Urteil vom 31.5.2006, XII ZR 111/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Erstattung einer von ihm beglichenen Steuernachforderung in Anspruch.

Die 1992 geschlossene Ehe der Parteien, die im gesetzlichen Güterstand lebten und sich Ende November 1999 trennten, ist seit dem 14.5.2001 rechtskräftig geschieden. In den Jahren 1996 bis 1998 wurden die Eheleute gemeinsam steuerlich veranlagt, wobei der Kläger Verlustabzüge in Anspruch nahm. Aufgrund einer Betriebsprüfung in seinem Bauunternehmen wurde die Bewertung zweifelhafter Forderungen und Forderungsabschreibungen für die Jahre 1996 bis 1998 zu Lasten des Klägers korrigiert, wodurch sich die in die gemeinsame Veranlagung eingebrachten Verluste reduzierten. Mit geänderten Steuerbescheiden vom 11.4.2001 wurden für die Jahre 1996 bis 1998 Steuernachforderungen festgesetzt, die sich zuzüglich Säumniszuschlägen und Zinsen auf insgesamt 108.306,60 DM beliefen. Dabei ging das Finanzamt für 1996 von Einkünften des Klägers von 82.012 DM und solchen der Beklagten von 226.192 DM aus, woraus sich eine Steuernachforderung von 841,95 DM ergab. Für das Jahr 1997 wurden nur für die Beklagte positive Einkünfte von 324.342 DM berücksichtigt, während für den Kläger Verluste in Höhe von 101.123 DM verblieben. Insoweit errechnete sich eine Nachforderung von 943,77 DM. Für das Jahr 1998 wurden der Besteuerung Gesamteinkünfte der Parteien vom 391.700 DM zugrunde gelegt; davon entfielen 375.497 DM auf die Beklagte und 16.203 DM auf den Kläger.

Mit der vorliegenden Klage begehrt er im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs von der Beklagten Zahlung in Höhe der von ihm beglichenen Gesamtforderung von 108.306,60 DM zuzüglich Zinsen. Er hat die Auffassung vertreten, im Innenverhältnis habe allein die Beklagte für die Schuld aufzukommen. (…)

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht. (…)

2. a) Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die nach § 26 b EStG zusammen veranlagten Ehegatten gemäß § 44 Abs. 1 AO als Gesamtschuldner für die festgesetzten Steuern aufzukommen haben. Durch die vom Kläger geleistete Zahlung sind beide Ehegatten von ihrer Steuerschuld befreit worden, da nach § 44 Abs. 2 AO die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner wirkt.

b) Wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend angenommen hat, wird der Gesamtschuldnerausgleich nicht durch die Vorschriften über den Zugewinnausgleich verdrängt. Beide Ausgleichsformen bestehen vielmehr nebeneinander. Eine richtige Berechnung der beiderseitigen Endvermögen und damit des Zugewinnausgleichs ist erst möglich, wenn hinsichtlich der jeweiligen Verbindlichkeiten die Beteiligungsquote der Ehegatten im Innenverhältnis feststeht. In den Zugewinnausgleich fließen mithin als Rechnungsposten die Ergebnisse des Gesamtschuldnerausgleichs ein, so wie sie sich zum Stichtag darstellen. Sind die Ausgleichsansprüche am Stichtag bereits entstanden, sind sie beim Gläubiger zu den Aktiva und beim Schuldner zu den Passiva zu rechnen. Sollte die Gesamtschuld noch nicht getilgt sein, kann jeder Ehegatte im Endvermögen die Quote ansetzen, die im Innenverhältnis auf ihn entfällt (BGH, FamRZ 1987, 1239, 1240; vgl. auch *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 4. Aufl., Rdnr. 345 f.; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 6 Rdnr. 62 ff.). Insoweit sind auch bereits entstandene Steuerschulden zu berücksichtigen, selbst wenn sie noch nicht fällig sind (BGH, FamRZ 1991, 43, 48 f. = NJW 1991, 1547; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 4. Aufl., § 1375 Rdnr. 14).

c) Im Innenverhältnis besteht zwischen Gesamtschuldnern eine Ausgleichspflicht nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach haften sie im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Eine solche abweichende Bestimmung kann sich aus dem Gesetz, einer Vereinbarung, dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder der Natur der Sache, mithin aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens ergeben (BGHZ 87, 265, 268; 77, 55, 58; BGH, FamRZ 1995, 216, 217 = DNotZ 1995, 676; FamRZ 1993, 676, 677 f.; FamRZ 2002, 739, 740 = DNotI-Report 2002, 70).

Vorrangig ist allerdings, was die Gesamtschuldner ausdrücklich oder konkludent vereinbart haben. Aber auch wenn die Ehegatten keine solche Vereinbarung hinsichtlich der internen Haftung für die Einkommensteuer getroffen haben, kommt ein Rückgriff auf die in § 426 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB enthaltene Regelung nicht ohne weiteres in Betracht, da sich aus der Natur der Sache oder aus dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses eine anderweitige Bestimmung im Sinne des Halbsatz 2 ergeben kann, die einem (hälftigen) Ausgleich entgegensteht (BGH, FamRZ 2002, 739, 740 = DNotI-Report 2002, 70).

d) Die Notwendigkeit, die Aufteilung abweichend von der Grundregel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB vorzunehmen, kann sich dabei auch aus den güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten ergeben. Diese sind sowohl im Güterstand der Gütertrennung als auch im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft (vgl. § 1363 Abs. 2 Satz 1 BGB) hinsichtlich ihres Vermögens und ihrer Schulden selbständig. Deshalb hat im Verhältnis der Ehegatten zueinander grundsätzlich jeder von ihnen für die Steuer, die auf seine Einkünfte entfällt, selbst aufzukommen. Begleicht ein Ehegatte die Einkommensteuer (und damit eine Verbindlichkeit) des anderen, so ergibt sich im Hinblick auf die rechtliche Selbständigkeit der beiderseitigen Vermögen, dass er gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen hat. Dies führt im Falle der Zusammenveranlagung dazu, dass bei der Aufteilung der Steuerschuld die Höhe der beiderseitigen Einkünfte zu berücksichtigen ist, die der Steuerschuld zugrunde liegen (BGHZ 73, 29, 38 = DNotZ 1979, 550; BGH, FamRZ 1990, 375, 376; FamRZ 2002, 739, 740 = DNotI-Report 2002, 70).

e) Allerdings kann auch dieser Maßstab von einer anderweitigen Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 Hs. 2 BGB überlagert werden, wenn die Ehegatten nach ihrer bisherigen Handhabung konkludent eine solche anderweitige Bestimmung getroffen haben. Das kann etwa der Fall sein, wenn es

ständiger Übung der Ehegatten entsprach, dass die Steuerschulden von einem von ihnen beglichen wurden (vgl. BGH, FamRZ 2002, 739, 740 = DNotI-Report 2002, 70).

3. a) Eine der Grundregel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgehende ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung der Parteien hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, ohne dass die Revision hiergegen etwas erinnert. Soweit es erwogen hat, eine anderweitige Bestimmung in der Übung zu sehen, dass die Beklagte die zu leistenden Steuervorauszahlungen von ihrem Konto beglichen hat, kommt diesem Gesichtspunkt für die Zeit nach dem Scheitern der Ehe jedenfalls keine Bedeutung mehr zu. Nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft besteht für einen Ehegatten im Zweifel kein Anlass mehr, an der früheren Übung festzuhalten. Mit dem Scheitern der Ehe ist von einer grundlegenden Veränderung des Gesamtschuldverhältnisses auszugehen (vgl. BGH, FamRZ 1995, 216, 217 = DNotZ 1995, 676; FamRZ 2002, 739, 740 = DNotI-Report 2002, 70).

b) Eine Abweichung von der Regel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB kann sich, wie bereits ausgeführt, aber auch aus den güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten ergeben. Da im Verhältnis zueinander jeder Ehegatte für die auf seine Einkünfte entfallende Steuer selbst aufzukommen hat, steht ihm ein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu, wenn er die Steuerschuld des anderen begleicht. Bei der Aufteilung der Steuerschuld zusammen veranlagter Ehegatten ist deshalb die Höhe der beiderseitigen, der Schuld zugrundeliegenden Einkünfte zu berücksichtigen.

4. Die Frage, auf welche Weise dies zu geschehen hat, ist in der Rechtsprechung des BGH bisher nicht beantwortet worden. In der Entscheidung vom 6.12.1978 (BGHZ 73, 29, 38 = DNotZ 1979, 550) ist (für den Fall einer Steuererstfestsetzung) offen geblieben, ob die Ausgleichung streng nach dem Verhältnis der Einkünfte vorzunehmen ist oder ob sie nach dem Verhältnis der Steuerbeträge im Falle (fiktiver) getrennter Veranlagung zu erfolgen hat. Auch für den Fall einer Steuererstattung hat der Senat diese Frage offen gelassen (BGH, FamRZ 2005, 104, 105).

a) Als weitere Möglichkeit wird – jedenfalls soweit es um Steuererstattungen geht – eine Aufteilung entsprechend § 37 Abs. 2 AO nach dem Verhältnis der Steuerbeträge befürwortet, die von den Ehegatten im Veranlagungszeitraum tatsächlich auf die gemeinsame Steuerschuld erbracht worden sind (so etwa OLG Düsseldorf, FamRZ 1993, 70, 71; OLG Hamm, FamRZ 2001, 98; LG Stuttgart, FamRZ 1998, 241).

Eine solche Aufteilung berücksichtigt zwar die Höhe der von den Ehegatten als Vorauszahlung oder im Abzugsverfahren geleisteten Steuerbeträge. Gleichwohl bewirkt eine Aufteilung nach diesem Maßstab nur einen groben Ausgleich der Rechtsbeziehungen, die zwischen den Ehegatten hinsichtlich ihres Steuerschuldverhältnisses zum Finanzamt bestehen. Das zeigt schon die Tatsache, dass etwa die Lohnsteueranteile, die beiden Ehegatten einbehalten werden, nicht nur von der Höhe ihrer Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit, sondern auch von der Wahl der Steuerklassen abhängig sind. Andere Besteuerungsmerkmale, die in der Person eines Ehegatten gegeben sind, bleiben dagegen ebenso wie der nur bei einem Ehegatten zuzurechnende Verlustabzug außer Betracht. Den Finanzbehörden soll nicht zugemutet werden, im Einzelfall die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten und die auf jeden von ihnen entfallenden Besteuerungsmerkmale daraufhin zu überprüfen, wer von ihnen – im Innenverhältnis – auf die zu erstattenden Beträge materiell-rechtlich einen Anspruch hat. Sind die zusammen veranlagten Ehegatten mit der Aufteilung des Erstattungsbetrages nach der Regelung des § 37 Abs. 2 AO nicht einverstanden, so müssen sie sich darüber – ebenso wie über die Zahlung einer gemeinsamen Steuerschuld – untereinander im Innenverhältnis auseinandersetzen (BFH, NJW 1991, 2103, 2104). Daraus wird deutlich, dass dieser Maßstab im Innenverhältnis grundsätzlich als zu ungenau und deshalb wenig sachgerecht anzusehen ist. Die Frage, ob eine entsprechende Anwendung des § 37 Abs. 2 AO auch für die Aufteilung von Steuerschulden in Betracht kommt, kann deshalb dahinstehen.

b) Die Möglichkeit, die Aufteilung der Steuererstattung oder -nachzahlung nach dem Verhältnis zu bestimmen, in dem beide Ehegatten in dem betreffenden Veranlagungszeitraum Einkommen erzielt haben, erweist sich als nicht einkommensteuerkonform, weil sie – worauf der IV. Zivilsenat in der Entscheidung vom 6.12.1978 (BGHZ 73, 29, 38 = DNotZ 1979, 550) bereits hingewiesen hat – die Progression des Einkommensteuertarifs nicht immer hinreichend berücksichtigt und außerdem die abzugsfähigen Beträge und Tarifermäßigungen außer Betracht lässt (vgl. *Dostmann*, FamRZ 1991, 760, 762; *Liebelt,* FamRZ 1993, 626, 633; *Gernhuber*, JZ 1996, 765; *Sonnenschein*, NJW 1980, 257, 261). Eine dementsprechende Aufteilung wird deshalb in der Regel die Frage, welche Anteile einer Steuererstattung oder -nachforderung auf die Ehegatten entfallen, nicht ausreichend zuverlässig beantworten.

c) Ganz überwiegend wird deshalb in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, die Steuerschuld und die sich hieraus ergebenden Erstattungs- bzw. Nachzahlungsansprüche seien unter entsprechender Heranziehung des § 270 AO auf der Grundlage fiktiver getrennter Veranlagungen der Ehegatten zu ermitteln. Diese – aufwendigere – Vorgehensweise kann für sich beanspruchen, zu einem einkommensteuerkonformen Ergebnis zu führen, weil sie die konkrete steuerrechtliche Situation der Ehegatten berücksichtigt (so *Dostmann*, FamRZ 1991, 760, 762; *Liebelt*, FamRZ 1991, 626, 633; *ders*., NJW 1993, 1741, 1742; *Sonnenschein*, NJW 1980, 257, 262; *Gernhuber*, JZ 1996, 765, 766; *Genthe*, FuR 1999, 153, 156, 158; *Bosch*, FamRZ 2002, 366, 368; *Kotzur*, NJW 1989, 817, 818; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, § 1375 BGB Rdnr. 12; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, Kap. 6 Rdnr. 288; *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., Kap. IV Rdnr. 827; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 426 Rdnr. 9 c; *Staudinger/Noack*, BGB [1999], § 426 Rdnr. 209; *Engels* in Schröder/Bergschneider, Familienvermögensrecht, Rdnr. 9.63 f.; OLG Düsseldorf, FamRZ 2001, 96; FamRZ 1991, 1315, 1316 f.; OLG Hamm, FamRZ 1998, 1166, 1167).

d) Dieser Auffassung folgt auch der Senat, weil grundsätzlich nur mit einer einkommensteuerkonformen Aufteilung erreicht werden kann, dass im Verhältnis der Ehegatten zueinander jeder von ihnen für die Steuer aufzukommen hat, die auf seine Einkünfte entfällt. Dies gilt gleichermaßen für Steuererstattungen wie für Steuernachforderungen, und zwar unabhängig davon, ob letztere erstmals oder nachträglich festgesetzt worden sind. Denn in allen Fällen geht es um die Steuerschuld, die die Ehegatten jeweils zu tragen haben.

e) Soweit das Berufungsgericht mit Rücksicht darauf, dass es sich um eine Steuernachforderung handelt, die Vorschrift des § 273 AO herangezogen und demgemäß für die Aufteilung auf das Verhältnis der Mehrbeträge abgestellt hat, die sich bei einem Vergleich der berichtigten getrennten Veranlagungen mit den früheren getrennten Veranlagungen ergeben, kann dem jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht gefolgt werden. Die Anwendung dieser Sonderregelung setzt voraus, dass sich bei einer solchen Vergleichsberechnung wenigstens

für einen der beiden Ehepartner ein fiktiver Steuermehrbetrag durch ein bei getrennter Änderungsveranlagung von ihm erstmals oder höher zu versteuerndes Einkommen ergibt (Hess. FG, EFG 2005, 329 f., nicht rechtskräftig). Das ist hier aber unstreitig nicht der Fall: Das Einkommen der Ehefrau ist unverändert geblieben; der Ehemann hätte wegen der Möglichkeit des Verlustvor- bzw. -rücktrags jedenfalls keine höheren Steuern zu zahlen. Liegen die Voraussetzungen der Vorschrift – wie hier – nicht vor, bleibt es deshalb bei dem allgemeinen Aufteilungsmaßstab des § 270 Satz 1 AO (Hess. FG, EFG 2005, 329 f.). Im Rahmen der durch § 270 Satz 2 AO eingeschränkten Prüfungsmöglichkeiten ist auch eine Berücksichtigung von Verlustabzügen möglich (vgl. § 62 d EStDV).

5. Danach ist das OLG zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger die Steuernachforderung im Innenverhältnis allein zu tragen hat. Dem Umstand, dass das zunächst vorliegende höhere Einkommen der Beklagten möglicherweise zum Teil für den Lebensunterhalt der Familie eingesetzt worden ist, kommt insofern keine Bedeutung zu. Er betrifft allein die Frage, ob der Ausgleich – wie vom Kläger verlangt – beschränkt auf den Betrag der Nachforderung begehrt werden kann oder ob er unter Einbeziehung bereits während des Zusammenlebens geleisteter Steuerzahlungen zu erfolgen hat. Denn nur wegen letzterer soll eine nachträgliche Korrektur mit Rücksicht auf die familienrechtliche Überlagerung nicht stattfinden (vgl. *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdnr. 773, 775).

Soweit die Beklagte geltend macht, der Kläger habe im Verlauf des Jahres 2001 bis dahin als uneinbringlich ausgebuchte Forderungen realisiert, wenn er steuerliche Nachteile infolge der Erhöhung des Forderungsbestandes in der Bilanz aufgrund einer Betriebsprüfung geltend mache und der Beklagten entgegenhalte, so dass jedenfalls auch der in der Realisierung der tatsächlich werthaltigen Forderungen liegende Vorteilsausgleich zu berücksichtigen sei, kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Der Vermögensausgleich zwischen den Ehegatten hat im Wege des Zugewinnausgleichs zu geschehen. Wenn dieser – aus der Sicht der Beklagten – nicht zu einem angemessenen Ergebnis führt, so kann dies im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits nicht korrigiert werden.

6. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, weil die erstmalige Ermittlung der jeweiligen Anteile, zu denen die Parteien im Innenverhältnis die Steuernachforderung zu tragen haben, Aufgabe des Tatrichters ist, zumal die Beklagte in Abrede gestellt hat, dass der Kläger im Falle einer fiktiven getrennten Veranlagung keine Steuern zu entrichten habe. Die Sache ist deshalb an das OLG zurückzuverweisen.

---

8. BGB §§ 138, 242, 1365, 1408 Abs. 1 (*Wirksamkeit eines Ehevertrags mit Gütertrennung*)

1. **Zur Wirksamkeit eines während der Ehe geschlossenen Ehevertrages, mit dem Gütertrennung und für die Vergangenheit Ausschluss etwaiger Ansprüche auf Zugewinn vereinbart werden.**
2. **Zur Zulässigkeit eines Teilurteils im Scheidungsverbundverfahren.**

OLG Hamm, Urteil vom 8.6.2005, 11 UF 6/05

Die Parteien sind seit Juli 2002 getrennt lebende Eheleute. Aus ihrer am 28.12.1963 geschlossenen Ehe sind zwei inzwischen wirtschaftlich selbständige Kinder hervorgegangen. Der am 22.1.1935 geborene Antragsteller ist gelernter Maurermeister und hat sich bis Ende 1994 als selbständiger Bauunternehmer betätigt, die am 14.6.1940 geborene Antragsgegnerin war während der Ehe zeitweilig im Betrieb des Antragstellers beschäftigt, daneben aber im Wesentlichen mit der Führung des ehelichen Haushalts und der Versorgung der Kinder befasst.

Nachdem die Parteien bis dahin im gesetzlichen Güterstand gelebt hatten, vereinbarten sie durch notariellen Vertrag vom 20.9.1985 mit sofortiger Wirkung Gütertrennung und für die Vergangenheit den Ausschluss etwaiger Ansprüche auf Zugewinnausgleich. Zugleich setzten sich die Parteien wechselseitig zum Alleinerben des jeweils anderen ein und bestimmten die gemeinsamen Kinder zu ihren Schlusserben. Durch weiteren notariellen Vertrag vom selben Tag übertrug der Antragsteller der Antragsgegnerin parallel dazu schenkungsweise das Alleineigentum an dem zuvor in seinem Alleineigentum stehenden, schon vor der Ehe erworbenen und seinerzeit von den Parteien gemeinsam bewohnten Hausgrundstück, behielt sich dabei allerdings ein lebenslanges hälftiges Nießbrauchsrecht zu 1/2-Anteil an dem Grundstück vor. Mit notariellem Vertrag vom 20.6.1986 hoben die Parteien die genannte Nießbrauchsbestellung später wieder auf und vereinbarten statt dessen, dass der Antragsteller für den Fall der Trennung oder Scheidung berechtigt sein sollte, von der Antragsgegnerin – entschädigungslos – das Eigentum an dem ihr geschenkten Hausobjekt zurückzuverlangen.

Nachdem der Antragsteller mit am 24.11.2003 zugestelltem Antrag die Scheidung der Ehe beantragt hat, nimmt die Antragsgegnerin ihn im Rahmen des Scheidungsverbundverfahrens im Wege der Stufenklage auf Auskunft über den Wert seines Endvermögens per 24.11.2003, eidesstattliche Versicherung gemachter Angaben sowie Zahlung eines sich nach erteilter Auskunft ergebenden Zugewinnausgleichs in Anspruch.

Die Antragsgegnerin hat zur Begründung vorgetragen, der in dem notariellen Ehe- und Erbvertrages vom 20.9.1985 vereinbarte Ausschluss des Zugewinnausgleichs sei sittenwidrig und daher nichtig. Zum Abschluss des Vertrages sei es gekommen, weil sie – die Antragsgegnerin – nicht mehr bereit gewesen sei, den ständigen, zum Teil schwarz abgewickelten Immobiliengeschäften des Antragstellers ihre nach § 1365 BGB erforderliche Zustimmung zu erteilen. Dabei sei ihr allerdings nicht bewusst gewesen, dass sie hiermit auf die ihr aufgrund des erheblichen Bar- und Immobilienvermögens des Antragstellers zustehenden Zugewinnausgleichsansprüche verzichtete. Insbesondere sei anlässlich der Beurkundung auch keine dahingehende Belehrung durch den beurkundenden Notar erfolgt. Der Wert des ihr im Gegenzug schenkungsweise übertragenen Alleineigentums an dem Hausgrundstück habe dem Wert des ihr damals zumindest zustehenden Zugewinnausgleichsanspruchs entsprochen. Bei Abschluss des späteren notariellen Vertrages vom 20.6.1986 sei ihre Ehe zwar bereits zerrüttet gewesen, sie sei jedoch nicht bereit und imstande gewesen, sich dem despotischen Verhalten des Antragstellers zu widersetzen, da sie zu diesem Zeitpunkt depressiv und dem Antragsteller gegenüber willenlos gewesen sei. Dagegen sei es schon damals die Absicht des Antragstellers gewesen, sie im Falle der Trennung und Scheidung vermögenslos zu stellen. An sich habe im Anschluss an die Beurkundung des notariellen Vertrages vom 20.6.1986 zum Ausgleich der hiermit für sie verbundenen Nachteile noch eine Zusatzvereinbarung geschlossen werden sollen, zu der es dann aber nicht gekommen sei.

Der Antragsteller ist der (Zugewinnausgleichs-)Klage entgegen getreten und hat sich auf die Wirksamkeit der mit Vertrag vom 20.9.1985 vereinbarten Gütertrennung berufen. Er hat zudem unter Hinweis auf die seinerzeit schlechte wirtschaftliche Lage seiner Bauunternehmung und bestehende Verbindlichkeiten in Abrede gestellt, dass der Antragsgegnerin im Zeitpunkt der Vereinbarung der Gütertrennung für den Falle der Scheidung ein erheblicher Zugewinnausgleichsanspruch zugestanden hätte und behauptet, tatsächlich sei es die Antragsgegnerin gewesen, die auf Gütertrennung bestanden hätte.

Das AG hat den Auskunftsanspruch durch das angefochtene Teilurteil abgewiesen und zur Begründung unter näherer Darlegung ausgeführt, der vereinbarte Ausschluss des Zugewinnausgleichs sei wirksam, etwaige Unbilligkeiten, die sich hieraus für die Antragsgegnerin ergeben könnten, seien im Rahmen des von ihr parallel geltend gemachten Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt auszugleichen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Antragsgegnerin.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Antragsgegnerin ist zulässig und auch in der Sache begründet. Das angefochtene Teilurteil des Amtsgerichts gibt zwar inhaltlich keine Veranlassung zur Beanstandung, hätte bei der gegebenen Verfahrenslage aber gleichwohl nicht ergehen dürfen.

Indem das Amtsgericht die Antragsgegnerin nach – an sich zutreffender – Feststellung der Wirksamkeit des geschlossenen Ehevertrags der Parteien vom 20.9.1986 im Rahmen der in einem weiteren Schritt vorgenommenen Ausübungskontrolle nach § 242 BGB darauf verwiesen hat, dass sich etwaige Unbilligkeiten als Folge der Berufung des Antragstellers auf die vereinbarte Gütertrennung und den Ausschluss zuvor entstandener Zugewinnausgleichsansprüche der Antragsgegnerin im Rahmen bestehender – indes vom Amtsgericht nicht gleichzeitig beschiedener – Unterhaltsansprüche der Antragsgegnerin ausgleichen ließen, hat es eine Verknüpfung des entschiedenen mit einem noch erstinstanzlichen anhängigen Teil des Scheidungsverbundes geschaffen, die die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen schafft (vgl. hierzu allgemein nur *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 25. Aufl., § 302 Rdnr. 2 ff., 7 m. w. N.). Im Einzelnen:

1. Zu Recht und aus zutreffenden Erwägungen hat das Amtsgericht den genannten Ehevertrag der Parteien vom 20.9.1985 im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH (NJW 2004, 930 = MittBayNot 2004, 270) sowie die dem zugrundeliegende Rechtsprechung des BVerfG (Entscheidungen vom 6.2.2001 und 29.3.2001; FamRZ 2001, 343, 985 = MittBayNot 2001, 207, 485) als wirksam, insbesondere nicht etwa nach § 138 BGB sittenwidrig und die gegenteiligen Einwände der Antragsgegnerin folgerichtig als unbegründet erachtet.

a) Unter welchen Voraussetzungen eine Vereinbarung, durch welche Ehegatten ihre unterhaltsrechtlichen Verhältnisse oder ihre Vermögensangelegenheiten für den Scheidungsfall abweichend von den gesetzlichen Vorschriften regeln, unwirksam ist (§ 138 BGB) oder die Berufung auf alle oder einzelne vertragliche Regelungen unzulässig macht (§ 242 BGB), lässt sich nicht allgemein und für alle denkbaren Fälle abschließend beantworten. Erforderlich ist vielmehr eine Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens (BGH, NJW 2004, 930, 933 = MittBayNot 2004, 270).

aa) Dabei ist davon auszugehen, dass die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten unterliegen, ohne dass es einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten gibt. Hinsichtlich des hier streitbefangenen Zugewinnausgleichs ist weiterhin zu berücksichtigen, dass dieser weniger Ausfluss nachehelicher Solidarität als Ausdruck einer Teilhabegerechtigkeit ist, die zwar im Einzelfall ehebedingte Nachteile ausgleichen kann, in ihrer Typisierung aber weit über dieses Ziel hinausgreift und nicht zuletzt deshalb von § 1408 Abs. 1 BGB der Disposition der Ehegatten unterstellt ist (BGH, NJW 2004, 930, 933 = MittBayNot 2004, 270).

bb) Allerdings darf die grundsätzliche Abdingbarkeit der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, deren Hinnahme dem belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist. Die Belastungen des einen Ehegatten wiegen dabei umso schwerer und erfordern so eine umso genauere Prüfung der schutzwürdigen Belange des anderen Ehegatten, je unmittelbarer durch vertragliche Vereinbarung in den gesetzlich geregelten Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingegriffen wird (BGH, NJW 2004, 930, 934 = MittBayNot 2004, 270).

Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB), der schon im Hinblick auf seine Ausrichtung am Kindesinteresse nicht der freien Disposition der Ehegatten unterliegt. Im Übrigen kann hinsichtlich der Frage der Abdingbarkeit eine Rangabstufung vorgenommen werden, die sich in erster Linie danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben. So ist die Absicherung des laufenden Unterhaltsbedarfs für den Berechtigten in der Regel wichtiger als etwa der Zugewinn- oder der spätere Versorgungsausgleich. Insgesamt ist der Zugewinnausgleich ehevertraglicher Disposition der Ehegatten am weitesten zugänglich, da die eheliche Lebensgemeinschaft auch als gleichberechtigte Partnerschaft von Mann und Frau nicht notwendig auch eine Vermögensgemeinschaft ist (BGH, NJW 2004, 930, 934 = MittBayNot 2004, 270). Auch wenn der gesetzliche Güterstand eine gleiche Teilhabe der Ehegatten am gemeinsam erwirtschafteten Vermögen vorsieht, was auf der gesetzgeberischen Vorstellung beruht, dass die Ehegatten in ökonomisch gleichwertiger Weise zur Vermögensbildung beitragen, sind die Ehegatten nicht gehindert, durch Modifizierung oder Abwahl des Regelgüterstands ihre interne Vermögensordnung einvernehmlich an die individuellen Verhältnisse ihrer konkret beabsichtigten oder gelebten Eheform anzupassen und dabei auch eigene ökonomische Bewertungen an die Stelle der gesetzlichen Typisierung zu setzen, zumal auch das Gebot ehelicher Solidarität keine wechselseitige Vermögensbeteiligung der Ehegatten fordert. Grob unbillige Versorgungsdefizite, die sich aus den für den Scheidungsfall getroffenen Absprachen der Ehegatten ergeben, sind dagegen vorrangig im Unterhaltsrecht – weil bedarfsorientiert – und allenfalls hilfsweise durch Korrektur der von den Ehegatten gewählten Vermögensordnung zu kompensieren (BGH, NJW 2004, 930, 934 = MittBayNot 2004, 270).

b) Ob aufgrund einer vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht abweichenden Vereinbarung eine evident einseitige, für den belasteten Ehegatten unzumutbare Lastenverteilung entsteht, hat der Tatrichter zu prüfen. Dieser hat dabei zunächst im Rahmen einer sogenannten Wirksamkeitskontrolle zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt(e), dass sie – losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten als ganz oder teilweise unwirksam anzusehen ist mit der Folge, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen

haben, diesem Verlangen zu entsprechen. Sittenwidrigkeit der getroffenen Vereinbarung kann dabei regelmäßig nur dann angenommen werden, wenn hierdurch Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird.

aa) Mit Recht hat das AG insoweit darauf abgehoben, dass durch die in Rede stehende Vereinbarung der Parteien vom 20.9.1985 allein der gesetzliche Güterstand abbedungen und an seiner Statt Gütertrennung vereinbart wurde, der Vertrag sich mithin auf Regelungen in einem Bereich des Scheidungsfolgenrechts beschränkt, der ohnehin – s. o. – ehevertraglicher Disposition am weitesten zugänglich ist.

bb) Hinzu kommt, dass die Initiative zum Abschluss des Vertrages nicht etwa allein von dem Antragsteller ausging, sondern eine güterrechtliche Regelung seinerzeit auch von der Antragsgegnerin gewünscht wurde, die sich damit nach eigenen Angaben einer Mithaftung für vom Antragsteller eingegangene Geschäftsverbindlichkeiten entziehen wollte.

Indem der Antragsgegnerin durch gesonderten Vertrag vom 20.9.1985 gleichzeitig schenkungsweise das Alleineigentum an einer bis dahin im Alleineigentum des Antragstellers stehenden, vor der Ehe erworbenen und daher nicht dem Zugewinn unterfallenden Immobilie übertragen wurde, erhielt sie überdies im Zusammenhang mit der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes und dem damit verbundenen Verzicht auf etwaige bis dahin erworbene Ansprüche auf Zugewinnausgleich ein Äquivalent, das trotz des dem Antragsteller eingeräumten Nießbrauchsrechts einen zumindest teilweisen wertmäßigen Ausgleich für den erklärten Verzicht bot. Dass die Antragsgegnerin sich später im Rahmen des weiteren notariellen Vertrages vom 20.6.1986 verpflichtete, das ihr übertragene Eigentum an der Immobilie für den – inzwischen eingetretenen – Fall der Trennung und Scheidung entschädigungslos auf den Antragsteller zurück zu übertragen, berührt die Wirksamkeit des Ehevertrages nicht. Die gegenteilige Auffassung der Antragsgegnerin beruht insoweit auf einer unzulässigen Vermengung unterschiedlicher Verträge und ihnen (vermeintlich) zugrundeliegender Beweggründe auf Seiten der Parteien bzw. des Antragstellers.

cc) Nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme hatte das AG schließlich auch keine Veranlassung, wegen fehlender oder unzureichender Belehrung der Antragsgegnerin vor Vertragsabschluss oder eingeschränkter Geschäftsfähigkeit der Antragsgegnerin aufgrund psychischer Probleme Zweifel an der Wirksamkeit des notariellen Ehevertrages vom 20.9.1985 zu hegen. Im Ergebnis waren die Aussagen der hierzu vernommenen Zeugen unergiebig.

2. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH (NJW 2004, 930, 935 = MittBayNot 2004, 270) ist das AG nach erfolgter Feststellung der Wirksamkeit des Ehevertrages vom 20.9.1985 in einem zweiten Schritt im Rahmen einer sogenannten Ausübungskontrolle der Frage nachgegangen, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Berufung des Antragstellers auf die vereinbarte Gütertrennung sich im Streitfall als treuwidrig und rechtsmissbräuchlich darstellt (§ 242 BGB). Bei der insoweit gebotenen Prüfung ist nicht allein auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen, entscheidend ist vielmehr, ob sich jetzt – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, für den betroffenen Ehegatten unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Die vorzunehmende Abwägung hat sich dabei an der dargelegten Rangordnung der Scheidungsfolgen zu orientieren: Je höherrangig die vertraglich ausgeschlossene und nunmehr dennoch geltend gemachte Scheidungsfolge ist, umso schwerwiegender müssen die Gründe sein, die – unter Berücksichtigung des inzwischen einvernehmlich verwirklichten tatsächlichen Ehezuschnitts – für ihren Ausschluss sprechen. Erweist sich die Berufung eines Ehegatten auf den vertraglichen Ausschluss der Scheidungsfolge danach als nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich, so führt das allerdings noch nicht zur Unwirksamkeit des vertraglich vereinbarten Ausschlusses. Vielmehr hat das Gericht in diesem Fall diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt. Dabei wird es sich allerdings umso stärker an der vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolge zu orientieren haben, je zentraler diese Rechtsfolge im Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts angesiedelt ist (BGH, NJW 2004, 930, 934 = MittBayNot 2004, 270).

Auch diesem Aspekt hat das AG bei seiner angefochtenen Entscheidung an sich zutreffend Rechnung tragen wollen, bei seinem Verweis auf bestehende Unterhaltsansprüche der Antragsgegnerin als ausreichendes Instrument zur Ausgleichung eines die eigenen Einkünfte übersteigenden Bedarfs allerdings übersehen, dass diese Argumentation nur trägt, wenn tatsächlich Unterhaltsansprüche der Antragsgegnerin bestehen. Hierzu fehlt indes bislang jede rechtlich bindende Feststellung mit der Folge, dass zumindest theoretisch die Möglichkeit besteht, dass im weiteren Verfahrensverlauf auch die Unterhaltsklage der Antragsgegnerin abgewiesen wird und so eine etwaige Ausübungskontrolle im oben genannten Sinne letztlich ins Leere geht. Vor diesem Hintergrund begründet das ergangene Teilurteil die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen und erweist sich daher als unzulässig. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass damit die Zulässigkeit eines Teilurteils des vorliegenden Inhalts im Ergebnis von Zufälligkeiten abhänge, nämlich allein davon, ob im Rahmen des Scheidungsverbundes auch Unterhalt geltend gemacht wird oder nicht. Maßgeblich ist insoweit allein, dass vorliegend Unterhalt bereits als Folgesache anhängig gemacht worden und damit Gegenstand des noch ausstehenden Schlussurteils ist, mithin in einem einheitlichen Verfahren durch das ergangene Teilurteil die Gefahr widersprüchlicher gerichtlicher Entscheidungen tatsächlich begründet worden ist. (…)

---

9. BGB §§ 138, 242, 313, 1359 (*Treuwidrige Berufung auf Gütertrennung bei nachträglichem Wegfall der Geschäftsgrundlage*)

Auch bei einem wirksamen Vertrag ist im Wege der Ausübungskontrolle eine Anpassung des Vertrages nach § 242 BGB, § 313 BGB in Betracht zu ziehen. Eine Berufung auf die vereinbarte Gütertrennung ist treuwidrig, wenn die Ehegatten bei ihrer vertraglichen Abrede von beiderseitiger Berufstätigkeit ausgegangen sind, diese Planung sich aber später nicht verwirklichen lässt.

OLG Hamm, Beschluss vom 29.6.2005, 5 UF 731/04

Die Antragstellerin, geboren 1960, und der Antragsgegner, geboren 1959, haben als Studenten die Ehe geschlossen. Am 12.9.1980 haben sie einen notariellen Ehevertrag geschlossen, in dem Gütertrennung vereinbart und der Versorgungsausgleich ausgeschlossen wurde. Zu

diesem Zeitpunkt war die Antragstellerin im vierten Monat schwanger. Die Antragstellerin hat ihr Studium der Pädagogik und ihr Referendariat mit dem zweiten Staatsexamen 1986 abgeschlossen. Tatsächlich hat sie allerdings nie in ihrem erlernten Beruf als Lehrerin gearbeitet. Stattdessen kümmerte sie sich um die Kindererziehung der inzwischen sechs gemeinsamen Kinder sowie den Haushalt. Der Antragsgegner eröffnete 1989 seine Augenarztpraxis, in der die Klägerin bis Ende des Jahres 2000 für Aushilfsarbeiten angestellt war. Im März 2003 kam es zur endgültigen Trennung der Parteien.

Im Rahmen des Scheidungsverfahrens hat die Antragstellerin im Scheidungsverbund im Wege der Stufenklage Auskunft über das Endvermögen des Antragsgegners verlangt, da sie die Ansicht vertreten hat, dass der Antragsgegner sich nicht auf den vertraglichen Ausschluss des Zugewinns berufen könne. Hinsichtlich des Versorgungsausgleichs hat sich der Antragsgegner mit der Durchführung einverstanden erklärt.

Das Familiengericht hat mit dem angefochtenen Teilurteil der Klage in der Auskunftsstufe stattgegeben und den Beklagten verurteilt, der Klägerin Auskunft über sein gesamtes Endvermögen zu erteilen. Zur Begründung hat es angeführt, dass ein Auskunftsanspruch nur dann zu verneinen sei, wenn ein Anspruch auf Zugewinnausgleich in jedem Falle ausgeschlossen werden könne. Dies sei hier indes nicht der Fall. Vieles spreche bereits dafür, dass der Vertrag nach § 138 BGB sittenwidrig sei. Jedenfalls würde die Ausübungskontrolle voraussichtlich dazu führen, dass eine Berufung des Antragsgegners auf den vertraglichen Ausschluss des Zugewinns treuwidrig sei. Eine endgültige Beurteilung sei diesbezüglich im Übrigen erst dann möglich, wenn die Auskunft erteilt sei, da erst dann ersichtlich sei, wie groß der Nachteil tatsächlich für die Antragstellerin sei.

Hiergegen wendet sich die Berufung des Antragsgegners. Die Regelung über den Zugewinnausgleich berühre nicht den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts. Ursprünglich sei geplant gewesen, dass beide Parteien ihre Ausbildung beenden und im Beruf arbeiten und man sich die Kindererziehung teilt. Der Antragsgegner habe sich auch während des Studiums an Kindererziehung und Haushaltsführung beteiligt. Er habe die Antragstellerin auch immer wieder ermuntert, doch zu arbeiten. Auch im Nachhinein sei die Berufung auf den Ausschluss des Zugewinns insbesondere im Hinblick auf das, was die Antragstellerin während der Ehe an Einkommen und Vermögenswerten erhalten habe, nicht treuwidrig.

Die Antragsgegnerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie bestätigt den Vortrag zur ursprünglichen Lebensplanung der Parteien. Im Hinblick auf die Entfernung zur Arbeitsstelle, das jeweilige Alter der Kinder und die berufliche Einspannung des Antragsgegners sei es ihr jedoch nicht möglich gewesen, die angebotenen Stellen als Lehrerin anzutreten.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

Ein Auskunftsanspruch der Antragstellerin aus § 1359 BGB ist gegeben, da jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Berufung des Antragsgegners auf den ehevertraglichen Ausschluss des Zugewinns der Ausübungskontrolle nicht standhalten wird.

Zwar ist zutreffend, dass nach der Entscheidung des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen vom 11.2.2004 (FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270), der Zugewinnausgleich ehevertraglicher Disposition am weitesten zugänglich ist. Danach spricht viel dafür, dass der Vertrag der Wirksamkeitskontrolle standhalten wird, da es unstreitig ist, dass die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses davon ausgingen, dass beide in ihrem angestrebten Beruf arbeiten würden und man sich Kindererziehung und Haushaltsführung teilen würde. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass im Wege der Ausübungskontrolle eine Anpassung des Vertrages nach § 242 BGB, § 313 BGB in Betracht zu ziehen ist. Im Hinblick darauf, dass der Zugewinnausgleich nicht wie Unterhalt und Versorgungsausgleich vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts umfasst wird, ist zwar die Berufung auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung nur unter engsten Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Hierfür genügt es alleine noch nicht, dass sich die Ehefrau während der Ehe der Haushaltsführung und Kindererziehung gewidmet hat. Eine Berufung auf die vereinbarte Gütertrennung kann jedoch ausnahmsweise treuwidrig sein, wenn wie im vorliegenden Fall die Ehegatten bei ihrer vertraglichen Abrede von beiderseitiger Berufstätigkeit ausgegangen sind, diese Planung sich aber später nicht verwirklichen lässt (BGH, a. a. O.). Hier hat die Klägerin tatsächlich nie als Lehrerin gearbeitet und ihre Aushilfstätigkeit in der Praxis des Beklagten ist einer derartigen Tätigkeit nicht vergleichbar. Stattdessen hat sie die sechs gemeinsamen Kinder großgezogen bzw. zieht sie immer noch groß und so dem Beklagten den Weg in die Selbständigkeit trotz Großfamilie erst ermöglicht, d. h. die Parteien haben letztendlich die klassische Rollenverteilung in der Ehe verwirklicht, wie sie der Gesetzgeber bei der Schaffung des gesetzlichen Güterstandes vor Augen hatte. Ob und inwieweit sich hieraus tatsächlich die Notwendigkeit einer Anpassung der ehevertraglichen Regelung ergibt, kann abschließend erst beurteilt werden, wenn der Antragsgegner die Auskunft über sein Endvermögen erteilt hat, da erst dann festzustellen ist, ob der Nachteil, den die Antragstellerin dadurch erlitten hat, dass sie nicht durch eigene Erwerbstätigkeit ihr Vermögen entscheidend vermehren konnte, durch sonstige Einkünfte oder Vermögenswerte, die sie während der Ehe erworben hat, kompensiert wird.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Entscheidung des Senats nicht von den Grundsätzen der Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen abweicht.

---

10. BGB §§ 2303 Abs.1, 2333 Nr. 1 und Nr. 2, 2345 Abs. 2, 2339 Abs. 1 Nr. 1 *(Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts)*

1. Die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass wird durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet.

2. Die Normen über das Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers (§ 2303 Abs. 1 BGB), über die Pflichtteilsentziehungsgründe des § 2333 Nr. 1 und 2 BGB und über den Pflichtteilsunwürdigkeitsgrund des § 2345 Abs. 2, § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB sind mit dem Grundgesetz vereinbar.

3. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung des § 2333 Nr. 1 BGB.

BVerfG, Beschluss vom 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03

Im Verfahren 1 BvR 1644/00 hatte die Erblasserin ihrem psychisch kranken Sohn aufgrund einer von ihm gegenüber ihrer Person begangenen Körperverletzung den Pflichtteil entzogen. Später wurde die Erblasserin vom Sohn im Zustand der Schuldunfähigkeit erschlagen und zerstückelt. Mit der Verfassungsbeschwerde greift der Beschwerdeführer das Schlussurteil des LG und das Berufungsurteil des OLG sowie mittelbar die Normen der §§ 829, 2303, 2333 Nr. 1 und 2, §§ 2337, 2339 Abs. 1 Nr. 1, §§ 2343, 2345 Abs. 2 BGB an. Er macht im Wesentlichen eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG geltend. Im Verfahren 1BvR 188/03 hatte der Erblasser seinem Sohn den Pflichtteil deshalb entzogen, weil dieser trotz Kenntnis über eine Erkrankung des Erblassers, die Kontaktaufnahme zum Enkelkind verweigerte.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Urteile des Landgerichts und des Kammergerichts. Sie rügt eine Verletzung ihrer Verfassungsrechte aus Art. 14 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 1 GG.

Aus den Gründen:

C.

(…)

I. Die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass wird durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet. Die Normen über das Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers (§ 2303 Abs. 1 BGB), über die Pflichtteilsentziehungsgründe des § 2333 Nr. 1 und 2 BGB und über den Pflichtteilsunwürdigkeitsgrund des § 2345 Abs. 2, § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB sind mit dem Grundgesetz vereinbar.

1. a) Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG gewährleistet die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG das Erbrecht als Rechtsinstitut und als Individualrecht. Es hat die Funktion, das Privateigentum als Grundlage der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung mit dem Tode des Eigentümers nicht untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern. Die Erbrechtsgarantie ergänzt insoweit die Eigentumsgarantie und bildet zusammen mit dieser die Grundlage für die im Grundgesetz vorgegebene private Vermögensordnung (vgl. BVerfG, DNotZ 1995, 692). Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG überlässt es dem Gesetzgeber, Inhalt und Schranken des Erbrechts zu bestimmen. Der Gesetzgeber muss bei dessen näherer Ausgestaltung den grundlegenden Gehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG wahren, sich in Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten und insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Gleichheitsgebot beachten (vgl. BVerfGE 67, 329, 340; 105, 313, 355). Wenngleich die Gewährleistung von Eigentum und Erbrecht in einem Zusammenhang stehen, garantiert die Erbrechtsgarantie nicht das (unbedingte) Recht, den gegebenen Eigentumsbestand von Todes wegen ungemindert auf Dritte zu übertragen; die Möglichkeiten des Gesetzgebers zur Einschränkung des Erbrechts sind – weil sie an einen Vermögensübergang anknüpfen – weitergehend als die zur Einschränkung des Eigentums (vgl. BVerfG, DNotZ 1995, 758).

b) Ein bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie ist die Testierfreiheit. Sie dient ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben (vgl. BVerfG, DNotZ 1995, 692; DNotZ 1999, 409). Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfasst die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken (vgl. BVerfGE 58, 377, 398). Dem Erblasser ist hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln (vgl. BVerfGE 58, 377, 398; BVerfG, DNotZ 1999, 409). Insbesondere ist der Erblasser von Verfassungs wegen nicht zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge gezwungen (vgl. BVerfGE 67, 329, 345).

c) Dem Recht des Erblassers, zu vererben, das durch die Testierfreiheit geschützt ist, entspricht das Recht des Erben, kraft Erbfolge zu erwerben. Das Eigentumserwerbsrecht des Erben kraft gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge ist ebenfalls untrennbarer Bestandteil der Erbrechtsgarantie (vgl. BVerfG, DNotZ 1995, 692; DNotZ 1995, 758; DNotZ 1999, 409).

2. Auch die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass ist als tragendes Strukturprinzip des geltenden Pflichtteilsrechts durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt.

a) Ihre Merkmale sind als tradierte Kernelemente des deutschen Erbrechts neben der Testierfreiheit und dem Erwerbsrecht des Erben Bestandteil des institutionell verbürgten Gehalts der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Mit der gesonderten Erwähnung des Erbrechts neben dem Eigentumsschutz in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG bringt das Grundgesetz zum Ausdruck, dass die Erbrechtsgarantie eine eigenständige, über die Gewährleistung der Testierfreiheit des Erblassers hinausgehende Bedeutung hat. Denn die Freiheit des Erblassers, zu vererben, könnte schon als Ausfluss der Eigentumsfreiheit angesehen werden. Die erbrechtliche Institutsgarantie vermittelt weiter gehend inhaltliche Grundaussagen einer verfassungsrechtlich verbürgten Nachlassverteilung. Zu den von ihr erfassten traditionellen Kernelementen des deutschen Erbrechts gehört auch das Recht der Kinder des Erblassers auf eine dem Grundsatz nach unentziehbare und bedarfsunabhängige Teilhabe am Nachlass.

b) Diese Teilhabe der Kinder am Nachlass des Erblassers hat eine lange Tradition. Der Gedanke des Pflichtteilsrechts im Sinne einer Beschränkung des Erblasserwillens hat seinen Ursprung im römischen Recht. In den germanischen Rechten kannte man überwiegend keine Verfügungsfreiheit des Erblassers; der Nachlass wurde nur innerhalb der Familie vererbt. Erst durch die Rezeption des römischen Rechts gewannen die Testierfreiheit und damit auch der Grundsatz einer zumindest wertmäßigen Nachlassteilhabe der Kinder gegen den Willen des Erblassers an Bedeutung. Sämtliche der vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in Deutschland geltenden Partikularrechtsordnungen kannten – in der Ausgestaltung als materielles Noterbrecht oder als Zuerkennung eines Geldanspruchs – die zwingende Beteiligung der Kinder des Erblassers am Nachlass (vgl. Motive, Band V., Erbrecht, 2. Aufl., 1896, S. 382 f.; *Staudinger/Haas*, BGB, vor § 2303 Rdnr. 6–9; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 37 I 1).

Bereits die 1. Kommission zur Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich beschloss im Jahre 1875 einstimmig, grundsätzlich das Pflichtteilsrecht anzuerkennen und den Kindern des Erblassers ein Pflichtteilsrecht zu gewähren. Maßgebend für diese Entscheidung war vor allem, dass der Gedanke einer Beschränkung des Erblassers durch ein Pflichtteils- oder Noterbrecht fast zu allen Zeiten und bei allen Völkern vorhanden gewesen sei. Bei den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch ging man davon aus, dass eine Rechtspflicht des Erblassers bestehe, die ihm gewährte Testierfreiheit nicht zu missbrauchen. Die Pflichtteilsberechtigung der Kinder wurde als Kehrseite dieser Rechtspflicht angesehen (vgl. Motive, S. 384, 387). Gleichzeitig war auch die Möglichkeit der Entziehung einer Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers am Nachlass im Falle einer schweren Verfehlung gegenüber dem Erblasser in den meisten der im Deutschen Reich vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geltenden Rechtsordnungen anerkannt und wurde im Rahmen der Beratungen zur Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich aufgegriffen (vgl. Motive, S. 428–432).

In den Beratungen der 2. Kommission stand die grundsätzliche Frage einer Beibehaltung oder Beseitigung des Pflichtteilsrechts nicht mehr zur Debatte. Auch bei den Beratungen im Reichstag gab es nur vereinzelte Stimmen, die sich gegen ein Pflichtteilsrecht aussprachen (vgl. *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 81–89; *Mugdan*, Materialien, V. Band, Erbrecht, 1899, S. 903–905). An diese traditionelle Ausgestaltung des Erbrechts mit der grundsätzlichen Anerkennung eines Pflichtteilsrechts der Kinder hat der Grundgesetzgeber durch die Gewährleistung in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG angeknüpft.

c) Das in Deutschland geltende Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers entspricht im Grundsatz denjenigen Erbrechtsordnungen anderer europäischer Staaten, die ebenfalls vom römischen Recht beeinflusst sind. Auch diese sehen ein – im Einzelnen jeweils unterschiedlich ausgestaltetes – bedarfsunabhängiges Pflichtteils- oder Noterbrecht der Erblasserkinder vor. So haben beispielsweise in Österreich die Kinder – wie in Deutschland – einen schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils (vgl. §§ 762 ff. des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs). Einen gleichartigen Pflichtteilsanspruch sieht das polnische Erbrecht vor, wobei sich die Quote bei Minderjährigkeit des Kindes von der Hälfte des gesetzlichen Erbteils auf zwei Drittel erhöht (vgl. Art. 991 des Zivilgesetzbuchs). In Italien wird den Kindern als „Pflichterben" ein (im Wege der Herabsetzungsklage durchzusetzendes) Pflichtteilsrecht gewährt. Bei einem Kind kann der Erblasser über die Hälfte seines Vermögens frei verfügen, bei mehreren über ein Drittel (vgl. Art. 536 ff. des Codice Civile). Ähnliche Beschränkungen der Testierfreiheit bestehen in Frankreich, wo für die Kinder in Art. 913 ff. des Code Civil ein als materielles Vorbehaltserbrecht ausgestaltetes Noterbrecht normiert ist. Der davon nicht betroffene Teil des Erblasservermögens beläuft sich bei einem Kind auf die Hälfte, bei zwei Kindern auf ein Drittel und bei drei oder mehr Kindern auf ein Viertel (vgl. zum Ganzen *Martiny*, in Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten, 2002, A 76 f., A 81 ff. m. w. Beisp.).

3. Das Pflichtteilsrecht steht darüber hinaus in einem engen Sinnzusammenhang mit dem durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz des Verhältnisses zwischen dem Erblasser und seinen Kindern (vgl. BVerfGE 57, 170, 178).

a) Art. 6 Abs. 1 GG enthält eine wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte die Familie betreffende private Recht (vgl. BVerfGE 6, 55, 71 f.). Die Verfassung verpflichtet den Staat, die aus Eltern und Kindern bestehende Familiengemeinschaft sowohl im immateriell-persönlichen wie auch im materiell-wirtschaftlichen Bereich als eigenständig und selbstverantwortlich zu respektieren und zu fördern (vgl. BVerfGE 24, 119, 135; 33, 236, 238). Verfassungsrechtlichen Schutz genießt insofern die familiäre Verantwortlichkeit füreinander, die von der wechselseitigen Pflicht von Eltern wie Kindern zu Beistand und Rücksichtnahme geprägt ist, wie es auch der Gesetzgeber als Leitbild der Eltern-Kind-Beziehung in § 1618 a BGB statuiert hat (vgl. BVerfGE 57, 170, 178). Auch bei den Beratungen im Ausschuss für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates ging man bei der Frage, ob das Erbrecht in den Grundrechtskatalog aufgenommen werden soll, davon aus, dass das Erbrecht unter anderem der Erhaltung der Familie diene (vgl. Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Band 5/I, 1993, Ausschuss für Grundsatzfragen, bearbeitet von *Pikart/Werner*, S. 147 f.).

b) Die strukturprägenden Merkmale der Nachlassteilhabe von Kindern sind Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern besteht. Art. 6 Abs. 1 GG schützt dieses Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Kindern als lebenslange Gemeinschaft, innerhalb derer Eltern wie Kinder nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, füreinander sowohl materiell als auch persönlich Verantwortung zu übernehmen. Das Pflichtteilsrecht knüpft – wie das Unterhaltsrecht – an die familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und seinen Kindern an und überträgt diese regelmäßig durch Abstammung begründete und zumeist durch familiäres Zusammenleben untermauerte Solidarität zwischen den Generationen in den Bereich des Erbrechts. Die Testierfreiheit des Erblassers unterliegt damit von Verfassungs wegen grundsätzlich auch den durch die Abstammung begründeten familienrechtlichen Bindungen. Diese Verpflichtung zur gegenseitigen umfassenden Sorge rechtfertigt es, dem Kind mit dem Pflichtteilsrecht auch über den Tod des Erblassers hinaus eine ökonomische Basis aus dem Vermögen des verstorbenen Elternteils zu sichern. Der Erwerb und die Erhaltung von Vermögenswerten beruht in der Familiengemeinschaft typischerweise auf ideellen oder wirtschaftlichen Beiträgen sowohl des Erblassers als auch seiner Kinder (Erziehung, finanzielle Unterstützung, Mitarbeit, Konsumverhalten, Pflegeleistungen); auch die Nutzung des Familienvermögens geschieht weithin gemeinsam durch den Erblasser und seine Kinder. Hieran anknüpfend hat das Pflichtteilsrecht die Funktion, die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie – unabhängig von einem konkreten Bedarf des Kindes – über den Tod des Vermögensinhabers hinaus zu ermöglichen (vgl. *Staudinger/Otte*, Einl. zu §§ 1922 ff. BGB Rdnr. 51; *Boehmer*, Erbrecht, in Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band, 1954, S. 401, 414, 416).

c) Gerade in den Fällen einer Entfremdung zwischen dem Erblasser und seinen Kindern oder gar der Zerrüttung dieser Beziehung setzt das Pflichtteilsrecht der Testierfreiheit des Erblassers und der damit für ihn eröffneten Möglichkeit, ein Kind durch Enterbung zu „bestrafen", Grenzen. Es beschränkt die Entscheidungsfreiheit des Erblassers, in welchem Umfang und auf welche Art und Weise er seine Kinder an seinem Nachlass beteiligen will. Das Pflichtteilsrecht schließt auf diese Weise die Ungleichbehandlung von Kindern durch den Erblasser zwar nicht aus, aber es relativiert diese Möglichkeit. Zugleich wird eine unverhältnismäßige erbrechtliche Benachteiligung der Kinder durch die Einsetzung des Ehegatten oder einer familienfremden Person als Erben oder Vermächtnisnehmer vermieden. Das Pflichtteilsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ist damit grundsätzlich geeignet und erforderlich, die Kinder des Erblassers davor zu schützen, dass sich die Familienbeziehungen überhaupt nicht oder nur unzulänglich in der Verteilung des Nachlasses widerspiegeln (vgl. *Martiny*, A 70 f.).

d) Dieser einerseits freiheitsbegrenzenden und andererseits familienschützenden Funktion des Pflichtteilsrechts kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn Kinder des Erblassers aus einer früheren Ehe oder Beziehung vorhanden sind, die ohne ein Pflichtteilsrecht an dem Vermögen des Erblassers oftmals nicht teilhaben würden. Dies gilt im besonderen Maße für nichteheliche Kinder des Vaters. Das Pflichtteilsrecht ist für das nichteheliche Kind eine einfachrechtliche Ausprägung des durch Art. 6 Abs. 5 GG begründeten Schutzauftrages des Gesetzgebers im Bereich des Erbrechts. Diese Verfassungsnorm gebietet es, dem nichtehelichen Kind eine angemessene Beteiligung am väterlichen Nachlass in Form eines Erbrechts oder jedenfalls eines Geldanspruchs zuzuerkennen (vgl. BVerfGE 25, 167, 174; 44, 1, 17 f.).

4. Das Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers genügt auch in der konkreten Ausprägung, die es in § 2303 Abs. 1 BGB erfahren hat, den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die Regelung des § 2303 Abs. 1 BGB sichert einerseits den Kindern des Erblassers eine grundsätzlich unentziehbare und angemessene Nachlassteilhabe in Form eines gegen den Nachlass gerichteten Geldanspruchs. Der den Kindern gewährte Anteil am Nachlass lässt andererseits dem Erblasser einen hinreichend großen vermögensmäßigen Freiheitsraum, um seine Vorstellungen über die Verteilung seines Vermögens nach dem Tode umzusetzen. Damit hält sich diese Norm innerhalb des dem Gesetzgeber zustehenden Gestaltungsspielraums.

Aufgabe des bürgerlichen Rechts ist es in erster Linie, Interessenkonflikte zwischen rechtlich gleichgeordneten Rechtssubjekten sachgerecht zu lösen (vgl. BVerfGE 30, 173, 199; 52, 131, 153). Die Pflicht zur rechtlichen Ausgestaltung einer grundsätzlich zwingenden Nachlassteilhabe der Kinder des Erblassers steht in einem Spannungsverhältnis zur ebenfalls grundrechtlich geschützten Testierfreiheit des Erblassers. Die Lösung dieses Konfliktes ist Aufgabe des Gesetzgebers. Er muss den Gehalt der Struktur bildenden Merkmale sowohl der Testierfreiheit wie des Pflichtteilsrechts der Kinder differenzierend und konkretisierend in für die Beteiligten unmittelbar verbindliches Recht umsetzen. Dabei hat er die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu sehen und jeweils so zu begrenzen, dass sie sowohl für den Erblasser als auch für seine Kinder so weit wie möglich wirksam bleiben. Bei der konkreten einfachrechtlichen Ausgestaltung der Einzelheiten hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum (vgl. BVerfGE 67, 329, 340 f.). So dürfte er etwa statt eines Pflichtteilsrechts in der Ausgestaltung eines Geldanspruchs auch eine Beteiligung des enterbten Kindes an der Erbengemeinschaft einführen. Auch die Höhe des Pflichtteils ist nicht verfassungsrechtlich strikt vorgegeben; es muss lediglich eine unentziehbare angemessene Teilhabe der Kinder am Nachlass des Erblassers gewährleistet werden. Eine Verpflichtung des Gesetzgebers, über die derzeitigen Vorschriften hinaus den Kindern einen unentziehbaren Anteil am Nachlass zu sichern, besteht jedenfalls nicht (vgl. BVerfG, DNotZ 1995, 692).

5. Die in § 2333 Nr. 1 und 2 BGB und § 2345 Abs. 2, § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB enthaltenen Regelungen über Pflichtteilsentziehungs- und Pflichtteilsunwürdigkeitsgründe genügen ebenfalls den verfassungsrechtlichen Vorgaben.

a) Es gibt Fallkonstellationen, in denen es nicht möglich ist, sowohl das Prinzip der Testierfreiheit als auch den Grundsatz der unentziehbaren Nachlassteilhabe der Kinder gleichermaßen zur Geltung zu bringen. So kann es dem Erblasser bei einem besonders schwer wiegenden Fehlverhalten des Kindes ihm gegenüber schlechthin unzumutbar sein, eine Nachlassteilhabe dieses Kindes hinnehmen zu müssen. Ein derartiges Fehlverhalten des Kindes kann den unbeschränkten Vorrang der Testierfreiheit aber nur dann rechtfertigen, wenn es über die Störung des familiären Beziehungsverhältnisses deutlich hinausgeht, die üblicherweise vorliegt, wenn der Erblasser seine Kinder von der Erbfolge durch letztwillige Verfügung ausschließt. Nicht jedes Fehlverhalten des Kindes, das zu einer Entfremdung oder zu einem Zerwürfnis mit dem Erblasser führt, rechtfertigt den Vorrang der Testierfreiheit, da sonst das Pflichtteilsrecht der Kinder leer liefe und jede praktische Bedeutung verlöre.

b) Für solche Ausnahmefälle hat der Gesetzgeber von Verfassungs wegen Regelungen vorzusehen, die dem Erblasser eine Entziehung oder Beschränkung der Nachlassteilhabe des Kindes ermöglichen. Wegen der Vielgestaltigkeit und Unterschiedlichkeit möglicher familiärer Konfliktsituationen darf der Gesetzgeber dabei im Rahmen seines Gestaltungsspielraums generalisierende und typisierende Regelungen verwenden. Er darf daher auch die Pflichtteilsentziehung an Tatbestandsmerkmale knüpfen, deren Vorhandensein in einem späteren gerichtlichen Verfahren relativ leicht nachgewiesen werden kann. Ebenso liegt es im Rahmen der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers, von einem Erblasser bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung, die eine Pflichtteilsentziehung enthält, zu verlangen, den Grund der Entziehung mit hinreichender Deutlichkeit zu benennen.

c) Auch der Erbe kann sich, wie ausgeführt, vom Eintritt des Erbfalls an auf die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG berufen. Der Gesetzgeber ist deshalb gehalten, auch ihm die rechtliche Möglichkeit zu geben, den gegen ihn gerichteten Pflichtteilsanspruch eines Erblasserkindes mit der Begründung abzuwehren, gerade ein besonders schwer wiegendes Fehlverhalten des Kindes gegenüber dem Erblasser habe dazu geführt, dass dieser seinem Kind den Pflichtteil nicht mehr selbst habe entziehen können.

d) Der Gesetzgeber hat bei der Normierung der Tatbestände, die einen Entzug oder eine Beschränkung der Nachlassteilhabe der Kinder wegen groben Fehlverhaltens rechtfertigen, im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit insbesondere die Grundsätze der Normenklarheit, der Justiziabilität und der Rechtssicherheit zu beachten (vgl. BVerfGE 63, 312, 323 f.). Diese verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte sprechen gegen eine – in der rechtspolitischen Diskussion verschiedentlich vorgeschlagene (vgl. die Nachweise bei *S. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung – ein vernachlässigtes Institut, 2003, S. 387–395) – allgemeine Zerrüttungs- oder Entfremdungsklausel. Auch der verfassungsrechtliche Regelungsauftrag an den Gesetzgeber in Art. 6 Abs. 5 GG (vgl. BVerfGE 58, 377, 389 f.) kann der Schaffung einer solchen Klausel entgegenstehen. Durch sie würde sich das Risiko erhöhen, dass nichteheliche Kinder häufiger von einer Pflichtteilsentziehung betroffen werden als eheliche Kinder. Der Gesetzgeber ist ferner von Verfassungs wegen nicht gehalten, den Katalog der in § 2333 BGB aufgezählten Pflichtteilsentziehungsgründe um eine allgemein auf schwer wiegende Gründe verweisende Auffangklausel zu ergänzen, wie teilweise in der rechtspolitischen Diskussion in Erwägung gezogen wird (vgl. *Schlüter*, Die Änderung der Rolle des Pflichtteilsrechts im sozialen Kontext, in FS 50 Jahre BGH, 2000, 1047, 1071).

e) Die hier allein zu prüfenden Pflichtteilsentziehungsgründe des § 2333 Nr. 1 und 2 BGB entsprechen grundsätzlich den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Sie setzen Fehlverhaltensweisen des Pflichtteilsberechtigten voraus, die schwer wiegend genug sind, um von einer Unzumutbarkeit für den Erblasser ausgehen zu können, eine seinem Willen widersprechende Nachlassteilhabe des Kindes hinzunehmen. Diese gesetzlichen Regelungen umschreiben auch im Interesse der Normenklarheit und der Justiziabilität das Fehlverhalten des Kindes gegenüber dem Erblasser in hinreichend klarer Weise. Sie sehen zudem – jedenfalls in der Auslegung, die sie durch Rechtsprechung und Lehre gefunden haben – mit der Voraussetzung eines schuldhaften Verhaltens des Kindes ein Tatbestandsmerkmal vor, das für den Regelfall in geeigneter Weise sicherstellt, dass Fehlverhaltensweisen eines Kindes den Erblasser nur in extremen Ausnahmefällen zur Pflichtteilsentziehung berechtigen.

Das Erfordernis schuldhaften Verhaltens des Pflichtteilsberechtigten ist – neben anderen Gesichtspunkten – im Rahmen des komplexen Beziehungsgefüges zwischen dem Erblasser und seinen Kindern ein grundsätzlich aussagekräftiges und

geeignetes Abgrenzungskriterium für die Entscheidung, ob das verfassungsrechtlich geschützte Recht des Kindes auf unentziehbare Nachlassteilhabe wegen Unzumutbarkeit für den Erblasser hinter dessen Testierfreiheit zurücktreten muss.

f) Schließlich genügt auch der in den § 2345 Abs. 2, § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB normierte Pflichtteilsunwürdigkeitsgrund aus den gleichen Gründen den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Auch er knüpft die Versagung des Pflichtteilsanspruchs des Kindes an ein außergewöhnlich schwer wiegendes Fehlverhalten gegenüber dem Erblasser.

II.

1. Die mit der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1644/00 angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen beruhen allerdings auf einer Auslegung und Anwendung des § 2333 Nr. 1 BGB, die der Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der Testierfreiheit der Erblasserin aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht hinreichend Rechnung trägt. (…)

b) (…) Der Sachverhalt, den die Gerichte zu bewerten hatten, unterschied sich wesentlich von den Fallgestaltungen, die in der Regel einer Enterbung oder einer Pflichtteilsentziehung zu Grunde liegen. Die Gerichte haben die objektiven Voraussetzungen des Entziehungsgrundes des § 2333 Nr. 1 BGB festgestellt, aber nicht die besonderen Umstände in ihre Erwägungen einbezogen. Es ist Aufgabe der Gerichte, ein unverhältnismäßiges Zurücktreten des Grundrechts der Testierfreiheit hinter das Recht des Kindes auf hinreichende Nachlassteilhabe zu verhindern.

Die Erblasserin war vom Kläger schon mehrfach vor der Tötung in erheblicher Weise körperlich misshandelt und bedroht worden. Sie hatte insofern in der ständigen Angst vor weiteren Misshandlungen und der Tötung durch ihn gelebt. Diese durchaus konkrete Gefahr, die sich später durch Tötung der Erblasserin verwirklichte, war für sie der Grund gewesen, dem Kläger den Pflichtteil entziehen zu wollen. Nach dem im strafgerichtlichen Verfahren eingeholten Sachverständigengutachten war der Kläger bei der Tötung der Erblasserin zwar schuldunfähig im strafrechtlichen Sinne, aber immerhin in der Lage, das Unrecht seiner Tat einzusehen. Dies hätte die Zivilgerichte im Ausgangsverfahren zur Prüfung veranlassen müssen, ob der Kläger bei den vorangegangenen Misshandlungen jedenfalls in einem natürlichen Sinne vorsätzlich gehandelt und den Tatbestand des nach dem Leben Trachtens gemäß § 2333 Nr. 1 BGB erfüllt hatte. Die Gerichte haben diese besonderen Umstände nicht gewürdigt und sie nicht in die Abwägung der gegenüberstehenden Grundrechtspositionen zur Bestimmung der Zumutbarkeitsgrenze einbezogen, sondern lediglich darauf abgestellt, dass der Kläger bei den Angriffen auf die Erblasserin nicht schuldhaft gehandelt habe. Das wird der Problematik des Ausgangsfalls nicht gerecht und verfehlt die grundrechtliche Gewährleistung der Testierfreiheit.

c) Die Vorschrift des § 2333 Nr. 1 BGB konnte von den Gerichten in dem Sinne ausgelegt und angewendet werden, dass es auf ein Verschulden des Klägers im strafrechtlichen Sinne nicht ankommt.

aa) Der Wortlaut der Vorschrift steht einer solchen Auslegung nicht entgegen, da das Tatbestandsmerkmal eines schuldhaften Verhaltens des Pflichtteilsberechtigten vom Gesetzgeber in die Nr. 1 des § 2333 BGB nicht aufgenommen worden ist. Nach der Definition der Rechtsprechung trachtet nach dem Leben eines anderen, wer dessen Tod durch sein Tun „erstrebt“, wer sich den Tod des anderen als „Ziel“ seines Tuns gesetzt hat (vgl. RGZ 100, 114, 115 zu § 1566 BGB a. F.). Der Gesetzeswortlaut schließt es demnach nicht aus, dass auch ein mit „natürlichem“ Vorsatz handelnder psychisch Kranker eine solche zielgerichtete Handlung vornehmen kann. Auch systematische Gründe stehen einer entsprechenden Auslegung nicht im Wege. Ein Vergleich zwischen dem Pflichtteilsentziehungsgrund in § 2333 Nr. 1 BGB einerseits und den ein Verschulden voraussetzenden Gründen in § 2333 Nr. 2 und 3 BGB andererseits lässt den Schluss zu, dass die Lebensnachstellung als ein eigenständiges, schwer wiegendes Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten angesehen werden muss, weshalb es nicht in den Katalog der schweren Vergehen und Verbrechen aufgenommen, sondern ganz an den Anfang der Aufzählung der für beachtlich erklärten Gründe gestellt worden ist.

bb) Schließlich spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 2333 Nr. 1 BGB nicht gegen eine solche Auslegung. Aus den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich nicht eindeutig entnehmen, dass es der Wille des Gesetzgebers war, auch bei dem Pflichtteilsentziehungsgrund des § 2333 Nr. 1 BGB ein schuldhaftes Verhalten des Pflichtteilsberechtigten zu verlangen. So wurden zwar die einzelnen Pflichtteilsentziehungsgründe in den Beratungen zur Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches als eine „Art Strafe“ für den Pflichtteilsberechtigten bezeichnet, und der Teilentwurf Erbrecht des zuständigen Redaktors sah vor, dass der Pflichtteilsberechtigte die Lebensnachstellung „mittels strafrechtlich verfolgbarer Handlung“ begehen müsse. Im weiteren Verlauf der Beratungen wurde aber diese Formulierung weder von der 1. Kommission noch von der 2. Kommission aufgegriffen. Bereits der Entwurf der 1. Kommission sah die Lebensnachstellung als selbständigen Entziehungsgrund vor (vgl. *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erbrecht, 2. Teilband, 2002, S. 1999–2013). Die Materialien sprechen in diesem Zusammenhang nur von der „Urheberschaft der bezeichneten Handlung“ in der Person des Pflichtteilsberechtigten (vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 431). In der Denkschrift des Reichsjustizamtes zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurde als gemeinsamer Grundgedanke der Pflichtteilsentziehungsgründe der Gesichtspunkt genannt, dass die Entziehung nur stattfinden dürfe, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein Verhalten zur Last falle, das sich als eine grobe Verletzung des zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten bestehenden Bandes darstelle (vgl. *Mugdan*, S. 876). Angesichts dieser Quellenlage lässt sich nicht feststellen, dass § 2333 Nr. 1 BGB eine zivilrechtliche Strafsanktion zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten sein soll und dass in jedem Fall ein schuldhaftes Verhalten im Sinne des Strafrechts erforderlich ist. (…)

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Führ*, MittBayNot 2006, 461 (in diesem Heft).

---

11. BGB § 2287 (*Kein lebzeitiges Eigeninteresse bei Einräumung Nießbrauchsrecht*)

Die Einräumung eines lebenslangen Nießbrauchsrechts zugunsten der zweiten Ehefrau erfüllt auch dann die Voraussetzungen des § 2287 BGB, wenn die Absicht einer Beeinträchtigung der Vertragserben nicht das Hauptmotiv für die Schenkung darstellt. Das nachvollziehbare Interesse des Erblassers, die Beklagte als seine zweite Ehefrau im Alter und angesichts ihrer bescheidenen Erwerbsunfähigkeitsrente finanziell abzusichern, stellt kein lebzeitiges Eigeninteresse dar. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Celle, Beschluss vom 15.6.2006, 6 U 99/06

Aus den Gründen:

Die beabsichtigte Rechtsverfolgung bietet soweit die Beklagte ihre Verurteilung bekämpft, keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, im Übrigen vermag die Beklagte die Kosten der Prozessführung nach ihren wirtschaftlichen Verhältnissen selbst aufzubringen.

I.

Das LG hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte das ihr am 19.4.1989 von ihrem am 6.9.2002 verstorbenen Ehemann X. eingeräumte lebenslange Nießbrauchsrecht am Hausgrundstück in N unter dem Gesichtspunkt beeinträchtigender Schenkung herauszugeben und ebenfalls die seit dem 7.9.2003 gezogenen Nutzungen aus dem Nießbrauchsrecht zu erstatten hat. Das lebenslange Nießbrauchsrecht an dem Hausgrundstück wurde vom Erblasser zugunsten der Beklagten im Wege einer Schenkung in der Absicht bestellt, die aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 2.5.1969 bedachten Kläger zu beeinträchtigen.

Allgemein anerkannt ist dabei, dass eine solche von § 2287 BGB geforderte Beeinträchtigungsabsicht nicht das einzige oder zumindest das treibende Motiv für die Schenkung gewesen sein muss und dass die Absicht eines Erblassers, einen Beschenkten zu begünstigen, meist in untrennbarem Zusammenhang mit seinem Wissen darüber gesehen werden muss, dass die aus dem gemeinschaftlichen Testament bedachten Erben zwangsläufig benachteiligt werden (BGHZ 59, 343, 350). Vielmehr fordert die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung für die Anerkennung einer Schenkung ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers derart, dass die Schenkung gleichsam eine sittliche Verpflichtung seinerseits voraussetzt, die sich nur aus besonderen Leistungen, Opfern oder Versorgungszusagen ergibt, die der Beschenkte für den Erblasser erbracht hat (BGHZ 59, 343, 350; 82, 274, 282; 116, 167, 175 f.). Ein lebzeitiges Eigeninteresse ist insgesamt nur dann anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Verfügung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der testamentarischen Bindung als billigenswert und gerechtfertigt erscheint. Dabei kommt den Gründen, die den Erblasser zur Verfügung bestimmt haben, ausschlaggebende Bedeutung zu. Entscheidend ist, ob diese Gründe ihrer Art nach so sind, dass der durch gemeinschaftliches Testament bindend bedachte Erbe sie anerkennen und deswegen die aus der Schenkung sich ergebende Benachteiligung hinnehmen muss (OLG Celle, ZEV 2002, 22, 23; MünchKommBGB/*Musielak*, § 2287 Rdnr. 13). Für die Annahme eines solchen Eigeninteresses reicht es nicht aus, wenn der Erblasser durch seine Schenkung nur seiner Zuneigung zum Beschenkten Ausdruck verleihen möchte, zu dem er nach dem Tode des Ehegatten enge persönliche Bindungen entwickelt, selbst dann nicht, wenn es sich um seinen neuen Ehegatten handelt (*Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2287 Rdnr. 7).

Für den vorliegenden Rechtsstreit bedeutet dies, dass das nachvollziehbare Interesse des Erblassers, die Beklagte als seine zweite Ehefrau im Alter und angesichts ihrer bescheidenen Erwerbsunfähigkeitsrente finanziell abzusichern, kein lebzeitiges Eigeninteresse darstellt. Der Erblasser handelte vielmehr ausschließlich im Fremdinteresse der Beklagten, wobei unerheblich ist, dass dieses Interesse aus seiner Sicht plausibel und legitim sein konnte. Entscheidend ist, dass das Nießbrauchsrecht für die Zeit nach dem Tode des Erblassers nicht mit irgendwelchen Leistungen zu seinen Gunsten zu Lebzeiten verknüpft sein sollte und tatsächlich auch nicht verbunden gewesen ist. Vielmehr war die Entscheidung des Erblassers, wie die Beklagte selbst vorträgt, allein von der Sorge um ihr Wohl getragen.

Zutreffend hat das LG in seine Abwägung der möglichen Interessen des Erblassers im Zeitpunkt der notariellen Bestellung des Nießbrauchsrechts auch einbezogen, dass im damaligen Zeitpunkt nicht zu erwarten stand, dass der Erblasser zukünftig auf Pflegeleistungen oder sonstige Zuwendungen Dritter im Alter angewiesen sein werde und dass es die Beklagte sein sollte, die den nur 5 Jahre älteren Erblasser im Alter pflegen und betreuen sollte. Schließlich hat das LG auch berücksichtigt, dass das gemeinsame Vermögen der Eltern der Kläger nach dem Tode des jeweils überlebenden Ehegatten den gemeinsamen Kindern zustehen und nicht einem Dritten zugute kommen solle, der an der Erarbeitung dieses Vermögens keinen Anteil hatte und dessen Nießbrauchsrecht die vererbte Immobilie langfristig wirtschaftlich entwertete. Insoweit müssen berechtigte Interessen und nachvollziehbare Erwartungen von Ehegatten im Zeitpunkt der Abfassung eines gemeinschaftlichen Testaments zugunsten der jeweils bedachten Erben mit in die Abwägung einfließen. Derartige Interessen, die sich die Ehegatten zu Eigen machen und an die sie in der Folgezeit gebunden sind, verdrängen die Interessen Dritter, die weder an der Bildung des ererbten Vermögens teilhaben noch in sonstiger Weise Eigeninteressen des überlebenden Ehegatten begründen.

Insoweit steht die von der Beklagten zitierte Entscheidung des OLG Köln (NJW-RR 1996, 327) nicht entgegen, weil dort der Erblasser mittels einer Schenkung gerade seine erste und einzige Ehefrau gegenüber dem gemeinsamen durch die Schenkung beeinträchtigten Sohn absichern wollte.

———

12. BGB § 2325 Abs. 1, Abs. 3 Hs. 1 *(Pflichtteilsergänzung wegen Schenkung)*

Ein Herausschieben des Fristbeginns gemäß § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB aufgrund eines beschränkt dinglichen Wohnrechts ist nicht möglich, wenn die Erblasserin in ihren Nutzungsrechten erheblich eingeschränkt ist und sie somit durch die Schenkung einen spürbaren Vermögensverlust hingenommen hat.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 14.11.2005, 5 W 223/05

Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde ist gemäß § 127 Abs. 2 ZPO zulässig, in der Sache aber ohne Erfolg.

Das LG hat den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe mangels Erfolgsaussicht zu Recht abgewiesen. Der Antragstellerin steht kein Pflichtteilsergänzungsanspruch gemäß § 2325 BGB zu, da nach § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB eine Schenkung unberücksichtigt bleibt, wenn zur Zeit des Erbfalls seit der Schenkung zehn Jahre verstrichen sind. Zwar ist nach herrschender Meinung der Fristbeginn hinauszuschieben, wenn der Erblasser lediglich seine formale Rechtsstellung als Eigentümer aufgibt, sich aber vorbehält – sei es aufgrund dinglichen Rechts oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – den verschenkten Gegenstand im Wesentlichen weiterhin zu nutzen (BGH, MDR 1994, 1015; OLG Düsseldorf, NJW-FER 1999, 279; *Staudinger/Olshausen*, BGB, Bearb. 1998, § 2325 Rdnr. 58; *Cornelius*, Der Pflichtteilsergänzungsanspruch hinsichtlich der Übertragung von Grundstücken unter dem Vorbehalt von Rechten des Schenkers, 2004, 188 ff.). Dies soll auch gelten bei Einräu-

mung eines Wohnungsrechts, wenn es sich auf den Zuwendungsgegenstand insgesamt bezieht (vgl. *Damrau/Riedel/Lenz*, Erbrecht, § 2325 Rdnr. 77; *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, § 2325 Rdnr. 30; MünchKommBGB/*Lange*, 4. Aufl., § 2325 Rdnr. 38).

Im vorliegenden Fall stellt aber die Einräumung des Wohnungsrechts keinen Umstand dar, der ein Hinausschieben der 10-Jahres-Frist rechtfertigen könnte. Nach dem notariellen Vertrag vom 27.9.1990 hat der Beklagte der Erblasserin ein beschränkt dingliches Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB an der gesamten unteren Wohnung des zum übertragenen Grundeigentums gehörenden Wohnhauses eingeräumt. Die Überlassung des Wohnrechts an Dritte wurde ausgeschlossen. Damit stand der Erblasserin ein Nutzungsrecht an den übrigen Teilen des Grundstücks, insbesondere auch der anderen in dem Haus befindlichen Wohnung nicht mehr zu. Sie konnte auch den von ihr bewohnten Teil nicht vermieten und hieraus Einnahmen erzielen. Bei einer solchen Konstellation vermag der Senat nicht festzustellen, dass sich die Erblasserin die wesentliche Nutzung des Grundstücks vorbehalten hätte. Sie hat vielmehr mit der Eigentumsübertragung auf den Beklagten einen spürbaren Vermögensverlust erlitten, so dass von einem Vollzug der Schenkung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB mit der Eintragung des Beklagten am 22.11.1990 auszugehen ist (LG Münster, MittBayNot 1997, 113; OLG Celle, OLGR 2003, 370, 371; OLG Bremen, DNotI-Report 2005, 181; OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 1114; *Bamberger/Roth/Mayer,* BGB, § 2325 Rdnr. 31).

Soweit das OLG Düsseldorf (NJW-FER 1999, 279) auch bei teilweiser Einräumung eines Wohnrechts ein Hinausschieben der 10-Jahres-Frist angenommen hat, liegt der entscheidende Unterschied darin, dass sich die Erblasserin dort – anders als im vorliegenden Fall – einen Rücküberlassungsanspruch vorbehalten hatte.

---

13. BGB §§ 2069, 2352 (*Unwirksamer Erbvertrag bei Beeinträchtigung eines in einem früheren Erbvertrag Bedachten*)

1. **Eine spätere Verfügung von Todes wegen ist unwirksam, wenn sie das Recht eines in einem früheren Erbvertrag vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. (Leitsatz der Schriftleitung)**

2. **Fällt der in einem Ehegatten-Erbvertrag als Schlusserbe eingesetzte Abkömmling infolge Zuwendungsverzichts weg, so ist bei der Auslegung des Erbvertrags die Möglichkeit einer stillschweigenden Ersatzberufung der Abkömmlinge dieses Abkömmlings in Erwägung zu ziehen.**

OLG München, Beschluss vom 20.7.2005, 31 Wx 18/05

Der im Alter von 88 Jahren am 1.2.2004 verstorbene Erblasser war verwitwet; seine Ehefrau ist am 9.11.1990 vorverstorben. Aus der Ehe gingen vier Kinder hervor. Zwei Söhne J. S. und G. S., die beide kinderlos sind, sowie zwei Töchter, von denen eine als Baby vorverstorben ist, und die Tochter C. S., deren beide Kinder die Beteiligten zu 1 und 2 sind. Die Beteiligte zu 3 ist eine Bekannte des Erblassers, die ihn versorgt und gepflegt hat.

Der Erblasser schloss mit seiner Ehefrau einen ersten notariellen Erbvertrag am 29.12.1954, in dem sich die Eheleute einseitig unwiderruflich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben. Am 10.2.1988 schloss der Erblasser mit seiner Ehefrau einen zweiten Erbvertrag (im Folgenden: Erbvertrag 1988), in dem unter Ziffer I festgehalten wird, dass die in dem ersten Erbvertrag erfolgte gegenseitige Erbeinsetzung zu Alleinerben aufrechterhalten bleibt. Ferner wurde in Ziffer II dieses Erbvertrages die Tochter C. S. als befreite Vorerbin und deren Tochter S. S., die Beteiligte zu 2, als Nacherbin eingesetzt. Der Nacherbfall sollte mit dem Tod des Vorerben eintreten. Ferner wurde festgehalten, dass der gemeinsame Sohn G. S. bereits eine dem Wert seines Pflichtteils entsprechende Immobilie erhalten hat, und dass der Sohn J. S. auf seinen Pflichtteil verzichtet habe. Ihm wurde zusätzlich unter Angabe von Gründen der Pflichtteil entzogen. Ziffer V dieses Erbvertrages hat folgenden Wortlaut:

„Jeder von uns ist berechtigt, durch einseitige Verfügung von Todes wegen abweichend letztwillig zu verfügen, jedoch nur zugunsten unserer Abkömmlinge (Kinder und Enkel). Dritte dürfen nicht bedacht werden."

Am 29.8.2002 schloss der Erblasser mit der Tochter C. S. in einem zwischen ihnen über die Rückgabe eines vom Erblasser der Tochter überlassenen Grundstücks geführten Rechtsstreits einen gerichtlichen Vergleich, dem die Beteiligte zu 2 beitrat. In diesem Vergleich verzichteten die Tochter C. S. und die Beteiligte zu 2 unwiderruflich auf sämtliche ihnen zustehenden Rechte aus dem Erbvertrag vom 10.2.1988; ferner verpflichtete sich C. S., Zug um Zug gegen Zahlung von 60.000 €, das überlassene Grundstück an den Erblasser zurück zu übertragen.

Am 9.9.2002 schloss der Erblasser mit der Beteiligten zu 3 einen Erbvertrag (im Folgenden: Erbvertrag 2002), in dem er die Beteiligte zu 3 als Alleinerbin eingesetzt hat. Die Beteiligte zu 3 versprach als Gegenleistung Wart und Pflege des Erblassers.

Dem Sohn J. S. und der Tochter C. S. wurden in diesem Vertrag der Pflichtteil entzogen und darauf hingewiesen, dass der Sohn G. S. seinen Pflichtteil bereits erhalten habe.

Sowohl die Beteiligte zu 3 als auch die Beteiligte zu 1 haben Erbscheinsanträge gestellt: die Beteiligte zu 3 auf Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin, die Beteiligte zu 1 auf Erteilung eines Erbscheins, der sie und die Beteiligte zu 2 zu Miterben zu gleichen Teilen, hilfsweise: der sie als Alleinerbin ausweist. Die Beteiligten zu 1 und 2 berufen sich auf gesetzliche Erbfolge; sie halten die Erbeinsetzung im Erbvertrag 2002 wegen Verstoßes gegen Ziffer V des Erbvertrags 1988 für nichtig. Die Beteiligte zu 3 ist der Auffassung, dass die Bindungswirkung des Änderungsvorbehalts im Erbvertrag 1988 durch Zuwendungsverzicht entfallen sei und daher die Alleinerbeinsetzung im Erbvertrag 2002 die Rechte eines vertragsmäßig Bedachten nicht beeinträchtige.

Das AG – Nachlassgericht – hat mit Beschluss vom 8.12.2004 den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3 zurückgewiesen und festgestellt, dass der Erblasser von den Beteiligten zu 1 und 2 je zu 1/2 beerbt worden ist. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 3 gegen Ziffer V des Erbvertrages 1988 verstößt und daher unwirksam ist. Die Beteiligten zu 1 und 2 seien als einzige gesetzliche Erben zur Erbfolge berufen.

Die gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 3 hat das LG mit Beschluss vom 2.2.2005 zurückgewiesen. Am 11.3.2005 erteilte das AG – Nachlassgericht – einen Erbschein, in dem ausgewiesen wird, dass die Beteiligten zu 1 und 2 den Erblasser zu je 1/2 beerbt haben. Gegen den Beschluss des LG richtet sich die von der Beteiligten zu 3 eingelegte weitere Beschwerde, mit der sie ihren Antrag auf Erteilung eines Alleinerbscheins zu ihren Gunsten weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel ist zulässig. Da nach der Entscheidung des LG ein Erbschein zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 erteilt worden ist, ist der Antrag der Rechtsbeschwerdeführerin dahin auszulegen (§ 133 BGB), dass mit ihm nicht nur die Anweisung zur Erteilung eines Alleinerbscheins, sondern zunächst die Einziehung des bereits erteilten Erbscheins beantragt sein soll.

Das Rechtsmittel führt in der Sache zur Abänderung der vorinstanzlichen Entscheidungen, hat jedoch insoweit keinen Erfolg, als die Beschwerdeführerin einen Alleinerbschein zur ihren Gunsten begehrt. (…)

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Die vom LG angenommene gesetzliche Erbfolge ist nicht eingetreten. Maßgeblich für die Erbfolge ist der Erbvertrag 1988, der eine stillschweigende vertragsmäßige Ersatz-Schlusserbeinsetzung der Beteiligten zu 1 enthält.

a) Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass die vom Erblasser verfügte Alleinerbeinsetzung der Beteiligten zu 3 im Erbvertrag 2002 unwirksam ist, soweit sie das Recht eines im Erbvertrag 1988 vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB). Es hat daher im Ansatz zutreffend geprüft, welche vertragsmäßigen Zuwendungen der Erbvertrag 1988 enthält. Für den hier zu beurteilenden zweiten Todesfall ist das zunächst unzweifelhaft die ausdrückliche Einsetzung der Tochter C. S. als Schluss-Vorerbin und der Beteiligten zu 2 als Schluss-Nacherbin in Ziff. II des Erbvertrags. Diese Erbeinsetzungen sind jedoch, wie das LG richtig gesehen hat, infolge wirksamen Zuwendungsverzichts (§ 2352 BGB) beider Schlusserbinnen gegenstandslos geworden. Das hat zur Folge, dass die erbvertragliche Bindungswirkung insoweit entfallen ist; die nachfolgende Erbeinsetzung der Beteiligten zu 3 durch den Erblasser kann daher die Rechte der Tochter C. S. und der Beteiligten zu 2 als vertragsmäßig bedachte Schlusserbinnen nicht beeinträchtigen und ist jedenfalls nicht aus diesem Grund unwirksam (vgl. RGZ 149, 200, 201; BayObLG, FamRZ 2001, 319, 320; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 64. Aufl., § 2289 Rdnr. 6, § 2271 Rdnr. 15).

b) Dieses Ergebnis sagt allerdings noch nichts darüber aus, ob nicht über die gegenstandslos gewordene ausdrückliche Schlusserbeinsetzung hinaus etwa weitere vertragsmäßige Zuwendungen vorliegen. Das LG legt die Abänderungsklausel in Ziff. V des Erbvertrags 1988 dahin aus, dass „sämtliche anderen Abkömmlinge“ vertragsmäßig bedacht seien. Welcher Art diese vertragsmäßige Zuwendung sein soll – Erbeinsetzung, Vermächtnis oder Auflage (vgl. § 2278 Abs. 2 BGB) – lässt sich den Ausführungen des LG nicht entnehmen. Denkbar erschiene die Annahme einer stillschweigenden ersatzweisen Erbeinsetzung der „anderen“ – d. h. nicht ausdrücklich bedachten – Abkömmlinge, soweit diese nicht von den Eheleuten ausdrücklich enterbt sind. Dazu steht jedoch in Widerspruch, dass das LG im Ergebnis gesetzliche Erbfolge eintreten lässt, was notwendigerweise voraussetzt, dass der Erbvertrag 1988 nach Meinung des LG keinerlei wirksame Erbeinsetzung (mehr) enthält. Auch lässt sich auf diesem Weg nicht die vom LG angenommene Erbenstellung der Beteiligten zu 2 begründen; denn diese gehört, da im Erbvertrag ausdrücklich bedacht, nicht zum Kreis der „anderen“ Abkömmlinge, und sie hat überdies auf ihre vertragsmäßige Zuwendung verzichtet. Es ist daher nicht ohne weiteres erkennbar, was für ein vertragsmäßiges Recht der anderen Abkömmlinge das LG überhaupt im Sinn hat, wenn es einerseits dieses Recht durch die nachfolgende anderweitige Erbeinsetzung beeinträchtigt sieht, andererseits insoweit eine wirksame letztwillige Verfügung des Erblassers im Erbvertrag 1988 verneint und gesetzliche Erbfolge eintreten lässt. Das bedarf hier jedoch keiner Vertiefung; die Auffassung des LG, es sei gesetzliche Erbfolge eingetreten, erweist sich schon aus nachfolgend dargestelltem anderen Grund als unzutreffend.

c) Das LG hat bei seiner Auslegung des Erbvertrags 1988 einen wesentlichen Gesichtspunkt, nämlich die Möglichkeit einer von den Eheleuten stillschweigend gewollten Ersatz-Schlusserbeinsetzung der Beteiligten zu 1, ihres zweiten Enkelkindes aus dem Stamm der eingesetzten Tochter C. S., nicht erörtert. Hierzu bestand schon wegen der Auslegungsregel des § 2069 BGB Veranlassung, wonach bei Wegfall eines bedachten Abkömmlings im Zweifel anzunehmen ist, dass dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei gesetzlicher Erbfolge an dessen Stelle treten würden. Im Übrigen ist dieser Gesichtspunkt im Laufe des Verfahrens auch vorgetragen worden. Da weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind, kann der Senat die Auslegung selbst vornehmen.

Zur Überzeugung des Senats haben die Eheleute den Fall, dass sowohl die als Schluss-Vorerbin eingesetzte Tochter C. S. als auch die als Schluss-Nacherbin eingesetzte Enkelin (die Beteiligte zu 2) vor Eintritt des Schlusserbfalls durch Zuwendungsverzicht wegfallen würden, nicht bedacht. Die sich daraus ergebende Lücke kann im Wege ergänzender Auslegung der im Erbvertrag 1988 enthaltenen Verfügungen geschlossen werden. Dabei ist von dem aus dem Erbvertrag selbst ersichtlichen übereinstimmenden Willen der Eheleute auszugehen. Dieser Wille war hier ganz offensichtlich darauf gerichtet, das Nachlassvermögen nach dem Tod des Letztversterbenden innerhalb der Familie weiterzugeben, und zwar innerhalb des engen Kreises von Kindern und Enkeln; Dritten sollte es nicht zufallen. Berücksichtigt man ferner, dass die Söhne im Erbvertrag ausdrücklich nicht bedacht wurden, liegt die Auslegung nahe, dass die Eheleute, indem sie Angehörige aus dem Stamm der Tochter C. S. bedacht haben, bei Wegfall sowohl der eingesetzten Tochter C. S. als auch der eingesetzten Enkelin ersatzweise die andere Enkelin aus diesem Stamm als Schlusserbin gewollt haben. Ergänzend kann die Auslegungsregel des § 2069 BGB herangezogen werden, die auch für Schlusserbeinsetzungen gilt (vgl. BGH, DNotZ 2002, 661).

Umstände, die gegen diese Auslegung sprechen, sind nicht ersichtlich. Der Zuwendungsverzicht (§ 2352 BGB) der Mutter der Beteiligten zu 1 hat sich nicht auf deren Abkömmlinge erstreckt; die Beteiligte zu 2 ist kraft eigenen Zuwendungsverzichts weggefallen. Ohne Erfolg beruft sich die Beschwerdeführerin auch auf die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach ein gegen Abfindung erfolgter Zuwendungsverzicht eine tatsächliche Vermutung dafür begründet, dass eine Ersatzberufung der Abkömmlinge nicht dem Willen des Erblassers entspricht (BGH, NJW 1974, 43). Denn der Geldbetrag, den die Tochter C. S. im Zusammenhang mit der lebzeitigen Rückübertragung des Anwesens auf den Erblasser und dem Zuwendungsverzicht erhalten hat, stellt, wie das LG im Einzelnen rechtsfehlerfrei ausgeführt hat, keine Abfindung ihres Erbrechts im Sinne dieser Rechtsprechung dar.

d) Zum gleichen Ergebnis gelangt man im Übrigen, wenn man nicht die Beteiligte zu 1, sondern „sämtliche anderen Abkömmlinge“, soweit sie nicht ausdrücklich enterbt wurden, als Ersatz-Schlusserben eingesetzt sieht. Auch diese Auslegung würde wegen der Enterbungen und Zuwendungsverzichte darauf hinauslaufen, dass die Beteiligte zu 1 alleinige Ersatz-Schlusserbin ist.

e) Ergibt somit die Auslegung, dass die Beteiligte zu 1 Ersatz-Schlusserbin ist, so kann darüber hinaus keinem Zweifel unterliegen, dass sich die vertragsmäßige Bindung auch auf diese Ersatzberufung bezieht. Der Erblasser hätte jederzeit, auch nach Wegfall der ausdrücklich eingesetzten Personen, kraft der ihm durch die Abänderungsklausel eingeräumten Änderungsbefugnis zwar jemand anderen aus dem Kreis der Kinder und Enkel einsetzen können, nicht jedoch eine dritte Person. Die Einsetzung der Beteiligten zu 3 im Erbvertrag

2002 beeinträchtigt das im Erbvertrag 1988 vertragsmäßig verfügte (Ersatzschluss-)Erbrecht der Beteiligten zu 1 und ist deshalb unwirksam (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Erblasser wird aufgrund des Erbvertrages 1988 von der Beteiligten zu 1 allein beerbt.

Die Zurückweisung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 3 durch das Nachlassgericht erweist sich somit im Ergebnis als zutreffend. Im Übrigen aber waren die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben. Der Erbschein, der die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben zu je ½ ausweist, ist als unrichtig einzuziehen (§ 2361 BGB). Der Beteiligten zu 1 ist auf ihren hilfsweise gestellten Antrag hin ein Erbschein zu erteilen, der sie als Alleinerbin ausweist (§ 2353 BGB).

---

14. BGB §§ 133, 157, 2069, 2096, 2099 (*Kein § 2069 BGB bei Einsetzung anderer naher Verwandter*)

1. **Die Auslegungsregel des § 2069 kann nicht – auch nicht analog – angewandt werden, wenn der Erblasser nicht Abkömmlinge, sondern andere nahe Verwandte als Erben eingesetzt hat.**

2. **Gleichwohl ist in einem solchen Fall regelmäßig zu prüfen, ob im Wege der (ergänzenden) Auslegung ein entsprechender (hypothetischer) Wille des Erblassers für die Berufung der Kinder des nach Errichtung der letztwilligen Verfügung weggefallenen Verwandten festgestellt werden kann; die dafür notwendige Andeutung in der letztwilligen Verfügung kann in einem solchen Fall bereits in der Tatsache der Berufung des nahen Verwandten liegen.**

3. **Die Annahme des hypothetischen Willens zur Ersatzberufung der Kinder des eingesetzten Verwandten kann insbesondere dann nahe liegen, wenn Ehegatten in einem Erbvertrag jeweils einen Verwandten des Ehemannes und der Ehefrau als Schlusserben zu gleichen Teilen berufen und die eingesetzten Schlusserben zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung noch Kinder sind.**

OLG München, Beschluss vom 6.7.2006, 31 Wx 35/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beschluss ist mit Gründen abgedruckt in ZErb 2006, 315.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. GmbHG § 19 Abs. 1, 2, § 55; BGB § 362 *(Erfüllung der offenen Einlageschuld beim Her- und Hinzahlen)*

a) **Einlagezahlungen aus Mitteln der GmbH, die dem Inferenten im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung als „Darlehen“ oder in sonstiger Weise überlassen worden sind, sind mit dem Grundsatz der realen Kapitalerhöhung unvereinbar, weil sie wirtschaftlich einer verbotenen Befreiung von der Einlageschuld i. S. von § 19 Abs. 2 GmbHG gleichstehen.**

b) **In einem solchen Fall der sog. verdeckten Finanzierung leistet der Inferent bei dem „Her- und Hinzahlen“ – nicht anders als in der spiegelbildlichen Konstellation des sog. Hin- und Herzahlens – unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts; eine im Zusammenhang mit der „Herzahlung“ getroffene „Darlehensabrede“ ist unwirksam.**

c) **Mit der späteren Zahlung auf die vermeintliche „Darlehensschuld“ erfüllt der Inferent die offene Einlageverbindlichkeit.**

BGH, Versäumnisurteil vom 12.6.2006, II ZR 334/04; Einspruch ist eingelegt.

Die Klägerin verlangt aus einem mit der Beklagten zu 1 am 17.3.2000 geschlossenen Unternehmenskaufvertrag über den Erwerb sämtlicher, von der Beklagten zu 1 gehaltenen Geschäftsanteile an der P GmbH (im Folgenden: P) Schadensersatz von den Beklagten als Gesamtschuldnern, weil die Beklagte zu 1 entgegen der in dem Vertrag erteilten Zusicherung – für deren Erfüllung die Beklagte zu 2 zusätzlich die Garantie übernommen habe – die Stammeinlage von 950.000 DM aus einer Kapitalerhöhung bei der P nicht wirksam geleistet habe.

Die P gewährte auf der Grundlage einer Abrede vom 10.1.1995 der Beklagten zu 1, ihrer damaligen Alleingesellschafterin, am 24.2.1995 ein – bis 30.9.1995 rückzahlbares – verzinsliches Darlehen von 1 Mio. DM; bereits am 1.3.1995 überwies diese 950.000 DM an die P unter Angabe des Verwendungszwecks „Kapitalerhöhung“ zurück. Am 13.3.1995 beschloss die Gesellschafterversammlung der P, das Stammkapital von 50.000 DM auf 1 Mio. DM zu erhöhen, wobei die – sofort bar zu leistende – neue Stammeinlage von 950.000 DM wiederum von der Beklagten zu 1 übernommen wurde. Die von der Beklagten zu 1 voreingezahlten 950.000 DM wurden sodann bei der P als Erhöhung der Stammeinlage verbucht. Bis zum 17.3.2000 zahlte die Beklagte zu 1 zudem einen Betrag in Höhe der als Darlehen empfangenen Valuta von 1 Mio. DM in nicht näher bekannten Raten – am 13.1.1997 betrug die noch offene Restforderung 496.230 DM – vollständig zurück. Durch den notariellen Unternehmenskaufvertrag vom 17.3.2000 veräußerte die Beklagte zu 1 an die Klägerin sämtliche von ihr an der P gehaltenen Geschäftsanteile zu einem Kaufpreis von 1 DM. In dem Vertrag sicherte die Beklagte zu 1 u. a. die vollständige Einzahlung des Stammkapitals zu und verpflichtete sich zum Schadensersatz für den Fall der Unrichtigkeit der gegebenen Zusicherungen; zusätzlich übernahm die Beklagte zu 2 die Garantie für die Erfüllung aller sich aus dem Vertrag ergebenden Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 1.

Am 18.10.2002 wurde auf Antrag der P das vorläufige Insolvenzverfahren über deren Vermögen eröffnet. Nachdem der vorläufige Insolvenzverwalter am 28.10.2002 die Klägerin zur Zahlung der – nach seiner Ansicht von der Beklagten zu 1 seinerzeit nicht wirksam erbrachten – Stammeinlage von 950.000 DM aufgefordert hatte, zahlte die Klägerin unter dem 16.12.2002 den geforderten Betrag an die P; diese hatte bereits vorher den Antrag auf Insolvenzeröffnung zurückgenommen, woraufhin das AG die Aufhebung der vorläufigen Insolvenzverwaltung angeordnet hatte.

Aus den Gründen:

Da die Klägerin im Verhandlungstermin trotz dessen rechtzeitiger Bekanntgabe nicht vertreten war, ist über die Revision der Beklagten durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Die Entscheidung beruht inhaltlich jedoch nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (BGHZ 37, 79, 82).

Die Revision der Beklagten ist begründet und führt unter Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils sowie unter Änderung des Landgerichtsurteils zur vollständigen Abweisung der Klage (§§ 562, 563 Abs. 3 ZPO). (…)

II.

Diese Beurteilung hält im entscheidenden Punkt revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die Klägerin hat gegen die Beklagten keinen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der unternehmensvertraglichen Zusicherung über die vollständige Erbringung der Stammeinlagen bei der P, weil die Beklagte zu 1 ihre Einlageschuld aus der Kapitalerhöhung in Höhe von 950.000 DM zwar nicht bereits durch die Einzahlung des entsprechenden Betrages am 1.3.1995 (1.), wohl aber durch die zusätzliche ratenweise Rückzahlung der „als Darlehen“ empfangenen Gelder bis zur Höhe von insgesamt 1 Mio. DM noch vor dem Abschluss des Unternehmenskaufvertrages vom 17.3.2000 wirksam erfüllt hat (2.).

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die von der Beklagten zu 1 übernommene Einlageverbindlichkeit aus der am 13.3.1995 beschlossenen Kapitalerhöhung bei der P in Höhe von 950.000 DM selbst dann nicht durch die ursprüngliche (Vor-)Einzahlung vom 1.3.1995 getilgt worden ist, wenn dieser Betrag – wovon auszugehen ist – zu dem insoweit maßgeblichen Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses (BGH, DNotZ 2002, 808) noch der Geschäftsleitung der P nach dessen Verbuchung als „Erhöhung der Stammeinlage“ zur Verfügung stand. Denn die P hat der Beklagten zu 1 diesen zur Einlageleistung verwendeten Betrag unmittelbar zuvor – nämlich erst am 24.2.1995 – aus ihrem Vermögen „darlehensweise“ zur Verfügung gestellt, so dass die Einlage im wirtschaftlichen Endergebnis nicht von dem Inferenten bar geleistet, sondern von der Gesellschaft finanziert worden ist. Derartige Einlagezahlungen aus Mitteln der Gesellschaft, die dem Inferenten als Darlehen oder in sonstiger Weise überlassen worden sind, sind mit dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, der den realen Zufluss von Vermögen an die Gesellschaft sichern soll, unvereinbar, weil sie wirtschaftlich einer verbotenen Befreiung von der Einlageschuld i. S. von § 19 Abs. 2 GmbHG gleichstehen (sog. verdeckte Finanzierung, vgl. BGH, DNotZ 2003, 223; BGH, MittBayNot 2004, 373; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl., § 19 Rdnr. 40).

In diesem Gestaltungsfall eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 GmbHG ist das „Her- und Hinzahlen“ – nicht anders als in der vom Senat bereits entschiedenen spiegelbildlichen Konstellation der Einzahlung des Einlagebetrages durch den Inferenten mit alsbaldiger Rückgewähr an diesen „als Darlehen“ o. ä (sog. Hin- und Herzahlen, BGH, DNotZ 2006, 218; BGH, DNotZ 2006, 536) – wirtschaftlich als ein einheitlicher, sich selbst neutralisierender Vorgang anzusehen, bei dem unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung der Inferent nichts leistet und die Gesellschaft nichts erhält; die in diesem Zusammenhang für die „Herzahlung“ getroffene „Darlehensabrede“ ist – als Teil des Umgehungsgeschäfts – unwirksam (vgl. auch *Bayer*, GmbHR 2004, 445, 452).

2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 1 aber ihre solchermaßen allein offen gebliebene Einlageschuld von 950.000 DM durch die vollständige, jedenfalls vor Abschluss des notariellen Unternehmenskaufvertrages vom 17.3.2000 bewirkte „Rückzahlung des Darlehens“ in entsprechender Höhe erfüllt. Dadurch wurden der P die von ihr als Einlage noch zu beanspruchenden Barmittel endgültig zugeführt und der Zweck der Kapitalaufbringungsregeln erreicht. Dass die nachträglichen Ratenzahlungen möglicherweise fälschlich als „Darlehensrückgewähr“ deklariert und als solche auch in den Bilanzen der P ausgewiesen wurden, ist unschädlich. Wie der Senat ebenfalls bereits für die spiegelbildlichen Fälle des Hin- und Herzahlens ohne Erfüllungswirkung bei unwirksamer Vereinbarung eines Darlehens klargestellt hat, erfüllt der Inferent mit der Zahlung auf die vermeintliche, wegen Verstoßes gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften nicht wirksam begründete („Darlehens“-)Schuld die offene Einlageschuld (BGH, DNotZ 2006, 218; BGH, DNotZ 2006, 536).

Das gilt in gleicher Weise für die hier vorliegende Konstellation des „Her- und Hinzahlens“. Der Inferent schuldet danach keinesfalls nochmalige („doppelte“) Zahlung der Bareinlage.

---

16. GmbHG § 17 Abs. 5 (*Teilung eines GmbH-Anteils und Weiterveräußerung*)

Die Teilung eines GmbH-Geschäftsanteiles in einer notariellen Urkunde unter gleichzeitiger Abtretung sämtlicher Teile dieses Geschäftsanteiles an denselben Erwerber mit Wirkung zum selben Zeitpunkt ist auch dann nach § 17 Abs. 5 GmbHG unwirksam, wenn einzelne Teile vom Erwerber als Treuhänder für einen Dritten gehalten werden sollen.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 6.7.2006, 20 W 10/06

Mit notarieller Urkunde vom 27.6.2005 erklärte die alleinige Gesellschafterin A, ihren Geschäftsanteil von 25.000 € in zwei Geschäftsanteile von 15.000 und 10.000 € zu unterteilen und den neu gebildeten Geschäftsanteil von 10.000 € an Herrn B, den neu gebildeten Geschäftsanteil von 15.000 € an Herrn C zu übergeben. Des Weiteren trat sie mit sofortiger Wirkung beide Geschäftsanteile an C ab, der die Abtretung annahm und den einen Geschäftsanteil treuhänderisch für B halten soll. Anschließend hielten in derselben Urkunde C und B eine Gesellschafterversammlung ab und beschlossen die Abberufung der bisherigen Geschäftsführerin, die Bestellung des B zum neuen Geschäftsführer, die Erteilung von Einzelprokura an C sowie die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft und eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages. B meldete den Geschäftsführerwechsel, die Erteilung der Einzelprokura sowie die Sitzverlegung unter dem 27.6.2005 zur Eintragung in das Handelsregister an.

Das AG wies den Eintragungsantrag zurück. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Anmelderin wies das LG zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige weitere Beschwerde führt in der Sache nicht zum Erfolg, da die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO).

Der Eintragungsantrag wurde nach § 13 h Abs. 3 HGB, § 57 a, 9 c Abs. 1, 39 GmbHG zu Recht zurückgewiesen, weil die Teilung und Abtretung der Teile des ursprünglichen Geschäftsanteiles durch die Alleingesellschafterin nach § 17 Abs. 5 GmbHG

unzulässig und damit unwirksam war, so dass der Abtretungsempfänger nicht Gesellschafter wurde und deshalb auch keine wirksamen Beschlüsse für die Gesellschaft fassen konnte.

Nach § 17 Abs. 5 GmbHG ist eine gleichzeitige Übertragung mehrerer Teile von Geschäftsanteilen eines Gesellschafters an denselben Erwerber unzulässig. Der Vorschrift des § 17 GmbHG liegt der Grundsatz der Unteilbarkeit der Anteilsrechte zugrunde. Wegen der engeren persönlichen Bindung der Gesellschafter der GmbH soll im Unterschied zur Aktiengesellschaft der Mitgliederwechsel zur Wahrung der Überschaubarkeit der Mitgliederzahl und des Mitgliederbestandes erschwert werden. Des Weiteren soll der Geschäftsanteil, der die Mitgliedschaftsrechte verkörpert, grundsätzlich unteilbar sein und nur im Falle der Veräußerung und Vererbung mit Zustimmung geteilt werden können (vgl. *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl., § 17 Rdnr. 1; *Michalski/Ebbing*, GmbHG, § 17 Rdnr. 1). § 17 Abs. 5 GmbHG verbietet mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit nur die gleichzeitige Übertragung mehrerer Teile eines Geschäftsanteiles desselben Gesellschafters an denselben Erwerber. Demgegenüber ist die Übertragung mehrerer Anteile oder von Teilen verschiedener Anteile eines Veräußerers an einen Erwerber oder aber die Übertragung mehrerer Teile eines Anteiles an verschiedene Erwerber zulässig. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmales der Gleichzeitigkeit ist umstritten (vgl. zum Meinungsstand etwa *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., § 17 Rdnr. 36; *Michalski/Ebbing*, § 17 GmbHG Rdnr. 38).

Für die Auslegung des § 17 Abs. 5 GmbHG ist auf den Sinn der Vorschrift abzustellen, der ausweislich der Amtlichen Begründung zum Entwurf des GmbHG (S. 65) darin liegt, die willkürliche Vervielfältigung von Geschäftsanteilen durch gleichzeitige Abtretung an denselben Erwerber zu verhindern. Hiernach kann es für die Auslegung des vom Gesetz verwandten Begriffes der Gleichzeitigkeit nicht allein maßgeblich sein, ob die Abtretung in einer einheitlichen Urkunde erfolgt (so KG, OLGE 27, 371; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, GmbHG, § 17 Rdnr. 8; *Vogel*, GmbHG, 1956, § 17 Anm. 5), da dann eine Umgehung durch bloße getrennte Beurkundung möglich wäre. Auch das Kriterium, ob die Aufspaltung auf einem einheitlichen Willensentschluss beruht (so *Brodmann*, GmbHG, 1930, § 17 Anm. 5), erweist sich jedenfalls isoliert betrachtet nicht als geeignet. Zu weitgehend dürfte des Weiteren sein, alle Teilveräußerungen zu erfassen, die in einem gewissen zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen (so wohl *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl., § 17 Rdnr. 15).

Allerdings erscheint es sinnvoll bei der Auslegung den von den Beteiligten bei der Vornahme der Aufteilung und Übertragung verfolgten Zweck zu berücksichtigen. In diesem Sinne hat bereits der BGH in der von der Anmelderin zitierten Entscheidung vom 28.11.1953 (BGHZ 11, 124) für die Auslegung des Begriffes der Gleichzeitigkeit darauf abgestellt, ob die Übertragung mehrerer Teile eines Geschäftsanteiles wirtschaftlich gerechtfertigt ist und die Aufspaltung sich deshalb nicht als Selbstzweck darstellt. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (*Jasper*, MünchHdbGesR, GmbH, § 24 Rdnr. 13; *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 17 Rdnr. 9) kann dies jedoch nicht dazu führen, allein auf die Frage einer wirtschaftlichen Rechtfertigung abzustellen und das vom Gesetz ausdrücklich gewählte Tatbestandsmerkmal der Gleichzeitigkeit hierdurch vollständig zu ersetzen. Denn durch eine derartige Interpretation, die dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschrift zuwider liefe, wären die Grenzen einer zulässigen Auslegung überschritten. Wie das Landgericht bereits zutreffend hervorgehoben hat, kann sich diese Literaturauffassung auch nicht auf die bereits zitierte Entscheidung des BGH vom 28.9.1953 stützen, da im dortigen Fall das Angebot zur Abtretung mehrerer Teile eines Geschäftsanteiles zwar in einer notariellen Urkunde erklärt worden war, der Abtretungserfolg aber zu verschiedenen Zeitpunkten eintreten sollte. Gerade für diesen Fall der sukzessiven Übertragung mehrerer Teile eines Geschäftsanteiles hat der BGH die Verbotsnorm des § 17 Abs. 5 GmbHG unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Vorschrift als nicht einschlägig erachtet, wenn die so vorgenommene und zeitlich gestreckte Aufspaltung des Geschäftsanteiles sich nicht als Selbstzweck darstellt, sondern auf einem wirtschaftlich vernünftigen Zweck beruht. Hiernach kann das Kriterium, ob die Aufteilung des Geschäftsanteiles im Sinne des Vorliegens eines wirtschaftlichen Grundes sachlich gerechtfertigt ist, zwar im Wege einer teleologischen Auslegung des vom Gesetz verwandten Begriffes der Gleichzeitigkeit herangezogen werden. Hierdurch wird zum einen verhindert, dass das gesetzliche Verbot auf alle Übertragungsakte ausgedehnt wird, die in einem gewissen zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Des Weiteren lässt sich hierdurch vermeiden, dass ausschließlich auf den Zeitpunkt des jeweiligen Eintrittes des Abtretungserfolges abgestellt wird, so dass eine Umgehung allein durch die Vereinbarung eines zeitlich gestreckten Erwerbes der einzelnen Teile möglich wäre (so auch *Rohwedder/Schmidt/Leithoff*, § 17 GmbHG Rdnr. 37). Erfolgt jedoch die Teilung und Abtretung der Teile des Geschäftsanteiles sowohl in einer einheitlichen Urkunde und tritt auch die dingliche Rechtsänderung im Sinne des Abtretungserfolges vereinbarungsgemäß zum selben Zeitpunkt ein, so sind die Voraussetzungen der Verbotsnorm des § 17 Abs. 5 GmbHG eindeutig erfüllt und können auch im Wege einer einschränkenden Auslegung nicht beseitigt werden. Eine vollständige Ersetzung des vom Gesetzgeber ausdrücklich gewählten Kriteriums der Gleichzeitigkeit der Übertragung durch das hiervon inhaltlich zu unterscheidende Merkmal der sachlichen oder wirtschaftlichen Rechtfertigung muss einer diesbezüglichen Änderung des Gesetzes durch den hierzu berufenen Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

Da somit die Teilung des Geschäftsanteiles und die Übertragung der Teile nicht wirksam geworden ist, hätten die zur Eintragung in das Handelsregister angemeldeten Veränderungen nur von der bisherigen und weiteren Alleingesellschafterin beschlossen werden können, so dass die Vorinstanzen den Eintragungsantrag zutreffend zurückgewiesen haben.

---

17. PartGG § 4 Abs. 2; PRV § 3 Abs. 1 (*Partnerschaftsgesellschaft: Kein Nachweis der Berufsträgereigenschaft*)

Anmeldungen zum Partnerschaftsregister brauchen nur die Angabe des in der Partnerschaft ausgeübten freien Berufes enthalten. Den Nachweis der Zulassung zu diesem Beruf kann das Gericht nur bei positiver Kenntnis der Unrichtigkeit verlangen. § 3 Abs. 1 Satz PRV ist nichtig, da er generell den entsprechenden Nachweis verlangt. (Leitsatz des Einsenders)

LG Augsburg, Beschluss vom 11.4.2006, 3HK T 212/06; eingesandt von Notar Dr. *Peer Koch*, Augsburg

Am 2.1.2006 meldeten die Beteiligten ihre neu gegründete Partnerschaftsgesellschaft zur Eintragung in das Partnerschaftsregister an. Mit Verfügung vom 10.1.2006 forderte das AG – Registergericht – vor dem Vollzug der Anmeldung den Nachweis zur Zulassung zum jeweiligen Beruf der Beteiligten durch Vorlage entsprechender Urkunden. Hiergegen wenden sich die Beteiligten.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde (§ 19 FGG) war begründet und hat sich in der Hauptsache dadurch erledigt, dass das Registergericht die beantragte Eintragung inzwischen vorgenommen hat (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 15. Aufl., § 19 Rdnr. 87 Stichwort „prozessuale Überholung" und Rdnr. 94).

In einem solchen Fall würde die Beschwerde mit ihren ursprünglichen Anträgen als unzulässig zu verwerfen sein, wenn sie nicht auf die Kostenentscheidung beschränkt würde (*Keidel/Kuntze/Winkler*, § 19 Rdnr. 85 am Ende).

In der Hauptsache wäre die Beschwerde der Beteiligten erfolgreich gewesen. Das Registergericht durfte keine Nachweise dafür fordern, dass die Beteiligten zu den jeweils angegebenen Berufen zugelassen worden seien. § 4 Abs. 2 PartGG lautet: „In der Anmeldung ist die Zugehörigkeit jedes Partners zu dem Freien Beruf, den er in der Partnerschaft ausübt, anzugeben. Das Registergericht legt bei der Einzahlung die Angaben der Parteien zugrunde, es sei denn, ihm ist deren Unrichtigkeit bekannt."

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gibt einen klaren Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber die vom Registergericht geforderten Nachweise im Regelfall nicht für erforderlich hielt, wenn das Registergericht keinen konkreten Anlass hat, an der Richtigkeit der Angaben zum Beruf der Beteiligten zu zweifeln.

Der von der Bundesregierung eingebrachte Gesetzesentwurf sah eine Nachweispflicht hinsichtlich der Zugehörigkeit zu einem freien Beruf vor. Der Bundesrat hat dem widersprochen (BT-Drucks. 12/6152). Deshalb wurde auf eine Nachweispflicht verzichtet und § 4 Abs. 2 PartGG erhielt den oben erwähnten Wortlaut.

Das Registergericht stützt seine gegenteilige Auffassung auf § 3 Abs. 1 PRV, welche lautet: „In der Anmeldung der Partnerschaft zur Eintragung in das Register ist die Zugehörigkeit jedes Partners zu dem Freien Beruf, den er in der Partnerschaft ausübt, anzugeben. Bedarf die Berufsausübung der staatlichen Zulassung oder einer staatlichen Prüfung, so sollen die Urkunde über die Zulassung oder das Zeugnis über die Befähigung zu diesem Beruf in Urschrift, Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift vorgelegt werden. Besteht für die angestrebte Tätigkeit keine anerkannte Ausbildung oder ist zweifelhaft, ob die angestrebte Tätigkeit als freiberuflich im Sinne des § 1 Abs. 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes einzustufen ist, können die anmeldenden Partner die Ausübung freiberuflicher Tätigkeit auf sonstige Weise, notfalls auch durch schlichte Erklärung darlegen. Das Gericht legt in diesem Fall bei der Eintragung die Angaben der Partner zugrunde, es sei denn, ihm ist deren Unrichtigkeit bekannt (§ 4 Abs. 2 Satz 2 PartGG)."

Die PRV erging auf der Grundlage der Ermächtigung nach §§ 160 b Abs. 1 Satz 2, 125 Abs. 3 FGG, wonach das Bundesministerium der Justiz ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die näheren Bestimmungen über das Verfahren bei Anmeldungen, Eintragungen zu treffen. Eine Rechtsverordnung als Rechtsquelle niedrigerer Art im Vergleich zum Gesetz, darf das höherrangige Gesetz nicht abändern, etwa dadurch, dass es strengere Anforderungen an die Eintragung ins Partnerschaftsregister stellt, als dies nach dem Gesetz vorgesehen ist. Beachtet eine Rechtsverordnung diese Grundsätze nicht, so ist sie insoweit unwirksam.

Dies ist hier für § 3 Abs. 1 Satz 2 PRV anzunehmen, der eine im Gesetz nicht vorgesehene Nachweispflicht bei Berufen vorsieht, die einer staatlichen Zulassung oder Prüfung bedürfen. In diesen Fällen (im Gegensatz zu Berufen, für die eine anerkannte Prüfung nicht vorgesehen ist: § 3 Abs. 1 Satz 3 und 4 PRV) soll unterschiedslos eine entsprechende Urkunde als Nachweis vorzulegen sein, unabhängig davon, ob das Registergericht von Umständen Kenntnis hat, die Zweifel an der Richtigkeit der Berufungsangabe nahe legen.

Dies ist nicht mit den gesetzlichen Absichten vereinbar, die in § 4 Abs. 2 PartGG zum Ausdruck gekommen sind. Das LG Augsburg tritt hier der Auffassung des LG München I im Beschluss vom 8.12.2000, 13 C 23030/00 (DNotZ 2001, 814) bei, die eine Nachweispflicht nur dann vorsieht, wenn Zweifel an der Richtigkeit der von den Anmeldenden gemachten Angaben bestehen. Diese Meinung wird auch in der Literatur überwiegend vertreten (Münchner Vertragshandbuch, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., Ziff. I. 10 Anm. 2; MünchKommBGB/*Ulmer*, 4. Aufl., § 5 PartGG Rdnr. 13; *Michalski/Römermann*, PartGG, § 4 Rdnr. 4, 18; *Böhringer*, BWNotZ 1995, 1, 3; *Keilbach*, RNotZ 2001, 159, 160; a. A. *Meilicke/Graf von Westphalen/Hoffmann/Lenz*, PartGG, § 3 PRV Rdnr. 114).

Beurkundungs- und Notarrecht

18. BeurkG § 51 (*Anspruch auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für materiell Beteiligten*)

1. **Die vollstreckbare Ausfertigung einer Urkunde ist einem lediglich materiell beteiligten Gläubiger nicht allein deshalb zu erteilen, weil in der Urkunde zu seinen Gunsten eine Vollstreckungsunterwerfung abgegeben worden ist. Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung erfordert vielmehr, dass der Gläubiger nach allgemeinen Bestimmungen eine Ausfertigung verlangen kann oder eine Ausfertigung nach dem Willen des Schuldners zur Verwendung im Rechtsverkehr in die Hände des Gläubigers gelangen kann.**
2. **Dies gilt auch im Falle einer „bloßen" Nachverpfändung von Grundbesitz mit einem vollstreckbaren Grundpfandrecht. (Leitsätze des Einsenders)**

LG Kempten, Beschluss vom 25.10.2005, 1 T 2198/05; eingesandt von Notar Dr. *Lorenz Bülow*, Immenstadt i. Allgäu

Aus den Gründen:

Die Beschwerdeführerin beantragte die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines Überlassungsvertrages vom 24.11.1966, den der Notar nach § 51 Abs. 1 BNotO verwahrt. Der Notar hat die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung mit Hinweis auf § 51 BeurkG abgelehnt.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass sie einen Anspruch auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Überlassungsvertrages habe. Zwar sei sie nicht urkundsbeteiligt gemäß § 52 BeurkG und auch im Verteiler der Urkunde nicht als Empfänger einer Ausfertigung aufgeführt. In Abschnitt 7 des Überlassungsvertrages sei jedoch bestimmt, dass die zu dieser Urkunde aus Flst. Nr. 1 der Gemarkung U erworbene Teilfläche der im Urkundeneingang erwähnten Briefgrundschuld der Volksbank I zu 25.000 DM als weiteres Pfand unterstellt wird und sich der Eigentümer hier wegen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser und der Bestellungsurkunde in der Weise unterwirft, dass sie gegen den jeweiligen Eigentümer gelten sollen. Die Vollstreckungsunter-

werfung sei so auszulegen, dass die jeweilige Gläubigerin der Briefgrundschuld auch eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde verlangen kann. Die Beschwerdeführerin sei Rechtsnachfolgerin als Gläubigerin der Grundschuld. Die Rechtsfolge sei auch im Grundbuch vermerkt.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin war vorliegend zurückzuweisen, da der Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu Recht abgelehnt hat. Anspruch auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung hat der Gläubiger, über dessen mit Zwangsvollstreckung durchsetzbaren Anspruch die Urkunde errichtet ist, wenn er eine Ausfertigung nach § 51 Abs. 1 BeurkG verlangen kann, sonst wenn sie nach dem Willen desjenigen, der die Unterwerfungserklärung abgegeben und damit den Vollstreckungstitel in Urkundenform geschaffen hat, als Herr über den Urkundeninhalt zur Verwendung im Rechtsverkehr in die Hände dieses Gläubigers gelangen kann (vgl. *Zöller*, ZPO, 24. Aufl., § 797 Rdnr. 2). Vollstreckbare Ausfertigung wird dem Gläubiger daher auf Antrag nach ZPO-Vorschriften nur erteilt, wenn er nach § 51 BeurkG eine Ausfertigung verlangen kann. Das erfordert im Fall des § 51 Abs. 2 BeurkG, dass der Schuldner, der die beurkundete Unterwerfungserklärung im eigenen Namen abgegeben hat oder in dessen Namen sie abgegeben worden ist, in der Niederschrift oder besondere Erklärung gegenüber dem Notar Erteilung der Ausfertigung an den Gläubiger bestimmt hat (vgl. *Zöller*, § 797 ZPO Rdnr. 2). Dies war vorliegend nicht der Fall.

Eine erweiternde Auslegung über den Wortlaut des § 51 BeurkG ist vorliegend nicht statthaft. Allein ein berechtigtes Interesse des Antragstellers genügt für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nicht (vgl. *Winkler*, BeurkG, § 51 Rdnr. 1 und 5). Die materielle Beteiligung ist vorliegend nicht ausschlaggebend. So stellt § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG nicht auf die materielle Beteiligung ab, sondern gewährt nur den Personen ein Recht, die im eigenen Namen Erklärungen abgegeben haben. Andere Personen, die hieraus Rechte erwerben, können keine Ausfertigung fordern (*Winkler*, § 51 BeurkG Rdnr. 8).

Aus den dargelegten Gründen war daher die Beschwerde vorliegend zurückzuweisen.

Kostenrecht

19. KostO § 44 Abs. 1, Abs. 2 *(Bewertung einer Belastungsvollmacht in bestimmter Höhe)*

a) Die auf Abschluss des Kaufvertrags und die auf Ermächtigung des Käufers, den Kaufgegenstand vor Erwerb des Eigentums zu belasten, gerichteten Erklärungen haben im Sinne von § 44 Abs. 1 KostO denselben Gegenstand. Auf Zweck und Umfang der Ermächtigung kommt es nicht an.

b) Der höhere Betrag der Belastungsermächtigung bleibt bei der Berechnung des Geschäftswerts des Kaufvertrags außer Betracht.

BGH, Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 152/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit von dem Beteiligten zu 1 beurkundeten Kaufvertrag vom 16.6.2003 verkaufte der Beteiligte zu 4 den Beteiligten zu 2 und 3 ein Hausgrundstück für 119.000 €. Die Beteiligten zu 2 und 3 übernahmen zwei Abfindungsverpflichtungen des Beteiligten zu 4 gegenüber Dritten von jeweils 5.000 DM. Außerdem verzichtete die Beteiligte zu 2 auf ihren Abfindungsanspruch gegenüber dem Beteiligten zu 4 von 5.000 DM. Der Beteiligte zu 4 ermächtigte die Beteiligten zu 2 und 3 zur „Finanzierung des Kaufpreises", das Grundstück vor Eintragung der Auflassung bis zu einem Betrag von 140.000 € zu belasten. Die hierbei bestellten Grundpfandrechte sollten nur zur Sicherung des tatsächlich an den Verkäufer ausgezahlten und von dem betreffenden Kreditinstitut finanzierten Kaufpreisanteils verwendet werden dürfen. In seiner Kostenberechnung vom 15.9.2003 über 1.060,19 € legte der Beteiligte zu 1 einen Geschäftswert von 147.669,38 € zugrunde, wobei er dem Betrag der Vorbelastungsermächtigung die übernommenen Zahlungsverpflichtungen sowie den Verzicht der Beteiligten zu 2 von insgesamt 7.669,38 € hinzurechnete. Der Präsident des Landgerichts wies den Beteiligten zu 1 an, eine Entscheidung des Landgerichts über die Richtigkeit seiner Kostenberechnung herbeizuführen.

Das LG hat die Kostenberechnung unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 126.669,38 € auf 990,59 € herabgesetzt. Das OLG möchte der aus eigenem Recht erhobenen weiteren Beschwerde des Beteiligten zu 1 teilweise stattgeben. Daran sieht es sich durch den Beschluss des KG vom 11.6.1991 (DNotZ 1992, 117) gehindert. Es hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 FGG).

1. Das vorlegende OLG und das KG (a. a. O.; im Ergebnis genauso OLG Celle, OLG-Report 1997, 22) sind unterschiedlicher Auffassung darüber, wie sich der Geschäftswert eines Grundstückskaufvertrages bestimmt, wenn er eine über den Kaufpreis hinausgehende Vorbelastungsermächtigung zugunsten des Käufers enthält. Das vorlegende OLG möchte den Geschäftswert in diesem Fall nach dem Betrag bestimmen, bis zu dem das Grundstück belastet werden kann. Demgegenüber haben das KG und das OLG Celle auch in diesem Fall den Geschäftswert nur nach dem Kaufpreis bemessen. Diese Unterschiedlichkeit in der Auffassung rechtfertigt die Vorlage.

2. Der Statthaftigkeit der Vorlage steht auch nicht entgegen, dass das Vorlageverfahren bei der Notarkostenbeschwerde erst durch Art. 33 Nr. 3 des Zivilprozessreformgesetzes vom 27.7.2001 (BGBl I, 1887) eingeführt worden ist und die Auffassung des vorlegenden Gerichts von Entscheidungen abweicht, die vor dem 1.1.2002 ergangen sind (BGH, MittBayNot 2003, 235).

III.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist zulässig (§ 156 Abs. 2, 4 KostO). Sie bleibt aber in der Sache ohne Erfolg, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO) beruht.

1. Zutreffend geht das vorlegende Gericht allerdings davon aus, dass die Gebühren des Kostengläubigers nach § 44 Abs. 1 KostO zu berechnen sind, weil die auf Abschluss des Kaufvertrags und die auf Ermächtigung der Beteiligten zu 2 und 3, den Kaufgegenstand vor Erwerb des Eigentums über den Kaufpreis hinaus zu belasten, gerichteten Erklärungen der Kostenschuldner denselben Gegenstand betreffen.

a) Denselben Gegenstand haben mehrere in einer Verhandlung beurkundeten Erklärungen, wenn sie sich auf dasselbe Recht oder Rechtsverhältnis beziehen oder wenn sich, bei mehreren Rechtsverhältnissen, aus der Gesamtheit der Erklärungen ein Hauptgeschäft heraushebt und das weitere Rechtsgeschäft mit diesem in innerem Zusammenhang steht (BGHZ 153, 22, 28 = MittBayNot 2003, 235). Wann ein solcher innerer Zusammenhang bei einer Ermächtigung des

Käufers, den Kaufgegenstand über den Kaufpreis hinaus zu belasten, besteht, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird ein solcher Zusammenhang stets bejaht (KG, DNotZ 1992, 117, 118 f.; *Hansen*, JurBüro 1988, 1117, 1118; *ders.*, DNotZ 1992, 117, 120 [Anm. zu KG, a. a. O.]; *Rohs* in Rohs/Wedewer, KostO, § 44 Rdnr. 6 f.). Eine andere Auffassung nimmt ihn an, wenn mit dem Grundpfandrecht die Kaufpreisfinanzierung und Investitionen des Käufers auf dem Kaufgegenstand abgesichert werden sollen (OLG Rostock, MittBayNot 2002, 207; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., Stichwort Belastungsvollmacht; Notarkasse, Streifzug durch die KostO, 6. Aufl., Rdnr. 1329). Nach einer dritten Ansicht soll Gegenstandsgleichheit zwischen einer den Kaufpreis übersteigenden Belastungsvollmacht und dem Kaufvertrag jedenfalls dann gegeben sein, wenn auch eine Bauverpflichtung besteht (OLG Köln, MittRhNotK 1996, 103, 105).

b) Zutreffend ist die Auffassung, die den inneren Zusammenhang stets bejaht. Mit der Ermächtigung des Käufers, den Kaufgegenstand zu belasten, übernimmt der Verkäufer eine begrenzte Vorleistungspflicht. Eine solche Belastungsvollmacht versetzt den Käufer in die Lage, das Grundstück schon vor der Eigentumsumschreibung so zu nutzen, als sei er bereits Eigentümer. In diesem Umfang wird die nach dem Gesetz nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises geschuldete Verschaffung des Eigentums an dem Kaufgegenstand wirtschaftlich vorgezogen (KG, DNotZ 1992, 117, 118). Dieser Vorteil für den Käufer ist Teil der Gesamtleistung, zu der sich der Verkäufer in dem Kaufvertrag verpflichtet. Sie bildet mit den auf den Abschluss des Kaufvertrags gerichteten Erklärungen eine Einheit und hat damit auch kostenrechtlich denselben Gegenstand. Dafür ist es unerheblich, welchem Zweck die Belastungsermächtigung dient und welchen Umfang sie hat. Sie dient in jedem Fall der Erfüllung einer Nebenpflicht, die der Verkäufer übernommen hat.

2. Zu Unrecht nimmt das vorlegende Gericht aber an, dass die Aufnahme einer Ermächtigung des Käufers zur Belastung des Kaufgegenstands den Wert des Kaufvertrags erhöht, wenn sie den Kaufpreis übersteigt.

a) Diese Frage wird allerdings in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Nach einer auch von dem vorlegenden Gericht vertretenen Ansicht ist in einem solchen Fall der höhere Betrag der Belastungsermächtigung maßgeblich (OLG Köln, MittRhNotK 1996, 103, 105 f.; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl., § 44 Rdnr. 79; Notarkasse, Streifzug durch die KostO, Rdnr. 1330; *Lappe*, NJW 1992, 2800, 2805; vorbehaltlich einer Vergleichsberechnung nach § 44 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO auch: OLG Naumburg, ZNotP 1998, 208; OLG Rostock, MittBayNot 2002, 207 mit zustimmender Anm. *Tiedtke*, ZNotP 2002, 204). Demgegenüber stehen das KG (DNotZ 1992, 117, 119 mit zustimmender Anm. *Jansen*, DNotZ 1992, 120 f.) und das OLG Celle (OLG-Report 1997, 22, 23 mit zustimmender Anm. *Mümmler*, JurBüro 1997, 156 ff.) auf dem Standpunkt, dass auch in einem solchen Fall der Kaufpreis maßgeblich bleibt.

b) Letzteres ist im Ergebnis richtig. § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO bestimmt, dass bei Erklärungen, die denselben Gegenstand haben, die Gebühr nur einmal nach dem Wert dieses Gegenstands berechnet wird. Hiermit ist der Wert des Rechtsverhältnisses gemeint, zu dem die Erklärungen in einem inneren Zusammenhang stehen. Maßgeblich ist somit nicht der sich bei getrennter Betrachtung der gegenstandsgleichen Erklärungen ergebende höchste kostenrechtliche Wert, sondern der Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich diese Erklärungen beziehen [BGH, Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 172/05, MittBayNot 2006, 525 (in diesem Heft)]. Bei einem Grundstückskaufvertrag, der eine Belastungsvollmacht für den Käufer enthält, ist das der Kaufvertrag.

Die Begrenzung des Gegenstandswerts auf den Wert des Kaufvertrages ist auch sachgerecht. Zwar verschafft der Verkäufer dem Käufer mit der Ermächtigung, den Kaufgegenstand schon vor dem Übergang des Eigentums zu belasten, einen wirtschaftlichen Vorteil. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Käufer, wie hier, ermächtigt wird, den Kaufgegenstand über den Kaufpreis hinaus zu belasten. Dieser Vorteil ist aber, wie ausgeführt, Teil der Gesamtleistung des Verkäufers. Der Kaufpreis, den der Käufer zu zahlen hat, ist deshalb nicht nur die Gegenleistung für die Verschaffung des Eigentums an dem Kaufgegenstand, sondern auch für die Verschaffung dieses Vorteils (KG, DNotZ 1992, 117, 118 f.; *Rohs* in Rohs/Wedewer, § 44 KostO Rdnr. 6 f.). Das gilt unabhängig davon, ob die Belastungsermächtigung den Kaufpreis übersteigt.

3. Das führt zu dem von dem Landgericht zugrunde gelegten Geschäftswert von 126.669,38 €, der sich nicht mit Rücksicht darauf erhöht, dass die Beteiligten zu 2 und 3 in dem Kaufvertrag auch ein Wohnungsrecht und eine Reallast übernommen haben.

a) Das ergibt sich allerdings entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nicht schon daraus, dass der Beteiligte zu 1 die Erstbeschwerde als Weisungsbeschwerde erhoben und sich aus eigenem Recht erst in der weiteren Beschwerde hiergegen gewandt hat. Eine weitere Beschwerde kann zwar dann nicht zu einer Erhöhung der Gebühren führen, wenn die ihr zugrunde liegende Erstbeschwerde auf eine Herabsetzung der Gebühr zielte (BGHZ 153, 22, 31 = MittBayNot 2003, 235). Sie kann aber zur Zurückweisung der Erstbeschwerde führen, wenn sich die angefochtene Kostenberechnung aus anderen Gründen als zutreffend erweist oder wenn sie aus anderen Gründen um einen geringeren Betrag zu kürzen wäre.

b) Ein Ansatz für die Übernahme dieser Rechte war vielmehr deshalb nicht vorzunehmen, weil das Grundstück als mit diesen beiden Rechten belastet verkauft worden ist und die Beteiligten zu 2 und 3 als Gegenleistung hierfür nur die Kaufpreiszahlung, die Freistellung des Beteiligten zu 4 von den Abfindungszahlungsansprüchen seiner beiden Brüder und den Verzicht auf die Abfindung durch die Beteiligte zu 2 zu erbringen hatten.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die nachstehend abgedruckten Entscheidungen des BGH vom 9.2.2006, V ZB 172/05, MittBayNot 2006, 525 und vom 23.3.2006, V ZB 156/05, MittBayNot 2006, 528 sowie die Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse, MittBayNot 2006, 528 (je in diesem Heft).

---

20. KostO §§ 44 Abs. 1, 20 Abs. 1, 23 Abs. 2 *(Geschäftswert bei gleichzeitiger Beurkundung einer den Kaufpreis übersteigenden Grundpfandrechtslöschung)*

Der Gegenstandswert der für die Beurkundung gegenstandsgleicher Erklärungen nach § 44 Abs. 1 KostO entstehenden Gebühr bemisst sich nach dem Wert des gemeinsamen Gegenstands, auf den sich die Erklärungen beziehen.

Ein Grundstückskaufvertrag ist mit Löschungsanträgen, die der Verkäufer in Erfüllung der übernommenen Verpflichtung, lastenfreies Eigentum zu verschaffen, mitbeurkunden lässt, gegenstandsgleich. Der nach § 44 Abs. 1 KostO maßgebliche Gegenstandswert bemisst sich auch dann nach dem Kaufpreis (§ 20 Abs. 1 KostO), wenn der Nennwert der zu löschenden Grundpfandrechte (§ 23 Abs. 2 KostO) höher ist.

BGH, Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 172/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kostengläubiger beurkundete einen Grundstückskaufvertrag, an dem die Kostenschuldner als Käufer und Verkäufer beteiligt waren. Der vereinbarte Kaufpreis betrug 235.000 €. Das Grundstück, das zu-gunsten eines Dritten mit einer Grundschuld in Höhe von 1,5 Mio. DM belastet war, sollte lastenfrei übereignet werden. Die Kostenschuldner stimmten im Kaufvertrag den der Lastenfreistellung dienenden Erklärungen mit dem Antrag auf Vollzug im Grundbuch zu.

In seiner Kostenberechnung brachte der Kostengläubiger für die Beurkundung des Vertrags unter Hinweis auf § 36 Abs. 2 KostO eine $^{20}/_{10}$-Gebühr aus einem Geschäftswert von 235.000 € in Ansatz. Diese Berechnung wurde von der Notarkasse anlässlich einer Prüfung beanstandet. Die Notarkasse vertrat die Auffassung, dass für den Geschäftswert der höhere Wert der Löschungserklärungen maßgeblich und deshalb nach § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO eine weitere $^{5}/_{10}$-Gebühr aus einem Geschäftswert von 766.937,82 € (1,5 Mio. DM) zu erheben sei. Der LG-Präsident wies den Kostengläubiger daraufhin an, seine Kostenberechnung durch das LG überprüfen zu lassen.

Mit Beschluss vom 25.8.2005 hat das LG die Kostenberechnung entsprechend der Rechtsauffassung der Notarkasse geändert. Dagegen richten sich die weiteren Beschwerden der Kostenschuldner, denen das OLG stattgeben möchte. Es sieht sich hieran durch den Beschluss des OLG Rostock vom 10.9.2002 (JurBüro 2003, 36 = NotBZ 2003, 160) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG). Das vorlegende Gericht und das OLG Rostock sind unterschiedlicher Auffassung darüber, wie die Gebühren des Notars zu berechnen sind, wenn zusammen mit einem Grundstückskaufvertrag die Zustimmung zu einer Löschung von Grundpfandrechten beurkundet wird, deren Nennwert den Kaufpreis bzw. den Wert des Grundstücks übersteigt. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts richten sich die Gebühren nach dem Geschäftswert des Kaufvertrags (§ 20 Abs. 1 KostO). Demgegenüber hält das OLG Rostock den Geschäftswert der Grundpfandrechte (§ 23 Abs. 2 KostO) und damit deren Nennwert für maßgeblich. Das rechtfertigt die Vorlage.

III.

1. Die weiteren Beschwerden sind zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 u. 2, Abs. 4 KostO). Insbesondere ist auch der Kostenschuldner zu 2 beschwerdeberechtigt. Zwar richtet sich die Kostenberechnung bislang nur an den Kostenschuldner zu 1. Jedoch kann auch der nicht in Anspruch genommene weitere Kostenschuldner Beschwerde einlegen, soweit sich diese gegen den Anspruch überhaupt oder gegen seine Höhe richtet (vgl. BayObLG, MittBayNot 1985, 48; OLG Bremen Kostenrechtsprechung, § 156 KostO Nr. 58 m. abl. Anm. *Lappe*; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Notarkostenbeschwerde“ Ziff. 3.1; *Bengel/Tiedtke* in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 156 Rdnr. 13; *Rohs* in Rohs/Wedewer, KostO, 3. Aufl., § 156 Rdnr. 12 a).

2. Die weiteren Beschwerden sind begründet. Die Entscheidung des LG beruht auf einer unzutreffenden Anwendung von § 44 Abs. 1 KostO und damit auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

a) Zutreffend geht das LG allerdings davon aus, dass die Gebühren des Kostengläubigers nach § 44 Abs. 1 KostO zu berechnen sind, weil die auf Abschluss des Grundstückskaufvertrags und die auf Löschung des eingetragenen Grundpfandrechts gerichteten Erklärungen der Kostenschuldner denselben Gegenstand betreffen.

§ 44 KostO regelt, wie zu verfahren ist, wenn mehrere selbständige rechtsgeschäftliche Erklärungen in einer Verhandlung beurkundet werden. Haben die Erklärungen verschiedene Gegenstände, findet – in Abhängigkeit der maßgeblichen Gebührensätze – entweder eine Zusammenrechnung der Gegenstandswerte (§ 44 Abs. 2 a KostO) oder eine nach Gegenständen getrennte Berechnung der Gebühren (§ 44 Abs. 2 b KostO) statt. Betreffen die Erklärungen dagegen denselben Gegenstand, wird die Gebühr nur einmal von dem Wert dieses Gegenstands nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO), sofern nicht die Berechnung nach § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO für den Kostenschuldner günstiger ist.

Der Begriff des Gegenstands bezeichnet dabei nicht die Sache, die von den beurkundeten Erklärungen wirtschaftlich betroffen wird, sondern das Rechtsverhältnis, welches sich aus den Erklärungen der Beteiligten ergibt (BGHZ 153, 22, 27 = MittBayNot 2003, 235). Derselbe Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO ist gegeben, wenn sich die Erklärungen auf dasselbe Recht oder Rechtsverhältnis beziehen oder – sofern mehrere Rechtsverhältnisse (z. B. Kauf und Auflassung) vorliegen – wenn sich aus der Gesamtheit der Erklärungen ein Hauptgeschäft heraushebt und das weitere Rechtsgeschäft mit diesem in einem engen inneren Zusammenhang steht. Selbständige Rechtsgeschäfte, die zur Erfüllung, zur sonstigen Durchführung oder zur Sicherung eines anderen selbständigen Rechtsgeschäfts mit diesem zusammen vorgenommen werden, sind demnach gegenstandsgleich (BGHZ 153, 22, 27 f. m. w. N. = MittBayNot 2003, 235).

Hieraus folgt, dass ein Grundstückskaufvertrag und die auf die Löschung von Grundpfandrechten gerichteten Erklärungen des Verkäufers, die er in Erfüllung seiner Verpflichtung, lastenfreies Eigentum zu verschaffen, abgibt, gegenstandsgleich im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO sind (allg. M., vgl. OLG Celle, DNotZ 1964, 571; KG, JurBüro 1988, 634; OLG Dresden, NotBZ 2000, 26; OLG Rostock, JurBüro 2003, 36, 37 = NotBZ 2003, 160; *Bengel/Tiedtke* in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 44 Rdnr. 89; *dies.*, DNotZ 2004, 258, 260; *Rohs* in Rohs/Wedewer, KostO, 3. Aufl., § 44 Rdnr. 6 c; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Mehrere Erklärungen“ Ziff. 3.5; *Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl., § 44 KostO Rdnr. 39; *Schmidt*, JurBüro 1962, 21, 25).

b) Nicht gefolgt werden kann aber der Auffassung des LG, dass sich der Gegenstandswert für die gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO anfallende Gebühr nicht nach dem Wert des Kaufvertrags (§ 20 Abs. 1 KostO), sondern nach dem – höheren – kostenrechtlichen Wert des zu löschenden Grundpfandrechts (§ 23 Abs. 2 KostO) richtet.

Allerdings ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, nach welchem Wert bei einem Grundstückskaufvertrag mit gegenstandsgleichen Löschungsanträgen die Gebühr nach § 44 Abs. 1 KostO zu berechnen ist, wenn der Nennbetrag der zu löschenden Grundpfandrechte höher ist als der Kaufpreis.

aa) Die überwiegende Auffassung hält auch in diesem Fall allein den Kaufpreis für maßgebend. Sie stellt darauf ab, dass sich der höhere Wert von zwei zusammen beurkundeten gegenstandsgleichen Geschäften dann nicht auswirken könne, wenn das Geschäft mit dem nach den kostenrechtlichen Vorschriften höheren Wert lediglich der Erfüllung derjenigen Verpflichtungen dient, die durch das andere Geschäft begründet worden sind (so neben dem vorlegenden Gericht: OLG Celle, DNotZ 1964, 571; KG, JurBüro 1988, 633; OLG Dresden, NotBZ 2000, 26; OLG München, JFGErg 20, 49, 55 f.; *Rohs* in Rohs/Wedewer, KostO, 3. Aufl., § 44 Rdnr. 6 c; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Mehrere Erklärungen" Ziff. 3.5; *Waldner*, JurBüro 2003, 37; *ders*., Die Kostenordnung für Anfänger, 6. Aufl., Rdnr. 57).

Die Gegenansicht stellt demgegenüber auf den höchsten kostenrechtlichen Wert der gegenstandsgleichen Erklärungen und damit auf den Nennwert der Grundpfandrechte ab, wenn dieser den Kaufpreis übersteigt. Ihre Vertreter meinen, Gegenstands- und Wertgleichheit bedingten sich nicht wechselseitig. § 44 KostO gehe von möglicherweise verschiedenen Werten der von ihm erfassten Geschäfte aus, wie insbesondere Abs. 1 Satz 2 der Vorschrift zeige. Da die Anwendung von § 44 Abs. 1 KostO nicht zu einer Änderung des Geschäftswerts einzelner Erklärungen führen könne, bleibe für Löschungserklärungen § 23 Abs. 2 KostO und damit der Nennbetrag der zu löschenden Grundpfandrechte maßgeblich (so OLG Rostock, JurBüro 2003, 36 = NotBZ 2003, 160; *Bengel/Tiedtke* in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 44 KostO Rdnr. 89 a; *dies.*, DNotZ 2004, 258, 260 f.; *Tiedtke*, ZNotP 2002, 451; *Filzek*, JurBüro 2003, 234; *Lappe*, Kostenrechtsprechung, Anm. zu § 44 KostO Nr. 81 und Anm. zu § 44 KostO Nr. 101; *ders*., NotBZ 2003, 161). Danach erhielte der Notar eine $^{20}/_{10}$-Gebühr (höchster in Betracht kommender Gebührensatz gemäß § 36 Abs. 2 KostO) aus dem Nennbetrag der zu löschenden Grundpfandrechte (höchster Wert gemäß § 23 Abs. 2 KostO); soweit für den Kostenschuldner eine getrennte Berechnung ($^{20}/_{10}$-Gebühr nach dem Wert des Kaufvertrags und $^{5}/_{10}$-Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 5 b KostO nach dem Nennbetrag der Grundpfandrechte) günstiger ist, soll diese Anwendung finden (§ 44 Abs. 1 Satz 2 KostO).

bb) Der Senat hält die überwiegende Auffassung für zutreffend.

Für sie spricht bereits der Wortlaut des § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO. Die Vorschrift bestimmt, dass bei Erklärungen, die denselben Gegenstand haben, die Gebühr nur einmal nach dem Wert *dieses* Gegenstands berechnet wird. Ausgehend davon, dass der Begriff des Gegenstands das Rechtsverhältnis bezeichnet, welches sich als Hauptgeschäft aus den beurkundeten Erklärungen heraushebt, kann hiermit nur der Wert des Rechtsverhältnisses gemeint sein, zu dem die beigefügten Erklärungen in einem inneren Zusammenhang stehen. Maßgeblich ist somit nicht der sich bei getrennter Betrachtung der gegenstandsgleichen Erklärungen ergebende höchste kostenrechtliche Wert, sondern der Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich diese Erklärungen gemeinsam beziehen. Bei einem Grundstückskauf mit gegenstandsgleichen Löschungszustimmungen ist das der Kaufvertrag.

Dieses Verständnis entspricht auch Sinn und Zweck von § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO. Die Vorschrift will den Kostenschuldner aus Billigkeitsgründen entlasten, wenn mehrere im nahen Zusammenhang stehende Erklärungen gleichzeitig beurkundet werden (BGHZ 153, 22, 27 f. = MittBayNot 2003, 235). Ebenso wie bei Nebengeschäften im Sinne des § 35 KostO sollen auch bei selbständigen Erklärungen, die lediglich der Erfüllung, der sonstigen Durchführung oder Sicherung des die Beurkundung prägenden Hauptgeschäfts dienen, nicht alle Bewertungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden. Dahinter steht die – notwendigerweise generalisierende – Erwägung, dass solche Erklärungen im Verhältnis zum Hauptgeschäft meist von untergeordneter Bedeutung sind und sich häufig nur durch kurze Erklärungen niederschlagen (vgl. *Schmidt*, MittBayNot 1982, 159, 167).

Ein sachlicher Grund, diese Gebührenermäßigung auf Fälle zu beschränken, in denen die gegenstandsgleichen Erklärungen jeweils einen geringeren kostenrechtlichen Wert als das Hauptgeschäft haben, besteht nicht. Gegenstandsgleiche Erklärungen, die lediglich der Erfüllung, Durchführung oder Sicherung des Hauptgeschäfts dienen, verlieren diese Eigenschaft nicht dadurch, dass ihr kostenrechtlicher Wert im Einzelfall den Wert des Hauptgeschäfts übersteigt. Ein solcher Wert mag Anlass zur Prüfung geben, ob möglicherweise verschiedene Gegenstände im Sinne des § 44 Abs. 2 KostO vorliegen. Ist dies aber zu verneinen, so lässt der gegenüber dem Hauptgeschäft höhere kostenrechtliche Wert ihren Charakter als Nebengeschäft und damit den Grund für die Gebührenermäßigung des § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO nicht entfallen.

Eine andere Beurteilung folgt auch nicht aus der Vorschrift des § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO. Sie zwingt insbesondere nicht zu der Annahme, dass sich der Geschäftswert für die Beurkundung gegenstandsgleicher Erklärungen stets nach dem – bei getrennter Bewertung der Erklärungen – höchsten in Betracht kommenden Geschäftswert bemisst (vgl. *Rohs* in Rohs/Wedewer, KostO, 3. Aufl., § 44 Rdnr. 6 c). § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO ordnet nämlich auch für den Fall, dass die gemeinsam beurkundeten Erklärungen nur teilweise den ganzen Gegenstand, im Übrigen aber nur einen Teil davon betreffen, im Grundsatz eine Berechnung der Gebühren nach dem Wert dieses Gegenstands, also nach dem Wert des Hauptgeschäfts, an („Das gilt auch dann…"). Eine Ausnahme ist nur vorgesehen, wenn eine getrennte Berechnung der Gebühren im Hinblick auf die unterschiedlichen Gebührensätze, denen die Erklärungen unterliegen, für den Schuldner günstiger ist. Die Vorschrift wirkt sich mithin nur aus, wenn für die den ganzen Gegenstand betreffende Erklärung ein niedrigerer Gebührensatz gilt als für die Erklärung, die sich nur auf einen Teil des Gegenstands bezieht (vgl. *Bengel/Tiedtke* in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 44 Rdnr. 274 ff.; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Mehrere Erklärungen" Ziff. 4.1.2; *Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl., § 44 KostO Rdnr. 8).

Die Berechnung der Gebühren nach dem Geschäftswert des Hauptgeschäfts ist schließlich nicht unbillig. Das vorlegende Gericht weist zu Recht darauf hin, es könne angenommen werden, dass alle Leistungen des Verkäufers, einschließlich der Verschaffung lastenfreien Eigentums bei der Kaufpreisbildung berücksichtigt worden sind, so dass zwar nicht der kostenrechtliche Wert, jedenfalls aber der Wert, den die vom Verkäufer übernommene Löschungsverpflichtung für die Kaufvertragsparteien tatsächlich hat, Eingang in die Wertbemessung findet (vgl. auch KG, DNotZ 1992, 117, 119).

c) Die zur Überprüfung stehende Kostenberechnung ist somit nicht zu beanstanden. Zutreffend hat der Kostengläubiger in Anwendung von § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO den allein maßgeblichen Wert des Hauptgeschäfts, nämlich den nach § 20 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Wert des Kaufvertrags, und den höchsten hier in Betracht kommenden Gebührensatz des § 36 Abs. 2 KostO in Ansatz gebracht. Eine Gebühr für die Beurkundung der Löschungserklärung ist daneben nicht angefallen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die vorstehend abgedruckte Entscheidung des BGH vom 9.2.2006, V ZB 152/05, MittBayNot 2006, 524 und die nachstehende Entscheidung des BGH vom 23.3.2006, V ZB 156/05, MittBayNot 2006, 528 sowie die nachstehende Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse, MittBayNot 2006, 528 (je in diesem Heft).

---

21. KostO §§ 38 Abs. 2 Nr. 4, 44 *(Bewertung einer Belastungsvollmacht in unbestimmter Höhe)*

Für die Erteilung einer Belastungsvollmacht im Kaufvertrag fällt keine zusätzliche 5/10-Beurkundungsgebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO an. Es verbleibt bei der einmaligen Berechnung der Gebühr nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz unter Zugrundelegung des Werts des einheitlichen Gegenstands. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGB, Beschluss vom 23.3.2006, V ZB 156/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit von dem Beteiligten zu 1 beurkundetem Kaufvertrag vom 10.8.2004 erwarben die Beteiligten zu 2 und 3 ein Grundstück für 143.728 €. Sie verpflichteten sich zur Errichtung eines Wohngebäudes. Die Verkäuferin ermächtigte die Beteiligten zu 2 und 3, zur Finanzierung des Kaufpreises und des Bauvorhabens das Kaufgrundstück mit Grundpfandrechten in beliebiger Höhe nebst Zinsen und sonstigen Nebenleistungen zu belasten und den jeweiligen Grundstückseigentümer wegen der dinglichen Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen.

In seiner Kostenberechnung vom 6.9.2004 setzte der Beteiligte zu 1 u. a. eine 5/10-Gebühr gem. § 38 Abs. 2 Satz 4 KostO für die Beurkundung der Belastungsvollmacht nach einem Geschäftswert von 500.000 € in Höhe von 403,50 € zuzüglich Mehrwertsteuer an. Der dagegen gerichteten Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 hat das Landgericht stattgegeben; es hat die Kostenberechnung um 468,06 € herabgesetzt.

Das KG möchte der weiteren Beschwerde des Beteiligten zu 1 stattgeben. Daran sieht es sich jedoch durch den Beschluss des OLG Celle vom 16.8.1996 (JurBüro 1997, 156) gehindert. Es hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG).

1. Das vorlegende Gericht und das OLG Celle sind unterschiedlicher Auffassung darüber, ob für die Beurkundung einer über den vereinbarten Kaufpreis hinausgehenden Vorbelastungsermächtigung in einem Grundstückskaufvertrag neben der Gebühr für die Beurkundung des Vertrags eine zusätzliche Gebühr nach dem Wert der Ermächtigung anzusetzen ist. Das vorlegende Gericht möchte diese Frage bejahen. Demgegenüber hat das OLG Celle sie in seinem Beschluss vom 16.8.1996 verneint. Das rechtfertigt die Vorlage.

2. Die Voraussetzungen für die Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof sind nicht deshalb weggefallen, weil der Senat in seinem nach dem Beschluss des vorlegenden Gerichts ergangenen Beschluss vom 9.2.2006 [V ZB 152/05, MittBayNot 2006, 524 (in diesem Heft)] entschieden hat, dass die auf den Abschluss des Kaufvertrags und die auf die Vorbelastungsermächtigung des Käufers gerichteten Erklärungen denselben Gegenstand im kostenrechtlichen Sinn haben und der höhere Betrag der Belastungsermächtigung bei der Berechnung des Geschäftswerts des Kaufvertrags außer Betracht bleibt. Denn die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts steht in Widerspruch zu diesem Senatsbeschluss, so dass die Voraussetzungen für die Vorlage (§ 28 Abs. 2 FGG) nach wie vor vorliegen.

III.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist zulässig (§ 156 Abs. 2, 4 KostO); sie bleibt jedoch in der Sache erfolglos, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO) beruht.

1. Zutreffend geht das vorlegende Gericht davon aus, dass die Gebühren des Beteiligten zu 1 nach § 44 Abs. 1 KostO zu berechnen sind, weil die auf den Abschluss des Kaufvertrags und die auf die Ermächtigung der Beteiligten zu 2 und 3 gerichteten Erklärungen, den Kaufgegenstand vor Erwerb des Eigentums in beliebiger Höhe zu belasten, denselben Gegenstand betreffen [BGH, Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 152/05, MittBayNot 2006, 524 (in diesem Heft)].

2. Zu Unrecht nimmt das vorlegende Gericht jedoch an, dass die den Käufern in einem Grundstückskaufvertrag erteilte Vorbelastungsermächtigung eine zusätzliche 5/10-Beurkundungsgebühr (§ 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO) nach einem Geschäftswert in Höhe des Nennbetrags des Grundpfandrechts (§ 23 Abs. 2 KostO) auslöst. Aus § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO ergibt sich das hier – entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts – schon deshalb nicht, weil die gesonderte Berechnung der Gebühren für die Beteiligten zu 2 und 3 nicht günstiger ist (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO). Deshalb verbleibt es – auch wenn man die Voraussetzungen des § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO als gegeben ansieht, was jedoch offen bleiben kann – bei der einmaligen Berechnung der Gebühr nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz unter Zugrundelegung des Werts des (einheitlichen) Gegenstands [§ 44 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Halbsatz 1 KostO; vgl. BGH, Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 172/02, MittBayNot 2006, 525 (in diesem Heft)]. Danach ist nur eine 20/10-Beurkundungsgebühr (§ 36 Abs. 2 KostO) entstanden, deren Geschäftswert sich nach dem Kaufpreis bemisst [BGH, Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 152/05, MittBayNot 2006, 524 (in diesem Heft)].

3. Die von dem Landgericht vorgenommene Herabsetzung der Kostenberechnung des Beteiligten zu 1 erfolgte somit zu Recht.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die vorstehend abgedruckten Entscheidungen des BGH vom 9.2.2006, V ZB 152/05, MittBayNot 2006, 524 und V ZB 172/05, MittBayNot 2006, 525 (je in diesem Heft) sowie die nachstehende Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse.

Anmerkung:

1. Allgemeine Grundsätze des § 44 Abs. 1 KostO

Die Bewertungsgrundsätze des § 44 KostO waren bis zu den oben abgedruckten BGH-Entscheidungen[1] nahezu unstreitig. Dies gilt insbesondere für die Berechnung der Gebühren von

---

1 Urteile vom 9.2.2006, V ZB 152/05 (Kauf und Belastungsvollmacht in bestimmter Höhe), V ZB 172/05 (Kauf und Löschungserklärungen des Verkäufers, RNotZ 2006, 246 m. Anm. *Klein* und *Filzek* = JurBüro 2006, 262 m. Anm. *H. Schmidt*) und vom 23.3.2006, V ZB 156/05 (Kauf und Belastungsvollmacht in beliebiger Höhe, RNotZ 2006, 289 m. Anm. *Klein*).

gegenstandsgleichen Durchführungserklärungen bei Zusammenbeurkundung mit dem Hauptgeschäft.

Der Geschäftswert von Durchführungserklärungen übersteigt in vielen Fällen den Geschäftswert des Hauptgeschäftes, so dass für die Berechnung der Gebühren, wenn für die Durchführungserklärungen ein geringerer Gebührensatz geregelt ist, die Berechnungsformel des § 44 Abs. 1 KostO anzuwenden ist: Höchster Gegenstandswert, daraus die Gebühr nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz, jedoch, wenn für den Kostenschuldner günstiger, die getrennte Berechnung der Gebühren für die gegenstandsgleichen Erklärungen. Diese Berechnung wurde auch vorgenommen z. B. für einen Kaufvertrag mit Löschungserklärungen des Verkäufers, wenn der Wert der Löschungserklärungen gem. § 23 Abs. 2 KostO höher ist als der Wert des Kaufvertrages[2] und ebenso für einen Kaufvertrag mit den Kaufpreis übersteigender Belastungsvollmacht[3].

Der BGH hat zwar die Gegenstandsgleichheit von Hauptgeschäft und Durchführungserklärungen bestätigt, nicht jedoch die bisher angewandte Berechnungsweise. Der V. Zivilsenat hat sich vielmehr der Mindermeinung angeschlossen, die § 44 Abs. 1 KostO dahingehend ausgelegt hat, dass der Wert des Hauptgeschäftes den Wert der gegenstandsgleichen Durchführungserklärungen begrenzt.[4] Die Begrenzung des Wertes auf das Hauptgeschäft soll auch dann maßgeblich sein, wenn der Geschäftswert einer Durchführungserklärung bei gesonderter Beurkundung durch eine Spezialnorm festgelegt ist.[5]

2. Definition der Gegenstandsgleichheit

Den gleichen Gegenstand betreffen alle zur Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses niedergelegten Erklärungen der Partner des Rechtsverhältnisses samt allen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften auch dritter Personen oder zugunsten dritter Personen.[6] Entscheidend ist für die Annahme der Gegenstandsgleichheit, ob mehrere gleichzeitig beurkundete Rechtsverhältnisse oder Erklärungen denselben Gegenstand haben, d. h. die Frage des inneren Zusammenhangs.[7] Je mehr das mitbeurkundete weitere Rechtsverhältnis von dem Hauptgegenstand abhängt, desto eher ist Gegenstandsgleichheit anzunehmen.[8] Auch wenn die Vertragspartner zur Erreichung des von ihnen erstrebten wirtschaftlichen Zieles mehrere Rechtsverhältnisse in der Weise verbunden haben, dass ein einheitliches Rechtsverhältnis eigener Art entsteht, besteht ein enger innerer Zusammenhang und damit Gegenstandsgleichheit.[9] Beispielhaft sei hier der Leasingvertrag erwähnt, bei dem die Rechtsprechung Gegenstandsgleichheit mehrerer „Hauptgeschäfte“ annimmt, nämlich die Zusammenbeurkundung von Kaufvertrag, Mietvertrag und Ankaufsrecht als Rechtsgeschäft eigener Art, nämlich als Leasingvertrag.[10] Geschäftswert ist der höchste des für eines der verbundenen Rechtsgeschäfte maßgebenden Wertes. Diese Grundsätze hat der BGH für die Zusammenbeurkundung von Kaufvertrag und Löschungserklärungen des Verkäufers für Belastungen, die ausschließlich der Lastenfreistellung des Vertragsobjektes dienen und für Belastungsvollmachten im Kaufvertrag, gleich was mit Hilfe der Vollmacht finanziert werden soll und ohne Rücksicht auf die Höhe der Belastungsmöglichkeit in insgesamt drei Entscheidungen vom 9.2.2006 und 23.3.2006 bestätigt:

- Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 152/05, Kaufvertrag und Belastungsvollmacht für den Käufer zur Belastung des Vertragsobjektes mit Grundpfandrechten in bestimmter Höhe, jedoch über den Kaufpreis hinaus;
- Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 172/05, Kaufvertrag und Zustimmungserklärungen des Verkäufers zur Löschung von Grundpfandrechten zur Erfüllung der Lastenfreistellungspflicht im Kaufvertrag;
- Beschluss vom 23.3.2006, V ZB 156/05, Kaufvertrag und Belastungsvollmacht für den Käufer zur Belastung mit Grundpfandrechten in beliebiger Höhe.

3. Berechnung der Gebühren bei Gegenstandsgleichheit

Unterliegen die Erklärungen *demselben Gebührensatz*, so wird nur *eine Gebühr* vom *Wert des Gegenstandes* – nach dem BGH ist der Gegenstandswert der Wert des Hauptgeschäftes – erhoben. Haben die gegenstandsgleichen Erklärungen bei *gleichem Gebührensatz* einen der Höhe nach *verschiedenen Geschäftswert*, so wird die Gebühr aus dem *höchsten Wert* berechnet.

Unterliegen die gegenstandsgleichen Erklärungen *verschiedenen Gebührensätzen*, so ist die Gebühr nach dem *höchsten* angewendeten *Gebührensatz* zu berechnen. Hierbei ist nunmehr für Durchführungs-, Sicherungs- und Erfüllungserklärungen nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH zu beachten, dass deren Wert auf den Wert des Hauptgeschäftes begrenzt ist, auch wenn bei gesonderter Beurkundung eine Spezialnorm einen bestimmten Wert regelt. Die Spezialnorm wird bei Zusammenbeurkundung mit einem Hauptgeschäft insoweit außer Kraft gesetzt.

Betreffen *eine oder mehrere Erklärungen den ganzen Teil, andere hingegen nur einen Teil* des gegenstandsgleichen Geschäftes, so wird folgende Berechnung vorgenommen:

- Bei *gleichem Gebührensatz* ist *eine Gebühr* aus dem *höchsten in Betracht kommenden Geschäftswert* der gegenstandsgleichen Rechtsverhältnisse zu erheben;
- bei *verschiedenen Gebührensätzen* sind die Gebühren jedoch *getrennt* zu berechnen, also die Gebühren so anzusetzen, als läge Gegenstandsverschiedenheit vor, wenn dies für den Kostenschuldner günstiger ist als die erste Alternative (§ 44 Abs. 1 Satz 2 KostO).

---

2 Vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl. 2005, § 44 Rdnr. 89 a m. w. N.

3 Vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 44 KostO Rdnr. 79, 79 a.

4 Vgl. OLG Celle, DNotZ 1964, 571; KG, DNotZ 1988, 633; OLG Dresden, NotBZ 2000, 26 m. abl. Anm. *Lappe*; OLG Rostock, JurBüro 2003, 36 m. abl. Anm. *Waldner* = ZNotP 2002, 451 m. Anm. *Tiedtke* = NotBZ 2003, 160 m. Anm. *Lappe*.

5 Beispielsweise Löschungserklärung über ein Grundpfandrecht gem. § 23 Abs. 2 KostO: Nominalbetrag des zu löschenden Grundpfandrechtes; Spezialvollmacht gem. § 41 Abs. 1 KostO: Wert des Rechtsgeschäftes, welches mit der Vollmacht getätigt werden kann.

6 OLG Oldenburg, DNotZ 1953, 317, 318 ff.; BayObLG, Rpfleger 1961, 324, 325; OLG Frankfurt am Main, DNotZ 1964, 244; OLG Hamm, JurBüro 1971, 351; OLG Köln, JurBüro 1997, 206; *Ackermann*, Rpfleger 1966, 241; *Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl., § 44 KostO Rdnr. 4; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 44 KostO Rdnr. 16 m. w. N.

7 BGH, FGPrax 2003, 92, 94 = MittBayNot 2003, 235.

8 OLG Köln, JurBüro 1997, 206 m. w. N.

9 OLG Hamm, MittBayNot 2006, 75 mit Hinweis auf KG, JurBüro 1991, 564 m. zust. Anm. *Mümmler*, JurBüro 1991, 568.

10 BayObLG, MittBayNot 1984, 145.

4. Rechtsprechung des BGH

An dieser Berechnungsweise hat sich auch durch die Rechtsprechung des BGH im Grundsatz nichts geändert. Jedoch hat der BGH mit seiner aktuellen Rechtsprechung zur kostenrechtlichen Behandlung der nachstehenden Sachverhalte in Abweichung der dargelegten und bisher nahezu unstreitigen Berechnungsgrundsätze entschieden, dass der Wert des Hauptgeschäftes den Wert der gesamten Urkunde begrenzt, auch den Wert von Durchführungs-, Sicherungs- und Erfüllungserklärungen, selbst wenn deren Wert durch eine Spezialnorm (z. B. Löschung eines Grundpfandrechtes = Nennbetrag des zu löschenden Grundpfandrechtes) geregelt ist. Bei Zusammenbeurkundung mit einem anderweitigen Hauptgeschäft wird die Spezialnorm der KostO außer Kraft gesetzt.

Die der Rechtsprechung des BGH vorausgehende Entscheidung des OLG Hamm[11] hat zur Berechnung der Gebühren nach § 44 Abs. 1 KostO am Beispielsfall der Beurkundung eines Kaufvertrages mit Belastungsvollmacht (Grundpfandrechte höher als Kaufpreis) noch die in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretene Auffassung bestätigt, wonach die Gebührenberechnung wie folgt vorzunehmen ist: Höchster Gegenstandswert, hier Wert der Belastungsvollmacht, daraus die höchste in Betracht kommende Gebühr, hier die $^{20}/_{10}$-Gebühr gem. § 36 Abs. 2 KostO, jedoch, wenn für den Kostenschuldner günstiger, getrennte Berechnung der Gebühren für den Kaufvertrag und die Belastungsvollmacht.[12] Zutreffend stellt das OLG Hamm fest, dass sich Gegenstands- und Wertgleichheit nicht wechselseitig bedingen. Vielmehr ergäbe sich aus § 44 Abs. 1 KostO, dass mehrere gegenstandsgleiche Erklärungen grundsätzlich selbständig zu bewerten sind. Kaufvertrag und Vollmacht unterliegen verschiedenen Bewertungsgrundsätzen: Der Wert des Kaufvertrages bestimme sich nach § 20 Abs. 1 KostO, derjenige für die Vollmacht nach § 41 Abs. 1 KostO (Spezialvollmacht). Eine Begrenzung des Wertes der Vollmacht auf das Hauptgeschäft verbiete sich aus mehreren Gesichtspunkten. Auch das vom BGH zugrunde gelegte Argument, die mit der Belastungsvollmacht dem Käufer gegebene vorgezogene Verfügungsmöglichkeit über das Vertragsobjekt könne deshalb nicht höher sein als der Wert des Kaufvertrages, weil diese in die Kaufpreisbemessung eingeflossen sei, entziehe sich, so das OLG Hamm weiter, einer Nachprüfung im Einzelfall.[13] Zudem entsprechen die Belehrungspflicht und damit auch die daraus resultierende Haftung des Notars (§ 17 BeurkG) dem äußeren Umfang der Vollmacht, so dass eine Wertbegrenzung auf das Hauptgeschäft weder sachgerecht noch aus Billigkeitserwägungen gerechtfertigt sei (Löschungskosten treffen außerdem nicht den Käufer, sondern den Verkäufer).

Dieser Argumentation ist der BGH nicht gefolgt. Sowohl bei Zusammenbeurkundung von Kaufvertrag und Löschungserklärungen des Verkäufers (jedoch nur soweit diese ausschließlich die Lastenfreistellung des Vertragsobjektes betreffen) als auch bei Kaufvertrag und Belastungsvollmacht (auch, wenn die Vollmacht zu Belastungen über den Kaufpreis hinaus oder in beliebiger Höhe ermächtigt) ist nur die Gebühr für den Kaufvertrag als Hauptgeschäft zu erheben. Die sog. Durchführungs- oder Erfüllungserklärungen spielen eine untergeordnete Rolle und lösen keine zusätzlichen Gebühren aus. Dieses Verständnis entspräche auch Sinn und Zweck von § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO. Die Vorschrift wolle den Kostenschuldner aus Billigkeitserwägungen entlasten, wenn mehrere im nahen Zusammenhang stehende Erklärungen gleichzeitig beurkundet werden.[14]

5. Auswirkungen

Die Rechtsprechung des BGH hat auch Auswirkungen auf vergleichbare Sachverhalte. Zur Übertragung der Bewertungsgrundsätze des BGH auf andere Fälle muss folgender Grundsatz angewendet werden: Wenn das Hauptgeschäft bereits die Gebühr nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz der in einer Urkunde zusammengefassten mehreren Rechtsverhältnisse auslöst, bleiben gegenstandsgleiche Durchführungs-, Sicherungs- oder Erfüllungserklärungen entgegen früherer Auffassung unbeachtlich.

a) Beispielsfälle: Hauptgeschäft löst bereits die höchste in Betracht kommende Gebühr aus

- *Kaufvertrag* ($^{20}/_{10}$-Gebühr) und *Bestellung einer Sicherungshypothek für den Verkäufer* zur Sicherung von Käuferpflichten, deren Nennbetrag den Wert des Kaufvertrages übersteigt; z. B. im sog. „München-Modell“,[15] für die Sicherungshypothek $^{5}/_{10}$-Gebühr, wenn nur Bewilligung und Antrag oder $^{10}/_{10}$-Gebühr, wenn Schuldanerkenntnis und/oder Zwangsvollstreckungsunterwerfung in das gesamte Vermögen;
- *Kaufvertrag* ($^{20}/_{10}$-Gebühr) und *Löschungsbewilligung des Verkäufers über eine Eigentümergrundschuld*, deren Nennbetrag den Wert des Kaufvertrages übersteigt ($^{5}/_{10}$-Gebühr);
- *Kaufvertrag* ($^{20}/_{10}$-Gebühr) und *Abtretung einer Eigentümergrundschuld* durch den Verkäufer an den Käufer, deren Nennbetrag den Wert des Kaufvertrages übersteigt, ($^{10}/_{10}$-Gebühr);
- *Kaufvertrag* ($^{20}/_{10}$-Gebühr) und *Übernahme von Verbindlichkeiten* des Verkäufers durch den Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis unter gleichzeitiger *Übernahme* der zur Sicherung am Vertragsobjekt eingetragenen *Grundpfandrechte* mit den Wert des Kaufvertrages übersteigenden Nennbeträgen, wenn der Käufer dem Gläubiger gegenüber ein Schuldanerkenntnis in Höhe der Nennbeträge erklärt, mit oder ohne Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in persönlicher Hinsicht ($^{10}/_{10}$-Gebühr).

b) Abgrenzung: Gegenstandsgleichheit, Hauptgeschäft löst eine geringere Gebühr nach einem niedrigeren Gebührensatz aus

Abzugrenzen hiervon sind die Fälle der Beurkundung von mehreren gegenstandsgleichen Rechtsgeschäften, bei denen der Hauptgegenstand einem geringeren Gebührensatz unterliegt, als mitbeurkundete Durchführungs-, Sicherungs- oder Erfüllungsgeschäfte. Auf diese Fälle sind die Entscheidungsgrundsätze des BGH nicht anzuwenden.[16] Bei den vom BGH entschiedenen Fallgestaltungen ging es nur darum, ob der Wert von mitbeurkundeten Durchführungserklärungen usw.

---

11 Vorlageschluss vom 19.9.2005, 15 W 297/04, MittBayNot 2006, 75 = RNotZ 2006, 137.

12 Vgl. auch *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 44 KostO Rdnr. 89 a m. w. N.

13 So auch die Kritik von *Klein*, RNotZ 2006, 249.

14 BGHZ 153, 22, 27 ff. = MittBayNot 2003, 235.

15 Vgl. BayObLG, MittBayNot 1999, 494.

16 Siehe auch BGH, Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 172/05, MittBayNot 2006, 525 (in diesem Heft) mit Hinweis auf *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 44 KostO Rdnr. 274 ff.

auf den Wert des Hauptgeschäfts begrenzt ist oder nicht. In allen vom BGH entschiedenen Fällen hat das Hauptgeschäft, nämlich der Kaufvertrag, die Gebühr nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO) ausgelöst, so dass sich das Problem der sonst nach § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO vorzunehmenden Vergleichsberechnung nicht stellte. Unterliegt somit das Hauptgeschäft einem niedrigeren Gebührensatz als beispielsweise eine gegenstandsgleiche Sicherungs-, Durchführungs- oder Erfüllungserklärung, ist nach wie vor nach den Grundsätzen des § 44 Abs. 1 KostO zu berechnen: Wert des Gegenstandes (hier des Hauptgeschäftes), daraus die höchste in Betracht kommende Gebühr, jedoch, wenn für den Kostenschuldner günstiger, die getrennte Berechnung der Gebühren für das Hauptgeschäft und die gegenstandsgleichen Erklärungen.

Beispielsfälle:

- *Annahme eines Vertragsangebotes* durch den Käufer, Kaufpreis 1 Mio. €, Auflassung, *Unterwerfungserklärung* des Käufers für einen *Teilkaufpreis* von 500.000 € (der andere Kaufpreisteil ist durch Schuldübernahme bereits geleistet). Hauptgegenstand ist die Annahme des Vertragsangebotes, für diese fällt eine 5/10-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 2 KostO an; die Auflassung (5/10-Gebühr gem. § 38 Abs. 2 Nr. 6 a) KostO) ist Erfüllungserklärung, die Unterwerfungserklärung (10/10-Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO) ist Sicherungserklärung. Bewertung nach § 44 Abs. 1 KostO: Geschäftswert nach dem Wert des Hauptgeschäftes, hier 1 Mio. €, daraus die 10/10-Gebühr (höchste in Betracht kommende Gebühr der gegenstandsgleichen Erklärungen) = 1.557 €, Vergleich bei getrennter Berechnung der Gebühren: Annahme 5/10-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 2 KostO aus 1 Mio. € = 778,50 € (die Auflassung unterliegt der gleichen Gebührenstufe, § 38 Abs. 2 Nr. 6 a) KostO) sowie 10/10-Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO aus 500.000 € = 807 €. Bei getrennter Berechnung der Gebühren fallen insgesamt 1.585,50 € an. Die Berechnung der 10/10-Gebühr aus dem Wert des Hauptgeschäftes ist damit für den Kostenschuldner günstiger und somit maßgebend. Die gleichen Bewertungsgrundsätze sind anzuwenden, wenn mit der Annahme des Vertragsangebotes Änderungen des Kaufvertragsinhalts mitbeurkundet werden.[17]
- *Grundschuldbestellung durch Bewilligung und Antrag*, ohne das Darlehensverhältnis betreffende Erklärungen (wie z. B. Schuldanerkenntnis, Zweckerklärung, Abtretung von Rückgewährsansprüchen) zu einem Nennbetrag von 1 Mio. €, *Unterwerfung* unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen nur für einen *letztrangigen Teilbetrag* von 100.000 €. Hauptgegenstand ist die Grundschuldbestellung, für diese fällt eine 5/10-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO an; die Unterwerfungserklärung (10/10-Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO) ist Sicherungserklärung. Bewertung nach § 44 Abs. 1 KostO: Geschäftswert nach dem Wert des Hauptgeschäftes, hier die Grundschuldbestellung über 1 Mio. €, daraus die 10/10-Gebühr (höchste in Betracht kommende Gebühr der gegenstandsgleichen Erklärungen) = 1.557 €, Vergleich bei getrennter Berechnung der Gebühren: Grundschuldbestellung 5/10-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO aus 1 Mio. € = 778,50 € und 10/10-Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO aus 100.000 € = 207 €. Bei getrennter Berechnung der Gebühren fallen insgesamt 985,50 € an. Diese Berechnung ist somit maßgebend, da für den Kostenschuldner günstiger.
- *Vorsorgevollmacht* (unterstellter Geschäftswert 300.000 €) und *Betreuungsverfügung* (regelmäßiger Geschäftswert nach § 30 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 KostO 3.000 €). Beide Rechtsverhältnisse sind gegenstandsgleich.[18] Hauptgeschäft i. S. v. § 44 Abs. 1 KostO ist die Vorsorgevollmacht (im Regelfall als Generalvollmacht ausgestaltet). Bewertung nach § 44 Abs. 1 KostO: Geschäftswert nach dem Wert des Hauptgeschäftes, hier die Vollmacht, Geschäftswert 300.000 €, daraus die 10/10-Gebühr (höchste in Betracht kommende Gebühr der gegenstandsgleichen Erklärungen) = 507 €, Vergleich bei getrennter Berechnung der Gebühren: Vollmacht 5/10-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO aus 300.000 € = 253,50 € und 10/10-Gebühr für die Betreuungsverfügung gem. § 36 Abs. 1 KostO aus 3.000 € = 26 €. Bei getrennter Berechnung der Gebühren fallen insgesamt 279,50 € an. Die getrennte Berechnung der Gebühren ist somit maßgebend, da für den Kostenschuldner günstiger.

Auch wenn die Entscheidungen des BGH nicht auf ungeteilte Zustimmung treffen, sind sie zu beachten, da die auf Divergenzvorlagen ergangenen Entscheidungen bis zu einer anderweitigen Rechtsprechung des BGH verbindlich sind. Die Notarinnen und Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse werden um Beachtung der neuen Bewertungsgrundsätze gebeten.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. Ö. R., München

17 Vgl. Berechnungsbeispiele in Notarkasse, Streifzug durch die KostO, 6. Aufl. 2005, Rdnr. 1725.

18 Zuletzt OLG Oldenburg, MittBayNot 2006, 446 = RNotZ 2005, 558 mit Anm. von *Bund* und *Klein*; ausführlich *Tiedtke*, MittBayNot 2006, 397.

---

22. KostO §§ 19 Abs. 3, 20 Abs. 2, 21 Abs. 1, 24, 30 Abs. 1 (*Bewertung einer Wertsicherungsklausel bei Bestellung eines Erbbaurechts*)

1. **Enthält ein Vertrag über die Bestellung eines Erbbaurechts eine echte Wertsicherungsklausel, ist bei der Bewertung des Erbbaurechts ein Zuschlag zum 25-fachen Erbbauzins, der sich an den voraussichtlichen Erhöhungen des jährlichen Erbbauzinses nach dem Vertrag während 25 Jahren orientiert, hinzuzurechnen. Die Zugrundelegung einer jährlichen Teuerung zwischen 1,4 und 2,3 % ist aus Rechtsgründen derzeit nicht zu beanstanden.**
2. **Ist der Grundstückseigentümer mit dem Vorkaufberechtigten am Erbbaurecht identisch, wird die Wahrscheinlichkeit einer Ausübung des Vorkaufsrechtes nach den getroffenen vertraglichen Regelungen und den tatsächlichen Umständen gegenüber durchschnittlichen Fällen nicht so deutlich verringert, dass aus Rechtsgründen ein Abweichen vom Regelgeschäftswert des § 20 Abs. 2 KostO geboten ist.**
3. **Geben die Vertragsparteien im Vertrag einen höheren Grundstückswert an als sich aus den Bodenrichtwerten ergeben würde, ist dieser bei der Bewertung in der Regel maßgebend.**

OLG München, Beschluss vom 8.2.2006, 32 Wx 10/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Gegenstand des Verfahrens ist die Festsetzung des Geschäftswerts für den grundbuchamtlichen Vollzug zweier Notarsurkunden, mit denen u. a. der Beteiligten zu 1 ein Erbbaurecht bestellt wurde, eine Wertsicherungsklausel für den Erbbauzins und Vorkaufsrechte für das Erbbaurecht zugunsten des Grundstückseigentümers und für das Grundstück zugunsten der Beteiligten zu 1 vereinbart wurden. Eine Veräußerung des Erbbaurechts bedarf demnach nur im Falle der Veräußerung an ein nicht mit der Beteiligten zu 1 verbundenes Unternehmen der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Die Wertsicherungsklausel lautet:

> „Verändert sich der vom Statistischen Bundesamt festgestellte Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in der Bundesrepublik Deutschland (Basis 1995 = 100 Punkte) im Vergleich zum Index des 25. Monats nach Zustandekommen dieses Vertrags oder im Vergleich zur letzten Änderung um mehr als 10 %, so ändert sich die Höhe des jährlichen Erbbauzinses um 67 % der Indexveränderung nach oben oder unten. Eine Angleichung erfolgt jedoch frühestens 2 Jahre nach der Anpassung."

Nach Erinnerung gegen die Kostenrechnung setzte das Amtsgericht den Geschäftswert für die Eintragung des Erbbaurechts auf 2.882.459,10 €, des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht auf 2.080.344,40 € und des Vorkaufsrechts am Grundstück auf 527.257,50 € fest.

Das Landgericht bestätigte diese Entscheidung und ließ die weitere Beschwerde zu. Die zulässige weitere Beschwerde erwies sich als unbegründet.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet:

a) Dem sich aus der Notarurkunde ergebenden Erbbauzins von 162.000 DM pro Jahr sei die Umsatzsteuer von 16 % hinzuzurechnen, so dass sich ein Betrag von 187.920 DM, also 96.081,97 € ergebe. Nach § 24 Abs. 1 a KostO sei der 25-fache Betrag festzusetzen; wegen der Wertsicherungsklausel sei ein Zuschlag von 20 % zu machen. Damit ergebe sich insoweit ein Geschäftswert von 2.882.459,10 €.

b) Nach § 20 Abs. 2 KostO sei für das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht der Regelwert, nämlich die Hälfte des Wertes des Erbbaurechts nach Buchst. a zuzüglich der voraussichtlichen Baukosten von 1.278.229,70 € maßgebend, also 2.080.344,40 €. Ein Anlass für die Abweichung von dem Regelwert bestünde nicht.

c) Im Erbbaurechtsvertrag vom 9.2.2001 sei bestimmt, dass im Falle des Ankaufs des Grundstücks von einem Preis von 250 DM/m² auszugehen sei. Es sei davon auszugehen, dass sowohl der Notar, als auch die Beteiligten einen gemeinen Wert von 250 DM/m² zugrunde gelegt hätten. Die Richtwerttabelle könne daher nicht mehr herangezogen werden. Damit errechne sich der Geschäftswert insoweit wie folgt:
250 DM/m² : 1,95583 €/DM x 8.250 m² : 2 = 527.257,50 €.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung stand (§ 31 Abs. 3 Satz 5, § 14 Abs. 5 Satz 2 KostO, § 546 ZPO).

a) Zu Recht hat das Landgericht den Geschäftswert für den Erbbaurechtsvertrag mit der Wertsicherungsklausel auf 2.882.459,10 € festgesetzt.

aa) Nach § 21 Abs. 1 Satz 2, § 24 Abs. 1 Buchst. a KostO ist vorliegend der 25-fache Betrag des jährlichen Erbbauzinses zur Berechnung des Geschäftswerts maßgebend, da dieser Betrag den Wert von 80 % des Grundstückswerts übersteigt. Dies sieht auch die beschwerdeführende Beteiligte zu 1 nicht anders.

bb) Nicht zu beanstanden ist, dass das Landgericht die Umsatzsteuer dem Erbbauzins hinzugerechnet hat. Die Erbbauberechtigte optiert zur Umsatzsteuer. Die Umsatzsteuer ist dann ein Teil des die Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts darstellenden Erbbauzinses und damit Hauptgegenstand, auch wenn sie gesondert ausgewiesen wird und von der Erbbauberechtigten zum Vorsteuerabzug verwendet werden kann (vgl. *Korintenberg/Schwarz*, KostO, 16. Aufl., § 18 Rdnr. 6 m. w. N.). Da der Besitzübergang vor dem 1.4.2004 stattfand, führt auch § 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG n. F. zu keinem anderen Ergebnis (vgl. *Korintenberg/Schwarz*, § 20 KostO Rdnr. 29 a).

cc) Das Landgericht hat auch zu Recht wegen der Wertsicherungsklausel für den Erbbauzins einen Zuschlag zum Erbbauzins gemacht (vgl. auch *Korintenberg/Schwarz*, § 24 KostO Rdnr. 25; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Dezember 2005, § 24 Rdnr. 15). Die Kapitalisierung des Erbbauzinses für 25 Jahre nach der gegenwärtigen Höhe umfasst noch nicht die vereinbarte bedingte Erhöhung, basierend auf der Wertsicherungsklausel. Es ist daher angebracht, den Wert dieser bedingten Erhöhung nach einem Prozentsatz des kapitalisierten Betrages des Erbbauzinses zu bemessen, wobei für die Höhe des Prozentsatzes die wahrscheinliche prozentuale Veränderung der Bezugsgröße im Kapitalisierungszeitraum einen Anhaltspunkt bietet (BayObLGZ 1975, 173, 176 = DNotZ 1975, 750; OLG Hamm, DNotZ 1973, 48). Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 Buchst. a KostO, der die Summe der Jahreswerte für maßgebend erklärt und nur eine Beschränkung auf 25 Jahreswerte vornimmt. Dabei geht auch der Gesetzgeber nicht notwendigerweise von gleichen Jahreswerten aus. Sind die Jahreswerte unterschiedlich, sind diese unterschiedlichen Jahreswerte zu addieren. Auch § 18 Abs. 1 KostO führt zu keinem anderen Ergebnis. Da nach den bindenden Feststellungen des Landgerichts eine echte Wertsicherungsklausel vorliegt, war bereits von Anfang an eine Erhöhung nach einem konkreten, wenngleich erst noch zu ermittelnden Maßstab vereinbart; im Zeitpunkt der Fälligkeit der Gebühr ist damit ein um die Inflationsrate erhöhter Wert maßgebend. Auszugehen bei der Berechnung des Zuschlags ist daher von der Summe der voraussichtlichen Jahresbeträge für 25 Raten.

Die Höhe der einzelnen Raten ist unter Berücksichtigung der vertraglichen Vereinbarung und der voraussichtlichen jährlichen Anpassungsquote aufgrund der Wertsicherungsklausel nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen (BayObLGZ 1975, 173, 176 = DNotZ 1975, 750; BayObLGZ 1975, 288, 291). Dabei ist auf bisherige statistische Erfahrungswerte und volkswirtschaftliche Prognosen zurückzugreifen. Bei der Schätzung steht dem Gericht der weiteren Beschwerde nur die Nachprüfung zu, ob das LG von seinem Ermessen keinen Gebrauch gemacht hat, ob es von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Feststellungen ausgegangen ist, ob es sich mit den Denkgesetzen oder allgemeinen Grundsätzen der Lebenserfahrung in Widerspruch gesetzt hat, oder ob es sonst von seinem Ermessen einen dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden und mithin rechtsfehlerhaften Gebrauch gemacht hat; die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung ist dagegen der Nachprüfung durch das Gericht der weiteren Beschwerde entzogen (*Rohs/Wedewer/Waldner*, § 31 KostO Rdnr. 30).

Der jährliche durchschnittliche Anstieg des Lebenshaltungskostenindexes aller privaten Haushalte bzw. des Verbraucherpreisindexes betrug in den letzten fünf Jahren ca. je 1,6 %, in den letzten zehn Jahren ca. 1,4 % und in den letzten 25 Jahren sogar ca. 2,3 % (Quelle für Grundlagen der Berechnung hierfür: Statistisches Bundesamt, siehe www.destatis.de/download/d/preis/jahr_ab_1948). Da auch weiterhin mit einem erheblichen Anstieg der Energiekosten zu rechnen ist, ist nicht

zu erwarten, dass die Teuerungsraten merklich unter die bisherigen Werte fallen. In dem damit abgesteckten Rahmen (also zwischen 1,4 % und 2,3 %) ist eine Schätzung der jährlichen Teuerungsrate aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, da das LG dann die richtigen Grundsätze seiner Schätzung zugrunde legt. Wie sich aus der nachstehenden Tabelle ergibt, ging das Gericht bei Bemessung des Zuschlags von 20 % im Rahmen der Schätzung von einem noch in einem zulässigen Rahmen liegenden jährlichen Anstieg der Lebenshaltungskosten von 2,19 % aus:

Jahr n	Lebenshaltungskosten im Jahre n entsprechen dem …-fachen der des Jahres 1	Erbbauzins, berechnet nach der Wertsicherungsklausel im Jahre n in dem …-fachen des Jahres 1
1	1,000	1,000
2	1,022	1,000
3	1,044	1,000
4	1,067	1,000
5	1,090	1,000
6	1,114	1,077
7	1,139	1,077
8	1,164	1,077
9	1,189	1,127
10	1,215	1,127
11	1,242	1,162
12	1,269	1,162
13	1,297	1,199
14	1,325	1,218
15	1,354	1,237
16	1,384	1,257
17	1,414	1,277
18	1,445	1,298
19	1,477	1,319
20	1,509	1,341
21	1,542	1,363
22	1,576	1,386
23	1,610	1,409
24	1,645	1,432
25	1,681	1,457
		30,000

In 25 Jahren wird damit das 30-fache des jährlichen Erbbauzinses bezahlt. Es ergibt sich also ein Zuschlag von 20 % zum 25-fachen Jahreswert.

b) Auch die Bewertung des Vorkaufsrechts für das Erbbaurecht hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. In der Regel ist der Wert des auf ein Erbbaurecht bezogenen Vorkaufsrechts in Höhe des halben Wertes des Erbbaurechts zuzüglich der voraussichtlichen Baukosten anzusetzen (§ 20 Abs. 2 KostO). Der Grund dieser gesetzlichen Regelung wird überwiegend darin gesehen, dass die wirtschaftliche Bedeutung eines Vorkaufsrechts gegenüber dem Erwerb geringer zu veranschlagen ist, weil noch nicht feststeht, ob dieses jemals ausgeübt wird.

Es liegt daher auch nahe, darüber hinaus eine Abweichung vom Regelfall dann anzunehmen und einen ermäßigten Wert anzusetzen, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Ausübung des Vorkaufsrechts nach den getroffenen vertraglichen Regelungen und den tatsächlichen Umständen gegenüber durchschnittlichen Fällen deutlich verringert ist (OLG Zweibrücken, JurBüro 2000, 427, 428 = MittBayNot 2001, 97; BayObLG, JurBüro 1997, 487 = MittRhNotK 1997, 328; *Korintenberg/Bengel*, § 20 KostO Rdnr. 40 a). Dies ist insbesondere dann angenommen worden, wenn der Eigentümer auch dadurch gesichert ist, dass die Veräußerung des Erbbaurechtes seiner Zustimmung bedarf (OLG Braunschweig, Beschluss vom 6.8.1968, in *Lappe*, KostRspr KostO, § 20 Abs. 2 Nr. 18). Demgegenüber haben das OLG Celle in einer älteren Entscheidung (DNotZ 1960, 51, 52) und das OLG Schleswig (JurBüro 1982, 1867) den Regelgegenstandswert für zutreffend gehalten. Welcher Ansicht der Vorzug zu geben ist, bedarf jedoch deshalb keiner Entscheidung, weil der Wertansatz des LG jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden ist, auch wenn man der Auffassung des OLG Zweibrücken und des BayObLG folgt.

Ist nämlich – wie hier – der Grundstückseigentümer mit dem Vorkaufsberechtigten am Erbbaurecht identisch, wird er gerade in den Fällen, in denen ihm die Ausübung des Vorkaufsrechts günstig erscheint, die Zustimmung zur Veräußerung nicht versagen, sondern das Vorkaufsrecht ausüben. Zudem bedarf nach dem Vertrag die Veräußerung an ein mit der Beteiligten zu 1 verbundenes Unternehmen nicht der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Im kaufmännischen Bereich kommen Vermögensumschichtungen innerhalb von Konzernen durchaus häufig vor, wobei im Einzelfall auch Kaufverträge geschlossen werden. Insgesamt ist im vorliegenden Fall die Wahrscheinlichkeit einer Ausübung des Vorkaufsrechtes nach den getroffenen vertraglichen Regelungen und den tatsächlichen Umständen gegenüber durchschnittlichen Fällen nicht so deutlich verringert, dass aus Rechtsgründen ein Abweichen vom Regelgeschäftswert des § 20 Abs. 2 KostO geboten ist. Die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung ist auch hier der Nachprüfung durch das Gericht der weiteren Beschwerde entzogen.

c) Zu Recht geht das Landgericht bei der Bewertung des Vorkaufsrechts für das Grundstück von einem Geschäftswert von 527.257,50 € aus. Die eigenen Angaben der Vertragsparteien sind zu beachten. Geben die Vertragsparteien einen höheren Wert an als sich aus den Bodenrichtwerten ergeben würde, ist dieser bei der Bewertung in der Regel maßgebend: Die Vertragsparteien haben sich in diesem Fall über den Wert eines Grundstücks selbst eine konkrete Vorstellung gemacht, die gerade das vom Vertrag betroffene Grundstück betrifft. Die Bodenrichtwerte beruhen dagegen auf Vergleichswerten von Grundstücken in der gleichen Lage und Gegend. Die Vorstellungen einer Partei, die auch in die Kaufpreisfindung eingehen, haben demgegenüber größere Richtigkeitsgewähr.

Anmerkung:

Mit vorstehendem Beschluss hat sich das OLG München mit der Bewertung einer Erbbaurechtsbestellung mit wertgesichertem Erbbauzins und eines Vorkaufsrechtes für den Grundstückseigentümer am Erbbaurecht befasst. Im Wesentlichen wurden hierzu folgende Aussagen getroffen:

1. Wertsicherungsklausel

Zunächst wurde klargestellt, dass die Wertbestimmung des Erbbauzinses nach § 24 Abs. 1 a) KostO zu erfolgen hat. Der jährliche Erbbauzins ist also entsprechend der Laufzeit des Erbbaurechts zu kapitalisieren, höchstens aber mit dem

25-fachen Jahreswert. Bestätigt wird ferner, dass sich bei Vereinbarung von wiederkehrenden Leistungen, hier des Erbbauzinses, die Vereinbarung einer „echten" Wertsicherungsklausel werterhöhend auswirkt. Von Interesse ist dabei, dass das OLG München die Wertsicherungsklausel nicht als gegenstandsverschiedene Vereinbarung – so das BayObLG in einer früheren Entscheidung[1] – ansieht, sondern als bedingte Erhöhung des Erbbauzinses, auf den somit ein entsprechender Zuschlag zu machen ist. Diese Auffassung wurde in Übereinstimmung mit dem OLG Hamm[2] und der überwiegenden Literaturmeinung[3] bisher bereits von der Notarkasse vertreten.

Bei verschieden hohen Erbbauzinsbeträgen ist der kapitalisierte Wert des höchsten Erbbauzinses maßgebend, sofern dieser mindestens 25 Jahre läuft.[4] Die Feststellung des OLG München, dass bei unterschiedlichen Jahreswerten diese zu addieren sind, kann nur in diesem Sinne verstanden werden.

Der aufgrund der Wertsicherungsklausel vorzunehmende Zuschlag auf den Erbbauzins ist gem. § 30 Abs. 1 KostO im Wege der Schätzung zu bestimmen. Dabei ist auf statistische Erfahrungswerte und volkswirtschaftliche Prognosen zurückzugreifen. So hat das OLG München anhand des durchschnittlichen Anstiegs des Lebenshaltungskostenindexes aller privaten Haushalte bzw. des Verbraucherpreisindexes eine jährliche Teuerungsrate zwischen 1,4 % und 2,3 % ermittelt. Im entschiedenen Fall wurde für die Wertsicherungsklausel ein Zuschlag von 20 % auf den 25-fachen jährlichen Erbbauzins vorgenommen, was einem jährlichen Anstieg der Lebenshaltungskosten von durchschnittlich 2,19 % entspricht und im zulässigen Ermessen liegt.

Für die Berechnung des Zuschlags ist nach OLG München von der Summe der Jahresbeträge auszugehen. Dies hat zur Folge, dass der kostenrechtliche Kapitalisierungsfaktor nach § 24 KostO maßgeblichen Einfluss auf die Höhe des prozentualen Zuschlages je nach Ausgestaltung der Wertsicherungsklausel haben wird. So wird bei einem Vervielfältiger, z. B. nach § 24 Abs. 2 oder Abs. 3 KostO, ein Wertansatz gemäß der bisherigen Bewertungspraxis von etwa 10 % angemessen sein. Bei einem Vervielfältiger von 25 Jahresbeträgen gem. § 24 Abs. 1 a) KostO – wie bei Erbbaurechtsverträgen regelmäßig der Fall – ist ein Wertansatz bis zu 20 % sachgerecht.

2. Vorkaufsrecht am Erbbaurecht

Das in einem Erbbaurechtsvertrag dem Grundstückseigentümer eingeräumte Vorkaufsrecht am Erbbaurecht ist nach einhelliger Rechtsmeinung gesondert zu bewerten. Unterschiedliche Auffassungen bestehen zur Wertbestimmung. Grundsätzlich ist der Wert eines Vorkaufsrechts gem. § 20 Abs. 2 KostO mit dem halben Wert der Sache zu bestimmen, wobei vom Wert des Belastungsgegenstandes im Zeitpunkt der möglichen Ausübung auszugehen ist. Der Bezugswert für das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht ist also der Wert des Erbbaurechts vor Bebauung, anzunehmen mit 80 % des Grundstückswertes, zuzüglich der voraussichtlichen Baukosten.[5] Nach der mehrheitlichen Meinung in Literatur und Rechtsprechung, der sich auch die Notarkasse angeschlossen hat, ist der Wert des Vorkaufsrechts geringer anzusetzen, etwa mit 10 % des Wertes des Erbbaurechts, wenn die Zustimmung des Eigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts erforderlich ist.[6] Die Gegenmeinung hält ein Abweichen vom Regelwert des § 20 Abs. 2 KostO nicht für geboten, wenn der Grundstückseigentümer mit dem Vorkaufsberechtigten am Erbbaurecht identisch ist. Denn der Grundstückseigentümer wird seine Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts gerade in den Fällen nicht versagen, in denen ihm die Ausübung des Vorkaufsrechts günstig erscheint.[7]

Die letztere Auffassung wird auch vom OLG München vertreten. Besteht also Identität zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Vorkaufsberechtigten am Erbbaurecht, wird die Wahrscheinlichkeit einer Ausübung des Vorkaufsrechtes gegenüber durchschnittlichen Fällen nicht so deutlich verringert, dass aus Rechtsgründen ein Abweichen vom Regelgeschäftswert des § 20 Abs. 2 KostO geboten ist. Die Entscheidung des OLG München ist künftig zu beachten.

3. Angabe der Beteiligten zum Grundstückswert

Hinsichtlich der Wertbestimmung für Grundbesitz nach § 19 Abs. 2 KostO hat das OLG München festgestellt, dass die Wertangaben der Beteiligten vorrangig zu beachten sind. Geben die Vertragsparteien übereinstimmend einen höheren Wert an, als sich aus den Bodenrichtwerten ergeben würde, ist dieser bei der Bewertung in der Regel maßgebend. In diesem Sinne hat auch bereits das BayObLG[8] entschieden.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. Ö. R., München

---

1 MittBayNot 1975, 185.

2 DNotZ 1973, 48.

3 Ausführlich *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 24 Rdnr. 25.

4 *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 24 Rdnr. 14; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., S. 292.

5 BayObLG, MittBayNot 1983, 27.

6 Notarkasse, Streifzug durch die KostO, 6. Aufl., Rdnr. 384 mit Fn. 248.

7 OLG Celle, ZNotP 2002, 323; *Rohs/Wedewer*, § 21 KostO Rdnr. 5; *Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl., § 20 KostO Rdnr. 36.

8 DNotZ 1970, 756; MittBayNot 2002, 58.

Öffentliches Recht

23. BBodSchG § 4; WHG § 34; AbfG §§ 4,11 (*Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers auch für vor Inkrafttreten des BBodSchG verursachte Altlasten*)

Die Bestimmungen des Bundes-Bodenschutzgesetzes über die Sanierungspflicht des Gesamtrechtsnachfolgers des Verursachers einer schädlichen Bodenveränderung beanspruchen auch für die Zeit vor dessen Inkrafttreten Geltung.

Die Sanierungspflicht des Gesamtrechtsnachfolgers des Verursachers verstößt nicht gegen das grundsätzliche Verbot der Rückwirkung von Gesetzen. Sie ist normativer Ausdruck eines seit langem anerkannten Grundsatzes des Verwaltungsrechts, wonach öffentlich-rechtliche Pflichten auf den Gesamtrechtsnachfolger übergehen.

BVerwG, Urteil vom 16.3.2006, 7 C 3.05

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in ZfIR 2006, 551.

Steuerrecht

24. ErbStG §§ 11, 14 Abs. 1 Satz 2, 37; BGB § 184 Abs. 1 (*Entstehen der Schenkungsteuer bei schwebend unwirksamem Vertrag)*

Die Schenkungsteuer entsteht unter Lebenden mit dem Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung. Die Schenkungsteuer für Grundstücksanteile ist danach erst mit Abgabe der Genehmigungserklärungen durch die Vertragsparteien entstanden. Die zivilrechtliche Rückwirkung der Genehmigungen hat keine Bedeutung, da sie am maßgebenden tatsächlichen Geschehensablauf nichts ändert.

BFH, Urteil vom 26.10.2005, II R 53/02

Der Vater des Klägers sagte diesem mit notariell beurkundetem Vertrag vom 28.12.1995 die unentgeltliche Übertragung zahlreicher ideeller Anteile an Grundstücken zu. Bei der Beurkundung traten für die abwesenden Vertragsbeteiligten Notariatsangestellte auf, und zwar nach dem Vertragswortlaut als vollmachtlose Vertreter. Der Notar wies darauf hin, dass der Vertrag bis zu seiner Genehmigung durch die Vertragsparteien schwebend unwirksam sei. Diese genehmigten den Vertrag durch öffentlich beglaubigte Urkunden vom 20.2.1996.

In dem Vertrag wurde die Auflassung der Miteigentumsanteile erklärt. Der Notar wurde angewiesen, den Antrag auf Umschreibung des Eigentums unverzüglich nach Vorliegen aller Genehmigungen beim Grundbuchamt einzureichen. Auflassungsvormerkungen sollten nicht eingetragen werden. Der Kläger räumte seinem Vater und aufschiebend bedingt durch dessen Tod dessen Ehefrau auf deren Lebensdauer unentgeltlich den Nießbrauch an den ihm übertragenen Miteigentumsanteilen ein.

Während der Kläger annahm, die Schenkungsteuer für die Zuwendung der Grundstücksanteile sei bereits mit der Beurkundung des Übertragungsvertrags am 28.12.1995 entstanden und deshalb auf der Grundlage der für die Grundstücke festgestellten Einheitswerte festzusetzen, vertrat das beklagte Finanzamt die Auffassung, die Schenkungsteuer sei erst mit der Genehmigung des Vertrags am 20.2.1996 entstanden, und sah dementsprechend die vom Lagefinanzamt nach § 12 Abs. 3 ErbStG i. V. m. § 138 Abs. 3 und 5 BewG i. d. F. des Jahressteuergesetzes (JStG) 1997 vom 20.12.1996 (BGBl I, S. 2049) festgestellten Grundbesitzwerte für die übertragenen Grundstücksanteile als maßgebend an. Der Einspruch gegen den Schenkungsteuerbescheid blieb insoweit erfolglos.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. (…)

Das FG hat zwar zutreffend entschieden, dass die Schenkungsteuer im Jahr 1996 entstanden und die im JStG 1997 angeordnete Rückwirkung des neuen Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts auf den 1.1.1996 verfassungsgemäß ist (BFH, BStBl II 2005, 99 = ZEV 2005, 33). Die Berechnung der Schenkungsteuer entspricht indes nicht den Anforderungen des § 14 Abs. 1 ErbStG. (…)

2. Die Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis entstehen, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (§ 38 AO). Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG entsteht die Steuer bei Schenkungen unter Lebenden mit dem Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung. Eine Schenkung oder freigebige Zuwendung ist ausgeführt, wenn der Bedachte das erhalten hat, was ihm nach der Schenkungsabrede, im Fall der freigebigen Zuwendung nach dem Willen des Zuwendenden, verschafft werden soll; danach richtet sich auch der Gegenstand der Schenkung, sofern der Wille des Zuwendenden tatsächlich vollzogen wurde (BFH/NV 2005, 213, m. w. N. zur ständigen Rechtsprechung = ZEV 2005, 34). Abweichend hiervon entsteht die Steuer bei der freigebigen Zuwendung (Schenkung) eines Grundstücks oder eines Miteigentumsanteils hieran nicht erst bei Eintritt des Leistungserfolges, also mit Übergang des zivilrechtlichen Eigentums durch Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB). Vielmehr ist die freigebige Zuwendung (Schenkung) in solchen Fällen bereits ausgeführt, wenn die Vertragspartner die für die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben und der Beschenkte aufgrund dieser Erklärungen in der Lage ist, beim Grundbuchamt die Eintragung der Rechtsänderung zu bewirken. Dies ist der Fall, wenn von den Vertragsparteien die Auflassung erklärt (§ 925 Abs. 1 Satz 1, § 873 Abs. 1 BGB) und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch von dem Berechtigten, nämlich dem Schenker, bewilligt worden ist (§ 19 GBO), der Schenker also alles zur Bewirkung der Leistung Erforderliche getan hat, und wenn ferner der Beschenkte jederzeit seine Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch beantragen und damit den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung herbeiführen kann (BFH/NV 2000, 1095; BStBl II 2005, 312 = ZEV 2005, 218). Nicht erforderlich ist, dass der Beschenkte den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt stellt (BFH, BStBl II 1991, 320 = NJW 1991, 2591).

Bei einem letztlich nicht zustande gekommenen Eigentumsübergang auf den Beschenkten, dessen Erben oder durch diese veranlasst auf einen Dritten und damit bei einem Verbleib des Grundstücks im Vermögen des ursprünglichen Eigentümers soll indes mit dieser Rechtsprechung eine Grundstücksschenkung nicht durch Vorverlegung des Ausführungszeitpunkts fingiert werden. Diese Rechtsprechung hat vielmehr zur Voraussetzung, dass die Umschreibung im Grundbuch und damit der Eigentumswechsel auf den Beschenkten oder ggf. dessen Erben nachfolgt oder nur deshalb unterbleibt, weil der Beschenkte bzw. dessen Erbe die unmittelbare Umschreibung vom Schenker auf einen Dritten etwa nach Abtretung des Verschaffungsanspruchs oder Übertragung des Anwartschaftsrechts veranlasst hat. Bezüglich eines solchermaßen zivilrechtlich abgeschlossenen, auf den Eigentumsübergang gerichteten Vorgangs sollte ein unter dem Gesichtspunkt der §§ 11, 14 oder 37 ErbStG sinnvoller Ausführungszeitpunkt nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG bestimmt werden (BFH, BStBl II 2002, 781 = ZNotP 2002, 477; vgl. auch BFH, BStBl II 2005, 312 = ZEV 2005, 218).

Die Umschreibung im Grundbuch auf den Beschenkten, dessen Erben oder auf deren Veranlassung auf einen Dritten, braucht nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erfolgen. Die entstandene Schenkungsteuer fällt vielmehr rückwirkend erst dann weg, wenn die Schenkungsabrede vor der Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch wieder aufgehoben wird (BFH, BStBl II 2002, 781 = ZNotP 2002, 477) oder der Beschenkte aus anderen Gründen aufgrund der Eintragungsbewilligung die Eigentumsumschreibung im Grundbuch auf ihn selbst oder einen Dritten nicht mehr herbeiführen kann, etwa weil der Schenker über das Grundstück gegenüber dem Beschenkten wirksam anderweit verfügt hat. Treten solche Umstände ein, handelt es sich um ein Ereignis mit steuerlicher Wirkung für die Vergangenheit (rückwirkendes Ereignis, § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO). Die Festsetzungsfrist für die Änderung eines ergangenen Schenkungsteuerbescheids richtet sich nach § 175 Abs. 1 Satz 2 und § 171 AO.

3. Die Schenkungsteuer für die dem Kläger geschenkten Grundstücksanteile ist danach nicht bereits im Jahr 1995, sondern erst 1996 mit Abgabe der Genehmigungserklärungen durch die Vertragsparteien entstanden.

a) Aufgrund des ausdrücklich als schwebend unwirksam bezeichneten Vertrags konnte im Jahr 1995 die Eintragung des Klägers als Eigentümer der ihm zugewendeten Grundstücksanteile nicht herbeigeführt werden, und zwar unabhängig davon, ob der Vertrag zu Recht so bezeichnet war. Auf die vom Kläger behauptete bloße Absicht der Vertragsbeteiligten, die Schenkung noch im Jahr 1995 zu vollziehen, kommt es nicht an; seine hierauf bezogene Verfahrensrüge geht fehl. Die zivilrechtliche Rückwirkung der Genehmigungen (§ 184 Abs. 1 BGB) hat ebenfalls keine Bedeutung, da sie am maßgebenden tatsächlichen Geschehensablauf nichts ändert.

b) Nachdem im Jahr 1996 der Vertrag von den Vertragsbeteiligten genehmigt worden war, lagen die Voraussetzungen für die Entstehung der Steuer hinsichtlich der zugewendeten Grundstücksanteile vor. Die Auflassungserklärungen waren nunmehr wirksam. Die für die Entstehung der Steuer erforderliche Eintragungsbewilligung ist in dem Auftrag an den Notar zu sehen, den Antrag auf Umschreibung des Eigentums unverzüglich nach Vorliegen aller Genehmigungen beim Grundbuchamt einzureichen. Die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) braucht nicht ausdrücklich als solche gekennzeichnet zu sein. Es muss nur unzweideutig erkennbar sein, dass eine Grundbucheintragung gewollt ist und was eingetragen werden soll. Die Eintragungsbewilligung kann daher auch in die Form eines Eintragungsantrags gekleidet werden (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 19 Rdnr. 27, m. w. N.). (…)

---

25. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a, § 12 Nr. 2 (*Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, Abänderbarkeit einer dauernden Last*)

1. **Bei der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist die Höhe der als dauernde Last gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG abziehbaren Versorgungsleistungen durch die nach der Prognose im Zeitpunkt der Übergabe erzielbaren Nettoerträge begrenzt. Einigen sich die Vertragsbeteiligten auf ein in Anbetracht des gestiegenen Versorgungsbedürfnisses – hier: wegen Umzugs des Versorgungsberechtigten in ein Pflegeheim – neues Versorgungskonzept, sind Zahlungen, die ab diesem Zeitpunkt nicht mehr aus dem Ertrag des übergebenen Vermögens erbracht werden können, freiwillige Leistungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG.**

2. **Die Abänderbarkeit einer dauernden Last ist in zivilrechtlicher Hinsicht bezogen auf die Versorgungsbedürftigkeit des Empfängers und die sich aus dem übertragenen Wirtschaftsgut ergebende Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Diese bestimmen den Korridor, innerhalb dessen die Beteiligten mit steuerlicher Wirkung auf eine Änderung des Bedarfs des Berechtigten und/oder der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten reagieren können.**

BFH, Urteil vom 13.12.2005, X R 61/01

Die Kläger sind Eheleute, die für die Streitjahre zusammen zur Einkommensteuer veranlagt werden. In den Einkommensteuererklärungen für die Streitjahre machten die Kläger wiederkehrende Leistungen des Ehemannes an seine Schwiegermutter (S) in Höhe von 6.000 DM (1994), 7.200 DM (1995), 41.809 DM (1996) und 19.725 DM (1997) als Sonderausgaben i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG geltend.

Der Kläger hatte sich durch notariellen Vertrag vom 2.6.1967 gegenüber S unter Bezugnahme auf § 323 ZPO zur Zahlung eines monatlichen Unterhaltsbetrages von 100 DM verpflichtet. Eine Gegenleistung hatte S nicht zu erbringen. Mit Vertrag vom 1.8.1973 ersetzten die Vertragsparteien diese Vereinbarung durch eine neue Regelung. Der Kläger räumte S an einer ihm gehörenden Wohnung ein Nießbrauchsrecht ein. Mit privatschriftlichem Vertrag vom 23.12.1978 wurde dieses Nießbrauchsrecht durch ein Nießbrauchsrecht an einer anderen Wohnung des Klägers, die höhere Mieterträge abwarf, „ausgetauscht“. Schließlich verpflichtete sich der Kläger durch notariellen Vertrag vom 13.6.1984, an S auf deren Lebenszeit eine monatliche „Rente“ in Höhe von 500 DM zu zahlen; § 323 ZPO wurde in Bezug genommen. Im Gegenzug verzichtete S auf ihr Nießbrauchsrecht.

Seit 20.10.1995 wurde S – seit 1997 als „Schwerstpflegefall“ (Pflegestufe III; Hundert v. H. Behinderung) – in einem Altenpflegeheim betreut. Neben den wiederkehrenden Leistungen des Klägers bezog S eine BfA-Rente, die zuletzt vor der Unterbringung im Pflegeheim monatlich 1.596 DM betrug.

Das beklagte Finanzamt lehnte den Abzug der wiederkehrenden Leistungen des Klägers an S als Sonderausgaben i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG unter Hinweis auf § 12 EStG ab. Die dagegen nach erfolglosen Einsprüchen erhobene Klage hat das FG abgewiesen (EFG 2002, 27). Hiergegen wendet sich die Revision.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision der Kläger ist begründet. Die Vorentscheidung ist aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Der erkennende Senat vermag dem FG nicht darin zu folgen, dass eine Abziehbarkeit der streitigen Zahlungen an S als Sonderausgaben i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG schon deswegen ausgeschlossen sei, weil diese Zahlungen „letztlich auf einer unentgeltlichen, freiwillig begründeten Rechtspflicht (beruht hätten)“.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Hierzu hat die Rechtsprechung des BFH im Wesentlichen die folgenden Grundsätze entwickelt.

a) Nach Maßgabe des § 12 EStG sind nicht abziehbar u. a. freiwillige Zuwendungen und Zuwendungen aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtspflicht (§ 12 Nr. 2 EStG). Dies gilt auch für die im Einleitungssatz des § 12 EStG nicht erwähnten Renten und dauernden Lasten (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG), soweit diese – außerhalb der für die Vermögensübergabe geltenden Sonderregelung – Unterhaltsleistungen oder Leistungen aufgrund freiwillig begründeter Rechtspflicht sind (BFH, BStBl II 1992, 612).

b) Die steuerrechtliche Behandlung der Versorgungsleistungen als dauernde Last/wiederkehrende Bezüge „beruht auf dem Umstand, dass sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen“ (BFH, BStBl II 1990, 847 = MittBayNot 1990, 392). Dem liegt nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH vom 12.5.2003, GrS 1/00 (BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306) die normleitende Vorstellung zugrunde, dass der Übergeber das Vermögen – ähnlich wie beim Nießbrauchsvorbehalt – ohne die vorbehaltenen Erträge, die nunmehr als Versorgungsleistungen zufließen, übertragen hat. Maßgebendes Kriterium für die Frage, ob ein Wirtschaftsgut Gegenstand einer unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein kann, ist,

so der Große Senat, „die Vergleichbarkeit mit dem Vorbehaltsnießbrauch. Die Vermögensübergabe muss sich so darstellen, dass die vom Übernehmer zugesagten Leistungen – obwohl sie von ihm erwirtschaftet werden müssen – als zuvor vom Übergeber vorbehaltene – abgespaltene – Nettoerträge vorstellbar sind." Dies ist für die Abziehbarkeit und materiellrechtlich korrespondierend für die Steuerbarkeit der privaten Versorgungsrente konstituierend (BFH, BStBl II 2005, 130, unter II.1. b der Gründe = MittBayNot 2005, 252).

c) Im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte wiederkehrende Leistungen, die nicht aus den erzielbaren Nettoerträgen des übernommenen Vermögens gezahlt werden können, sind nicht als dauernde Last abziehbar. Sie stellen Entgelt für das übernommene Vermögen dar (BFH, BStBl II 2004, 95, unter C. II. vor 1. und 3. = MittBayNot 2004, 306).

d) S hatte dem Kläger in Gestalt des Verzichts auf den ihr zustehenden Nießbrauch an einer diesem gehörenden Wohnung Vermögen „übertragen", welches nach der Rechtsprechung des BFH als begünstigte Wirtschaftseinheit i. S. des in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG geregelten Sonderrechtsinstituts in Betracht kommt (allgemein zum Begriff des nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG begünstigten Vermögens vgl. nunmehr den Beschluss des Großen Senats des BFH, BStBl II 2004, 95, unter C. II.6. „Art des übergebenen Vermögens" = MittBayNot 2004, 306).

Schon in seiner früheren, vor den Beschlüssen des Großen Senats des BFH (BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306) und vom 12.5.2003, GrS 2/00 (BStBl II 2004, 100 = MittBayNot 2004, 310) ergangenen Rechtsprechung hat der BFH den Nießbrauch (oder ein vergleichbares Nutzungsrecht) an einer Immobilie als eine i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG potentiell begünstigte Wirtschaftseinheit angesehen. Dies gilt nicht nur für den Vorbehaltsnießbrauch (vgl. z. B. BFH, BStBl II 1993, 23 = MittBayNot 1993, 233; BStBl II 1993, 98 = MittBayNot 1993, 234; BStBl II 1996, 663; BFH/NV 2004, 1095, unter II. 1., letzter Absatz; BStBl II 2005, 130 = MittBayNot 2005, 252), sondern ebenso für den hier in Rede stehenden Zuwendungsnießbrauch (vgl. z. B. BFH/NV 1994, 848, unter 2. b; BFH/NV 1993, 586, unter II. 1. a bb und cc der Gründe).

Hierbei ist ohne Bedeutung, dass der Nießbrauch im Falle des Verzichts nicht Gegenstand einer bürgerlich-rechtlichen „Übertragung" ist, sondern mit dem Verzicht erlischt (näher dazu z. B. BStBl II 1996, 663, unter 2. b cc der Gründe).

e) Einer nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG begünstigten Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen steht nicht per se der Umstand entgegen, dass der Kläger das vermögenswerte Nutzungsrecht an der nämlichen Wohnung ca. fünfeinhalb Jahre zuvor der S im Wege des Zuwendungsnießbrauchs übertragen hatte. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung dessen, dass sich die Bestellung dieses Nießbrauchs jedenfalls insoweit unentgeltlich vollzogen hatte, als dessen Wert den Wert des von der S im Gegenzug aufgegebenen Nießbrauchs an einer anderen dem Kläger gehörenden Wohnung überstieg, und dass auch der von S am 23.12.1978 aufgegebene Nießbrauch ihr zuvor – am 1.8.1973 – vom Kläger unentgeltlich eingeräumt worden war. Grundsätzliche Bedenken gegen die steuerrechtliche Anerkennung des von der S am 13.6.1984 gegen die Gewährung wiederkehrender Bezüge erklärten Nießbrauchsverzichts als (privilegierte) Vermögensübergabe i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG wären unter dem Aspekt einer „Umgehung" der Rechtsfolge des § 12 Nr. 2 EStG und einer „Erschleichung" des Sonderausgabenabzugs nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG (§ 42 AO) nur dann angezeigt, wenn sich Anhaltspunkte für eine gesamtplanmäßige Verbindung der hierzu beurteilenden Rechtsgeschäfte finden ließen. Ein solcher Gesamtplan könnte darin bestehen, dass die Vertragsparteien von vornherein, mithin bereits bei der Begründung der Nießbrauchsrechte im August 1973 und im Dezember 1978 (= Ausweichgeschäfte) die Absicht verfolgten, die Nießbrauchsbestellungen zu einer ihnen genehmen Zeit, sei es gegen Versorgungsleistungen i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG oder sei es – zwecks Herbeiführung höherer Werbungskosten des Klägers bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung der betreffenden Wohnung; dazu unten 2. – gegen Entgelt durch die Aufhebung des Nießbrauchs, „rückabzuwickeln" (sog. „Korrekturgeschäft"). Hierfür liegen indessen nach den bisherigen tatrichterlichen Feststellungen keine Anhaltspunkte vor.

f) Soweit das FG demgegenüber die Anwendung des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG einzig mit dem Hinweis darauf abgelehnt hat, der Verzicht der S auf das Nießbrauchsrecht stelle deswegen keine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen dar, „weil das Nießbrauchsrecht der Schwiegermutter zuvor vom Kläger unentgeltlich eingeräumt worden (sei)" (vgl. auch BMF-Schreiben vom 24.7.1998, IV B 3 – S 2253 – 59/98 – Nießbrauchserlass, BStBl I 1998, 914, 920 Tz. 61), vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen (zur insoweit berechtigten Kritik an Tz. 61 des zitierten BMF-Schreibens vgl. auch *Stephan/Rindermann*, DB, Beilage Nr. 13/1998 zu Heft Nr. 38, S. 21 f.). Damit im Einklang stehend, nimmt die ständige Rechtsprechung des BFH – vorbehaltlich des § 42 AO 1977 – auch bei einem Verzicht auf einen Vorbehalts- oder Zuwendungsnießbrauch (oder ein vergleichbares Nutzungsrecht, z. B. ein dingliches Wohnungsrecht) gegen einmaliges Entgelt auf der Seite des Verzichtenden ein (entgeltliches) Veräußerungsgeschäft und auf der Seite des Grundstückseigentümers ein (entgeltliches) Anschaffungsgeschäft an mit der Folge, dass der Erwerber in Höhe des Entgelts (zusätzliche, nachträgliche) Anschaffungskosten aufwendet, die er – soweit sie nicht auf den Grund und Boden entfallen – im Wege der AfA gemäß § 21 EStG i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG abziehen kann (vgl. BFH, BStBl II 1993, 484, unter 2. und 3., m. w. N.; BStBl II 1993, 486, unter 2. und 3., m. w. N. = MittRhNotK 1993, 297; BStBl II 1993, 488, unter 1. und 2., m. w. N.; BStBl II 1998, 429, unter 1. a, m. w. N.).

Die grundsätzliche Nichtanwendbarkeit der in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a/§ 22 Nr. 1 EStG normierten Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen lässt sich im Streitfall nur mit dem Argument begründen, dass dem Verzicht auf den Nießbrauch seitens der S der „Charakter der … Rückgängigmachung einer – entgeltlichen oder unentgeltlichen – Bestellung eines Nutzungsrechts (zukäme)" (vgl. BFH, BStBl II 1994, 451, unter 3., letzter Absatz = MittBayNot 1994, 362). Wie dargelegt, könnte indessen der Verzicht der S auf den Nießbrauch nur dann bei der gebotenen steuerrechtlich-wirtschaftlichen Betrachtung als „Rückgängigmachung" der früheren Nießbrauchsbestellung gewertet werden, wenn beide Rechtsgeschäfte aufgrund eines von Anfang an bestehenden Gesamtplans miteinander „verklammert" gewesen wären, wofür im Streitfall allerdings – wie ausgeführt – kein (hinlänglicher) Anhalt besteht. Ohne eine solche „Verklammerung" können die Nießbrauchsbestellungen einerseits und der Nießbrauchsverzicht andererseits nur jeweils für sich auf ihre (ertrag-) steuerrechtliche Relevanz untersucht werden.

Anhaltspunkte dafür, dass die Nießbrauchsbestellungen und der spätere Nießbrauchsverzicht nach den Grundsätzen über die steuerrechtliche Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen der Besteuerung nicht zugrunde gelegt werden können, sind nicht ersichtlich.

g) Ebenso wenig hindert § 42 AO bei isolierter Beurteilung des von S gegen die Gewährung wiederkehrender Bezüge ausgesprochenen Nießbrauchsverzichts eine Beurteilung dieses Rechtsgeschäfts am Maßstab des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG. Da S, solange der Nießbrauch bestand, die aus der betreffenden Wohnung erzielten Mieterträge als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i. S. von § 21 EStG zuzurechnen waren und sie sich nach der neueren, durch die Beschlüsse des Großen Senats in BStBl II 2004, 95 (= MittBayNot 2004, 306) und in BStBl II 2004, 100 (= MittBayNot 2004, 310) eingeleiteten Rechtsprechung des BFH allenfalls Versorgungsleistungen in Höhe der aus dem übertragenen Objekt (Nutzungsrecht) erzielbaren Erträge „vorbehalten" konnte, war der Nießbrauchsverzicht jedenfalls im Grundsatz nicht geeignet, zu einer nach der Wertung des § 42 AO missbilligten Steuerumgehung zu führen.

2. Ausgehend von der Anwendbarkeit des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG dem Grunde nach kann dem Hauptantrag der Kläger insoweit nicht entsprochen werden, als sich die Zahlungen an S nicht als vorbehaltener Ertrag des übertragenen Grundstücks darstellen. Für die Abziehbarkeit der Zahlungen sind wie vorstehend unter 1. b) dargelegt die normleitende Idee der vorbehaltenen Vermögenserträge und die Vergleichbarkeit mit dem Vorbehaltsnießbrauch maßgebend. Das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – und die damit verbundene Privilegierung – kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Versorgungsleistungen aus den Nettoerträgen des übertragenen Vermögens erbracht werden können (BFH, BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306). Im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte wiederkehrende Leistungen, die nicht aus den erzielbaren Nettoerträgen des übernommenen Vermögens gezahlt werden können, sind nicht als dauernde Last abziehbar. Sie sind Entgelt für das übernommene Vermögen (BFH, BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306).

Für die Unterscheidung zwischen privater Versorgungsrente und entgeltlichem Veräußerungsgeschäft ist grundsätzlich auf eine Ertragsprognose im Zeitpunkt der Übergabe des Vermögens abzustellen (BFH, BStBl II 2004, 1053 = MittBayNot 2005, 250). Ausgangspunkt sind die steuerlichen Einkünfte, die allerdings um AfA, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen sowie um außerordentliche Aufwendungen zu bereinigen sind (vgl. BFH, BStBl II 2004, 95, unter C. II. 6. b aa c = MittBayNot 2004, 306). Reichen die solchermaßen rechnerisch ermittelten erzielbaren Nettoerträge aus, um die vereinbarten Leistungen an S zu erbringen, liegt eine dauernde Last vor. Ergibt hingegen die nach den Verhältnissen des Übergabezeitpunktes „überschlägig" zu treffende Prognose, dass die – zu erwartenden – erzielbaren Nettoerträge nicht ausreichen, die voraussichtlichen wiederkehrenden Leistungen in vollem Umfang zu erbringen, sind diese von Anbeginn an Entgelt für das übernommene Vermögen, d. h. für die durch den Nießbrauchsverzicht bewirkte „Übertragung" der Nutzungsbefugnis an der Wohnung (grundlegend BFH, BStBl II 2004, 95, unter C. II. vor 1. und 3. der Gründe = MittBayNot 2004, 306).

In diesem Fall stellen die wiederkehrenden Leistungen grundsätzlich in Höhe ihres nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Nießbrauchsverzichts zu ermittelnden Barwerts (Kapitalwerts) Anschaffungskosten für die Wohnung dar (zur näheren Begründung vgl. z. B. BFH/NV 1994, 620, unter 2. b, m. w. N. aus der Rechtsprechung des BFH), die – soweit sie nicht anteilig auf den Grund und Boden entfallen – vom Kläger, sofern er die Wohnung zur Erzielung von Einkünften (aus Vermietung und Verpachtung) eingesetzt hat, über die AfA gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG als Werbungskosten abgezogen werden können. Darüber hinaus kann der Kläger den in den einzelnen wiederkehrenden Zahlungen enthaltenen Zinsanteil gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG als Werbungskosten abziehen (grundlegend – für den Fall der auch hier vorliegenden dauernden Last – BFH, BStBl II 1995, 47 = MittBayNot 1994, 575; vgl. ferner BStBl II 2005, 130, unter II. 5., ebenfalls eine dauernde Last betreffend = MittBayNot 2005, 252).

3. Geringfügige Schwankungen der für die Bemessung der dauernden Last maßgebenden Daten – Versorgungsbedürfnis des Berechtigten und Leistungsfähigkeit des Verpflichteten – sind grundsätzlich unerheblich, so lange sie den zivilrechtlichen Änderungsmechanismus nicht auslösen. Die Abänderbarkeit nach der materiellen Rechtsnatur des Übergabevertrages ist konstitutives Element der als dauernde Last abziehbaren Versorgungsleistungen. Damit ist freilich nichts darüber ausgesagt, dass stets und in vollem Umfang ein gestiegenes Versorgungsbedürfnis des Berechtigten zur steuerlichen Abziehbarkeit einer den geänderten Verhältnissen Rechnung tragenden Erhöhung der Versorgungsleistungen führen müsste. Es ist bereits zivilrechtlich zweifelhaft, ob nicht dann, wenn das Versorgungsbedürfnis durch die voraussichtlich zu erzielenden Erträge nicht mehr abgedeckt werden kann, die Höhe der Versorgungsleistungen gleichwohl begrenzt wird, weil der Verpflichtete diese nicht aus der Substanz des übergebenen Vermögens erbringen muss. In steuerlicher Hinsicht ist die Höhe der abziehbaren Leistungen durch die erzielbaren Nettoerträge begrenzt. Diese Überlegung hat den Senat in seinem Urteil vom 31.3.2004, X R 66/98 (BStBl II 2004, 830) zu der – damals nicht entscheidungserheblichen – Bemerkung veranlasst, dass mit der Veräußerung oder dem Verbrauch des übergebenen Vermögens die Abziehbarkeit der dauernden Last jedenfalls auch dann endet, wenn kein Ersatzwirtschaftsgut („Surrogat") erworben wird. Einigen sich die Vertragsbeteiligten wie vorliegend auf ein in Anbetracht des gestiegenen Versorgungsbedürfnisses neues Versorgungskonzept, sind Zahlungen, die nicht mehr aus dem Ertrag des übergebenen Vermögens erbracht werden können, freiwillige Leistungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG.

a) Für eine steuerrechtlich zu beachtende Änderungsklausel genügt der Vorbehalt der Rechte aus § 323 ZPO, weil diese so zu verstehen ist, dass der Vertrag nach Maßgabe des materiellen (Zivil-)Rechts, auf das diese Vorschrift Bezug nimmt, abänderbar sein soll (vgl. z. B. BFH/NV 2004, 1386). Fehlt eine Bezugnahme auf § 323 ZPO, kann sich eine gleichwertige Änderungsmöglichkeit aufgrund des Vertragsinhalts ergeben, der eine Anpassung nach den Bedürfnissen des Übergebers oder der Leistungsfähigkeit des Übernehmers erlaubt. Die Abänderbarkeit kann auch aus der Rechtsnatur des typischen Versorgungsvertrages folgen (BFH, BStBl II 1992, 499, unter 3. und 4. = MittBayNot 1992, 298). Die Rechtsprechung geht davon aus, dass Versorgungsleistungen, die in sachlichem Zusammenhang mit der Übergabe von existenzsicherndem Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vereinbart werden „im Regelfall" abänderbar sind (BFH/NV 2004, 1386, m. w. N. aus der Rechtsprechung des BFH).

b) Damit nimmt sowohl der „Vorbehalt der Rechte aus § 323 ZPO" als auch die ausdrückliche oder als „vertragstypisch" vorausgesetzte Abänderbarkeit auf die zivilrechtliche Rechtslage Bezug. Die durch die Übergabe existenzsichernden Vermögens und den hierauf gründenden einvernehmlichen Vertragszweck vorgeprägte Interessenlage ist exemplarisch und richtungweisend in den zu Art. 96 EGBGB zum „Altenteil" ergangenen landesrechtlichen Ausführungsgesetzen bewertet. Die Interessenlage ist geprägt durch

– das „Nachrücken der folgenden Generation in eine die Existenz – wenigstens teilweise – begründende Wirtschaftseinheit“;

– das Versorgungsbedürfnis als typischerweise notwendige Folge der Übertragung von existenzsicherndem Vermögen;

– den Versorgungscharakter als Wesen des Leibgedingvertrages, „der das sonst übliche synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in den Hintergrund treten lässt“ (vgl. z. B. BayObLG, DNotZ 1975, 622, 625; *Lüdtke-Handjery*, DNotZ 1985, 332, 333 ff.). Kraft Nutzung des übertragenen Vermögens soll der Übernehmer „sich eine eigene Lebensgrundlage schaffen und gleichzeitig den dem Altenteiler geschuldeten Unterhalt gewinnen“ (BGHZ 53, 41, 43, m. w. N.; ferner BGH, NJW 1989, 2122, unter B. II. 3. b = MittBayNot 1989, 206);

– die aus der Überlassung des Vermögens gegen Übernahme der persönlichen Versorgung folgende wechselseitige Gebundenheit und die hierdurch bedingte „Verknüpfung der beiderseitigen Lebensverhältnisse“.

In diesem Sinne ist das bürgerlich-rechtliche Altenteil ein Inbegriff von Versorgungsleistungen verschiedener Art, die durch die gemeinsame Zweckbestimmung, den Berechtigten ganz oder teilweise zu versorgen, zu einer rechtlichen Einheit verbunden sind (BFH, BStBl II 1992, 499, m. w. N. aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung = MittBayNot 1992, 298). Im Hinblick auf diese Zweckbestimmung sind die einzelnen geschuldeten Versorgungsleistungen keiner jeweils eigenen Beurteilung und im Verhältnis zueinander keiner abstufenden Wertung zugänglich (BFH, BStBl II 2005, 434 = MittBayNot 2006, 454).

c) Die Abänderbarkeit ist in zivilrechtlicher Hinsicht bezogen auf die Versorgungsbedürftigkeit des Empfängers und die aus dem übertragenen Wirtschaftsgut resultierende Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Diese bestimmen den Korridor, innerhalb dessen die Beteiligten auf eine Änderung des Bedarfs des Berechtigten und/oder der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten reagieren können. Altenteilsleistungen können der Art nach insoweit abgeändert werden, als sich bei einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse ein Anspruch auf Natural- und Versorgungsleistungen in einen Geldanspruch umwandeln kann (vgl. zu Art. 15 § 8 Preuß. AGBGB, BGHZ 25, 293, 295; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1988, 326). Eine Änderung der Höhe nach ist z. B. möglich, wenn sich die Ertragskraft des übertragenen Vermögens verbessert (vgl. z. B. MünchKommBGB/*Habersack*, 4. Aufl., Art. 96 EGBGB Rdnr. 34; *Dressel*, RdL 1970, 58, m. w. N.). Soweit ersichtlich hat sich die Rechtsprechung der Zivilgerichte bislang noch nicht dazu geäußert, ob der Übernehmer mehr als die von ihm erwirtschafteten Erträge leisten muss. Es spricht viel dafür, dass diese Frage nach dem Sinn und Zweck des Altenteils nur dahin beantwortet werden kann, dass die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten „erschöpft“ ist, wenn er zur Erfüllung seiner Schuld auf das übergebene oder auf sein sonstiges Vermögen zurückgreifen müsste. Jenseits dieser Grenze lassen sich aus der Rechtsnatur des Altenteilsvertrages als Versorgungsvertrag keine weiteren – im Vertrag nicht ausdrücklich bezeichneten – finanziellen Verpflichtungen herleiten. Soweit dem Versorgungsberechtigten nach der Vermögensübergabe mehr an Mitteln zur Verfügung steht als zuvor aus dem übergebenen Vermögen zu erwirtschaften war, sind die beiderseitigen Lebensverhältnisse nicht infolge der Vermögensübergabe, sondern durch eine hiervon unabhängige Versorgungszusage verknüpft (vgl. z. B. BFH, BStBl II 1992, 499 = MittBayNot 1992, 298).

d) Jedenfalls in steuerlicher Hinsicht sind die Versorgungsleistungen der Höhe nach begrenzt auf die aus dem übertragenen Wirtschaftsgut erzielbaren Erträge. Dies folgt bereits aus der unter 1. b) dargelegten Erwägung, dass die steuerrechtliche Behandlung der Versorgungsleistungen als dauernde Last bzw. wiederkehrende Bezüge auf der normleitenden Vorstellung beruht, der Übergeber übertrage das Vermögen – vergleichbar dem Vorbehaltsnießbrauch – ohne die vorbehaltenen Erträge, die ihm nunmehr als Versorgungsleistungen zufließen.

Ergibt die nach dem zuvor Gesagten aus der Perspektive des Umzugs der S in das Altenpflegeheim neu zu treffende Prognose, die das FG im zweiten Rechtsgang nachzuholen haben wird, dass die fortan vom Kläger an S geleisteten Zahlungen – was nach Lage des Falles nahe liegt – nicht (in vollem Umfang) aus den erzielbaren Nettoerträgen der Wohnung geleistet werden konnten, so sind die vom Kläger in den Streitjahren 1996 und 1997 an S erbrachten Leistungen – vorbehaltlich der folgenden Ausführungen unter e) – nur insoweit als dauernde Last i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG abziehbar, als sie durch die (voraussichtlich) aus dem übertragenen Wirtschaftsgut erzielbaren Nettoerträge abgedeckt werden. Die übersteigenden Beträge stellen Zuwendungen i. S. von § 12 EStG dar, die allenfalls im Rahmen der §§ 33 und 33 a EStG abgezogen werden könnten (hierzu unten 4.).

e) Soweit nach den vorstehenden Grundsätzen ein Abzug der vom Kläger in den Streitjahren 1996 und 1997 an S geleisteten Zahlungen als dauernde Last i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG in Betracht zu ziehen ist, wird das FG allerdings prüfen müssen, ob der tatsächliche Vollzug des Vermögensübergabevertrages vom 13.6.1984 den Anforderungen entspricht, welche an die steuerrechtliche Anerkennung von (Versorgungs-)Verträgen zwischen nahen Angehörigen zu stellen sind (aus jüngerer Zeit vgl. hierzu z. B. BFH, BStBl II 2004, 826 = ZEV 2004, 250; BFH/NV 2004, 1238; BFH/NV 2004, 1095; BFH/NV 2004, 1097; BFH/NV 2004, 1098; BStBl II 2004, 722). Zweifel ergeben sich daraus, dass der Kläger nach seinem eigenen Vortrag vom Sozialamt auf Zahlung jedenfalls eines Teils der Pflegeheimkosten in Anspruch genommen worden ist und sie nicht von sich aus an S erbracht hat.

4. Soweit die wiederkehrenden Zahlungen in den Streitjahren 1996 und 1997 nach den vorstehenden Grundsätzen nicht als dauernde Last i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG abgezogen werden können und mithin als Zuwendungen i. S. von § 12 EStG zu qualifizieren sind, können sie auch nicht als außergewöhnliche Belastungen i. S. der §§ 33 a und 33 EStG steuermindernd berücksichtigt werden. (…)

Anmerkung:

1. Ausgangslage

Zur Erinnerung: Vor gut drei Jahren hat der Große Senat des BFH Klarheit in das Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen gebracht, in dem er die lange umstrittene Frage der ausreichenden Ertragskraft des übertragenen Vermögens dahingehend beantwortet hat, dass die bei einer Vermögensübertragung zugesagten Versorgungsleistungen nur dann als Sonderausgaben abziehbar sind, wenn sie aus den Erträgen des übertragenen Vermögens erbracht werden können.[1] Die Typusbildung der früheren Rentener-

1 BFH, MittBayNot 2004, 306, 310 ff.; hierzu *Spiegelberger*, MittBayNot 2004, 228.

lasse war damit hinfällig geworden und die Bundesfinanzverwaltung reagierte im Jahre 2004 mit ihrem inzwischen dritten Rentenerlass[2] auf die neue Rechtsprechung. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Ertragskraft ist der Abschluss des Übergabevertrages. Reicht der durchschnittliche Ertrag des Jahres der Übergabe und der beiden vorangegangenen Jahre nicht aus, um die jährlichen Leistungen zu erbringen, hat der Übernehmer noch die Möglichkeit nachzuweisen, dass für die Zukunft ausreichend hohe Erträge zu erwarten sind. In diesem Fall sind sämtliche Veranlagungen vorläufig vorzunehmen. Können die vereinbarten Leistungen nicht aus den Erträgen des übertragenen Vermögens erbracht werden, so liegt eine (teil-)entgeltliche Vermögensübertragung vor, die nach allgemeinen Grundsätzen zu behandeln ist.

2. Entscheidung des BFH

Der BFH hatte nun über einen Fall zu entscheiden, in dem die Beteiligten des Versorgungsvertrages die Versorgungsleistungen aufgrund gestiegener Bedürfnisse des Versorgungsempfängers erhöhten. Ob auch in dieser Situation die Ertragskraft des Vermögens begrenzender Faktor für die Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen ist, hatte der Große Senat nicht ausdrücklich entschieden. Die Finanzverwaltung behandelt im Rentenerlass spätere Änderungen des Versorgungsvertrages lediglich bezüglich einer nachträglichen Vermögensumschichtung und stellt entsprechend der bei Abschluss des Übergabevertrages vorzunehmenden Ertragsbeurteilung auf das Jahr der Umschichtung und die beiden folgenden Jahre ab. Es überrascht nicht, dass der BFH nun auch im Fall einer aufgrund gestiegenen Bedarfs des Versorgungsempfängers vorgenommenen Erhöhung der Versorgungsleistungen die Ertragskraft des übertragenen Vermögens zur Voraussetzung für den Sonderausgabenabzug beim Leistungsverpflichteten macht. Überschreitet die Vertragsänderung diesen Rahmen, bedeutet dies im Gegensatz zur ursprünglichen Versorgungsvereinbarung allerdings nicht, dass die Leistungen insgesamt nicht abziehbar sind oder gar die Vermögensübergabe in ein entgeltliches Rechtsgeschäft umschlägt. Vielmehr sind lediglich die überschießenden Beträge als steuerlich nicht abzugsfähige Zuwendungen im Sinne des § 12 EStG zu qualifizieren.

3. Folgerungen für die Praxis

Spätestens seit dieser Entscheidung dürfte klar sein, dass eine höhenmäßige Begrenzung der Versorgungsleistungen im Übergabevertrag die Anwendbarkeit des Sonderrechts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nicht gefährdet. Denn begrenzender Faktor für die Höhe der Versorgungsleistungen ist immer der Ertrag des übertragenen Vermögens. Dies schließt es aber nicht aus, unterhalb dieses Betrages weitere Begrenzungen vorzusehen, etwa des Inhalts, dass sich eine Erhöhung der Leistung nicht aus dem Wegzug oder der dauernden Pflegebedürftigkeit des Übergebers ergeben darf, oder, ebenfalls in der Praxis verbreitet, eine Erhöhung der Versorgungsleistungen nicht über den Betrag hinaus gehen darf, der der gesetzlichen Unterhaltsverpflichtung des Übernehmers entspricht. Entscheidendes Kriterium für die in voller Höhe als Sonderausgabe abziehbare dauernde Last ist nämlich allein die grundsätzliche Abänderbarkeit der Versorgungsleistungen. Diese liegt aber schon dann vor, wenn bei sinkender Ertragskraft eine Herabsetzung der Versorgungsleistungen vom Übernehmer verlangt werden kann.

Interessant sind die Ausführungen des Gerichts zu den zivilrechtlichen Folgen des „Vorbehalt der Rechte aus § 323 ZPO“. Hierzu stellt der BFH fest, dass sich bislang kein Zivilgericht dazu geäußert hat, ob der Übernehmer mehr als die von ihm erwirtschafteten Erträge leisten muss. Diese Unsicherheit ist einer der Gründe dafür, dass in der Praxis die oben genannten Begrenzungsklauseln gebräuchlich sind.

Nicht aus dem Leitsatz des Gerichts ersichtlich ist schließlich die vom BFH vertretene Auffassung, dass auch ein Zuwendungsnießbrauch Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein kann, wenn auf ihn gegen Zahlung wiederkehrender, am Ertrag des belasteten Vermögens orientierter Zahlungen verzichtet wird. Zwar hat der X. Senat des BFH bereits im Jahre 1992 entschieden, dass ein Nießbrauch als „vermögenswerter Gegenstand des Rechtsverkehrs“ zumindest dann ebenso wie das belastete Grundstück selbst Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein kann, wenn der Verzicht auf den Nießbrauch einer Hof- und Betriebsübergabe gleich zu stellen ist.[3] Dagegen scheint die Finanzverwaltung in ihren Rentenerlassen die Ablösung von Nutzungsrechten auf den Vorbehalt- und Vermächtnisnießbrauch beschränken zu wollen.[4] Ob dies eine gewollte Einschränkung ist – hierfür spricht, dass der Rentenerlass auf das zitierte BFH-Urteil ausdrücklich Bezug nimmt –, oder lediglich darauf beruht, dass der Vorbehaltsnießbrauch im Rahmen einer sogenannten gleitenden Vermögensübergabe die praktisch größere Rolle als der Zuwendungsnießbrauch spielt, ist nicht bekannt. Solange die Finanzverwaltung sich hierzu nicht geäußert hat, sollte ein Zuwendungsnießbrauch daher nur nach Einholung einer verbindlichen Auskunft des Finanzamts durch eine dauernde Last abgelöst werden.

Notar Dr. *Lothar Hipler*, Lindenberg i. Allgäu

---

2 BMF, MittBayNot 2005, 85; hierzu *Everts*, MittBayNot 2005, 13

3 BFH, BStBl II 1996, 663, 664.

4 BMF, Rentenerlass, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 11.

---

26. UStG 1993 § 1 Abs 1 Nr. 3, § 4 Nr. 9, § 10 Abs. 1, § 15 Abs. 2 (*Grunderwerbsteuer erhöht nicht Bemessungsgrundlage für Umsatzsteuer*)

1. **Die unentgeltliche Lieferung öffentlicher Straßen und Flächen durch einen Erschließungsträger in der Rechtsform einer GmbH an ihren Gesellschafter (Gemeinde) unterlag nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 UStG 1993 der Umsatzsteuer.**
2. **Die zur Erschließung dieser Grundstücke bezogenen Leistungen sind zur Ausführung dieser Umsätze verwandt worden.**
3. **Die Grunderwerbsteuer, die der Käufer eines Grundstücks vereinbarungsgemäß zahlt, erhöht das Entgelt für die Grundstückslieferung nicht (Änderung der Rechtsprechung).**

BFH, Urteil vom 20.12.2005, V R 14/04

Aus den Gründen:

II.

(…) 5. Obwohl der begehrte Vorsteuerabzug entweder nach § 15 Abs. 2 UStG 1993 ausgeschlossen ist oder in zumindest gleicher Höhe die Besteuerung der unentgeltlichen Grundstückslieferungen an die Gemeinde nach sich zieht, kann der

Senat in der Sache nicht selbst entscheiden. Das FA hat nämlich zu Unrecht die Bemessungsgrundlage für die Besteuerung der entgeltlichen Grundstücksumsätze um die halbe Grunderwerbsteuer erhöht.

a) Die Bemessungsgrundlage für die an die Investoren verkauften Grundstücke ergibt sich aus § 10 Abs. 1 UStG 1993. Danach wird der Umsatz bei Lieferungen nach dem Entgelt bemessen. Entgelt ist alles, was der Leistungsempfänger aufwendet, um die Leistung zu erhalten, jedoch abzüglich der Umsatzsteuer (§ 10 Abs. 1 Satz 2 UStG 1993).

Die Vorschrift beruht auf Art. 11 Teil A Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 77/388/EWG. Danach ist Besteuerungsgrundlage bei den dort genannten Lieferungen und Dienstleistungen alles, was den Wert der Gegenleistung bildet, die der Lieferer oder Dienstleistende für diese Umsätze vom Abnehmer oder Dienstleistungsempfänger oder von einem Dritten erhält oder erhalten soll.

b) Demnach ist beim Kauf einer Sache das Entgelt für die Lieferung regelmäßig der Kaufpreis. Dies gilt auch für den Grundstückskauf. Nur der Kaufpreis bildet den Wert der Gegenleistung für das Grundstück; die Kosten der Beurkundung des Kaufvertrags und der Auflassung, der Eintragung ins Grundbuch und der zu Eintragungen erforderlichen Erklärungen, die der Käufer zu tragen hat (§ 448 Abs. 2 BGB) und die Grunderwerbsteuer, die der Käufer vereinbarungsgemäß zahlt, erhöhen das Entgelt für die Grundstückslieferung nicht (vgl. nunmehr auch *Pahke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl., § 9 Rdnr. 9 und das dort zitierte Schrifttum).

Grundstücksveräußerer und Grundstückserwerber sind zwar regelmäßig Gesamtschuldner der Grunderwerbsteuer; sie sind deshalb im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist (§ 426 Abs. 1 BGB); dies besagt aber nicht, dass der Grundstückserwerber, wenn er vereinbarungsgemäß die Grunderwerbsteuer übernimmt, mit der Zahlung der Grunderwerbsteuer zur Hälfte die Grunderwerbsteuerschuld des Veräußerers tilgt (so aber noch BFH, BStBl II 1980, 620, und ihm folgend Abschn. 149 Abs. 7 Umsatzsteuer-Richtlinien). Der Grundstückserwerber, der die Zahlung der Grunderwerbsteuer vertraglich übernommen hat, tilgt mit der Zahlung der Grunderwerbsteuer seine eigene Steuerschuld; die Grunderwerbsteuer zählt zu den Kosten des Grunderwerbs, ohne in das dem Veräußerer zustehende Entgelt einzugehen.

c) Bei dem an die öffentliche Einrichtung verkauften Grundstück kommt hinzu, dass dieser Grundstücksumsatz steuerfrei war, so dass allenfalls eine Besteuerung des in Rechnung gestellten Entgelts nach § 14 Abs. 2 UStG 1993 in Betracht kommt.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Gottwald*, MittBayNot 2006, 475 (in diesem Heft).

---

27. § 14 Abs. 1 BewG (*Berücksichtigung aufschiebend bedingter Gegenleistungspflichten bei gemischter Schenkung*)

Bei der Berechnung der Schenkungsteuer für eine gemischte Schenkung sind

a) aufschiebend bedingte Gegenleistungspflichten des Bedachten erst nach Bedingungseintritt zu berücksichtigen;

b) Verpflichtungen zu einer Rentenzahlung auf Verlangen des Steuerpflichtigen statt mit dem sich aus § 14 Abs. 1 BewG i. V. m. Anlage 9 zu § 14 BewG ergebenden Kapitalwert mit dem Verkehrswert anzusetzen, der dem Betrag entspricht, der auf der Grundlage der bei Rentenbeginn maßgebenden Abgekürzten Sterbetafel des Statistischen Bundesamtes für die Begründung eines den getroffenen Vereinbarungen entsprechenden Rentenanspruchs an ein Lebensversicherungsunternehmen zu entrichten wäre. Vereinbarte Wertsicherungsklauseln sind dabei nur zu berücksichtigen, soweit es tatsächlich zu einer Änderung der Rentenhöhe gekommen ist.

BFH, Urteil vom 8.2.2006, II R 38/04

Der im März 1940 geborene Vater (V) der Klägerin übertrug ihr und ihrem Bruder mit notariell beurkundetem Vertrag vom 16.12.1998 je die Hälfte seiner Kommanditbeteiligung an einer KG. Die Bedachten verpflichteten sich gesamtschuldnerisch, als Gegenleistung dafür an V ab Januar 1999 eine aufgrund näherer Regelungen wertgesicherte lebenslängliche Versorgungsrente von monatlich 45.000 DM und nach seinem Tod an seine Ehefrau (E) eine lebenslängliche Rente in Höhe von 70 v. H. der bis dahin geschuldeten Rente zu zahlen. Ein eigenes Recht, die Rente zu fordern, hat E erst mit dem Ableben des V.

Das beklagte Finanzamt sah darin eine gemischte Schenkung und legte in der Einspruchsentscheidung der Steuerberechnung den nach § 14 Abs. 1 BewG i. V. m. der Anlage 9 zu § 14 BewG ermittelten Kapitalwert der dem V geschuldeten Rente mit 5.932.980 DM zugrunde. Die der E aufschiebend bedingt geschuldete Rente berücksichtigte er nicht.

Das FG verpflichtete das FA durch das in EFG 2003, 939 veröffentlichte Urteil, die Schenkungsteuer unter Ansatz von Kapitalwerten der V und E zustehenden Renten von 6.630.660 DM bzw. 3.981.088 DM, insgesamt also 10.611.748 DM, neu zu berechnen. Zur Begründung führte es aus, es liege eine gemischte Schenkung vor, da der Verkehrswert der auf die Klägerin übertragenen Kommanditbeteiligung den Wert der von ihr übernommenen Rentenverpflichtungen erheblich übersteige und diese Wertdifferenz den Vertragsbeteiligten auch bewusst gewesen sei. Bei der Berechnung der Steuer sei auch der aufschiebend bedingte Rentenanspruch der E zu berücksichtigen, da es dabei auf das Verhältnis der Verkehrswerte der Leistungen des V und der Klägerin ankomme. Der Kapitalwert der Renten sei wegen der gegenüber der Allgemeinen Sterbetafel für die Bundesrepublik Deutschland 1986/1988 gestiegenen mittleren Lebenserwartung auf der Grundlage der zum Stichtag aktuellen „Abgekürzten Sterbetafel“ des Statistischen Bundesamtes für die Jahre 1995/1997 zu ermitteln. Danach habe V bei Rentenbeginn noch eine statistische Lebenserwartung von 20 Jahren gehabt. Der Jahreswert der Rente von 540.000 DM sei demgemäß mit dem in den Ländererlassen vom 12.12.1994 (BStBl I 1994, 775) in Tabelle 2 für eine unverzinsliche Kapitalforderung/-schuld, die in gleichen Jahresraten getilgt wird, bei einer Laufzeit von 20 Jahren vorgesehenen Vervielfältiger von 12,279 zu multiplizieren, so dass der Kapitalwert der Rente des V 6.630.660 DM betrage. Eine entsprechende Berechnung für den Rentenanspruch der E ab dem nach der Statistik zu erwartenden Todesjahr des V ergebe einen Kapitalwert von 3.981.088 DM.

Während des Revisionsverfahrens erließ das FA einen geänderten Schenkungsteuerbescheid, mit dem es die Steuer trotz geringfügig abweichender Besteuerungsgrundlagen in unveränderter Höhe festsetzte und die Steuerfestsetzung im Hinblick auf das beim BFH anhängige Revisionsverfahren II R 61/99 zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des ErbStG in vollem Umfang für vorläufig erklärte.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen zur Aufhebung der Vorentscheidung. Da während des Revisionsverfahrens ein Änderungsbescheid ergangen ist, ist das Urteil des FG gegenstandslos geworden (BFH, BStBl II 2005, 274, m. w. N.).

Die Vorentscheidung kann auch aus materiell-rechtlichen Gründen keinen Bestand haben. Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass bei der Berechnung der Steuer der aufschiebend bedingte Rentenanspruch der E zu berücksichtigen sei, und ferner den für die Rentenzahlungspflicht gegenüber V anzusetzenden Verkehrswert unzutreffend ermittelt. Dies führt zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

1. Da der Verkehrswert des auf die Klägerin übertragenen Kommanditanteils unabhängig von der Berechnungsmethode erheblich höher als der Verkehrswert der von ihr gegenüber V und E übernommenen Verpflichtungen zu Rentenzahlungen ist, wie den Vertragsbeteiligten auch bewusst war, und daher kein entgeltliches Austauschverhältnis mit wertmäßig in etwa ausgewogenen Gegenleistungen vorliegt, haben die Beteiligten und das FG zutreffend das Vorliegen einer gemischten Schenkung angenommen.

2. Bei der gemischten Schenkung unterliegt der Schenkungsteuer nur der (unselbständige) freigebige Teil der Zuwendung. Dieser Teil ist die Bereicherung i. S. von § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG und bestimmt sich nach dem Verhältnis des Verkehrswerts der Bereicherung des Bedachten zum Verkehrswert der Leistung des Schenkers (BFH, BStBl II 1982, 714; BStBl II 1989, 524; BStBl II 2003, 162; BFH/NV 2006, 744 = ZEV 2006, 179). Die Gegenleistungen des Bedachten sind danach entsprechend ihrem Anteil am Verkehrswert der Leistung des Schenkers von deren Steuerwert abzuziehen (BFH, BStBl II 2002, 25 = ZEV 2002, 75; BFH/NV 2006, 744 = ZEV 2006, 179).

Unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) stehende Gegenleistungspflichten des Bedachten sind bei dieser Berechnung nur zu berücksichtigen, soweit sie bei der Steuerfestsetzung oder während eines dagegen gerichteten Rechtsbehelfsverfahrens bereits infolge Bedingungseintritts entstanden sind. Dies ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, wonach als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden gilt, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird, sowie aus § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 6 Abs. 1 und 2 und § 5 Abs. 2 BewG. Bei §§ 5 ff. BewG handelt es sich nicht nur um Vorschriften zur Ermittlung des Steuerwerts eines Gegenstandes. Sie enthalten vielmehr auch Regelungen mit lediglich stichtagsdurchbrechender Wirkung, die darauf abzielen, Ereignisse erst dann zu berücksichtigen, wenn sie tatsächlich eingetreten sind. Dies berührt nicht die Frage der Ermittlung des „Wie" der Bewertung, d. h. des hier zugrunde zu legenden Verkehrswerts der Beschenktenleistung, sondern beschränkt nur das „Was" der Bewertung, d. h. den zu bewertenden Gegenstand. Danach ist der gemeine Wert der tatsächlichen und nicht der auf einen bestimmten Stichtag prognostizierten Belastung steuerrechtlich maßgebend.

Die Anwendung des § 6 Abs. 2 BewG ist bei der Ermittlung des Verkehrswerts der Beschenktenleistung nicht ausgeschlossen (so im Ergebnis BFH, BStBl II 1989, 814; BStBl II 2002, 165; BFH/NV 2001, 455; BFH/NV 2001, 781). Kann der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung nicht mehr bei der Steuerfestsetzung oder in einem Rechtsbehelfsverfahren berücksichtigt werden, ist die Steuerfestsetzung nach Maßgabe des § 6 Abs. 2 i. V. m. § 5 Abs. 2 BewG zu berichtigen. Bei dem Bedingungseintritt handelt es sich um ein rückwirkendes Ereignis i. S. von § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO (BFH, BStBl II 1989, 814; *Halaczinsky* in Rössler/Troll, BewG, § 6 Anm. 5 i. V. m. § 5 Anm. 4).

Soweit sich aus dem BFH-Urteil in BStBl II 2002, 25 (= ZEV 2002, 75) etwas anderes ergeben sollte, hält der Senat daran nicht mehr fest.

Da die Nichtberücksichtigung aufschiebend bedingter Verpflichtungen vor Bedingungseintritt auf eigenständigen Regelungen des Bewertungs- und Schenkungsteuerrechts beruht, kann die Rechtsprechung des BFH (BFH/NV 2002, 10, unter 3. b, m. w. N.), wonach es für die Bestimmung der auch ertragsteuerrechtlich maßgebenden Anschaffungskosten i. S. des § 255 HGB unerheblich ist, ob der Erwerber eines Vermögensgegenstandes als Gegenleistung dem Veräußerer und einer dritten Person eine Rente zusagt, die sich nach dem Tod des Veräußerers ermäßigt, oder ob der ermäßigte Anspruch der dritten Person erst mit dem Tod des Veräußerers entsteht, nicht für die schenkungsteuerrechtliche Beurteilung der gemischten Schenkung übernommen werden.

3. Das FA kann bei der Festsetzung der Schenkungsteuer für eine gemischte Schenkung aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung eine Rentenverpflichtung des Bedachten mit dem sich aus § 14 Abs. 1 BewG i. V. m. der Anlage 9 zu § 14 BewG ergebenden Kapitalwert ansetzen, wenn nicht der Steuerpflichtige den Ansatz des Verkehrswerts verlangt. Der Verkehrswert entspricht dem Betrag, der auf der Grundlage der bei Rentenbeginn maßgebenden (Abgekürzten) Sterbetafel des Statistischen Bundesamtes für die Begründung eines den getroffenen Vereinbarungen entsprechenden Rentenanspruchs zugunsten des Schenkers oder der vertraglich bestimmten Person an ein Lebensversicherungsunternehmen entrichtet werden müsste. Vereinbarte Wertsicherungsklauseln sind dabei nur zu berücksichtigen, soweit Änderungen der Rentenhöhe bis zur Steuerfestsetzung oder während eines Rechtsbehelfsverfahrens eingetreten sind (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. §§ 6 und 5 Abs. 2 BewG). Spätere Änderungen der Rentenhöhe führen nach § 6 Abs. 2 i. V. m. § 5 Abs. 2 BewG und § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu einer entsprechenden Berichtigung des Schenkungsteuerbescheids.

4. Die nicht spruchreife Sache geht zur Feststellung des Verkehrswerts der Rentenverpflichtung gegenüber V an das FG zurück. Das FG wird dazu ggf. ein Sachverständigengutachten einzuholen haben. Der Rentenanspruch der E kann erst nach dem Ableben von V berücksichtigt werden.

---

28. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Grunderwerbsteuer bei Erwerb einer zunächst unsanierten Eigentumswohnung)*

Hat der Käufer eine Eigentumswohnung zunächst in unsaniertem Zustand erworben und sich gegenüber dem Veräußerer gleichzeitig verpflichtet, die Wohnung auf eigene Kosten zu sanieren, dann ist die sanierte Eigentumswohnung Gegenstand des Erwerbsvorgangs. Demzufolge ist die Vergütung für die Sanierung in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einzubeziehen. Dass das bei Abschluss des Kaufvertrags tatsächlich unbebaute Grundstück in bebautem Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist, kann sich (auch) aus einer Mehrheit von Verträgen ergeben, wenn zwischen ihnen ein rechtlicher oder ein so enger sachlicher Zusammenhang besteht, dass der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise ein bebautes Grundstück erhält.

BFH, Urteil vom 2.3.2006, II R 47/04

Die Kläger, Vater (Kläger zu 1) und Sohn (Kläger zu 2), erwarben mit notariell beurkundeten Kaufverträgen vom 2. und 5.12.1997 je eine Eigentumswohnung in einem Sechsfamilienhaus von einer GbR, deren Gesellschafter die H-GmbH und A waren. Das Wohnungseigentum wurde nach dem Wortlaut der Verträge unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung unsaniert übertragen. Die Kläger verpflichteten sich jedoch ohne nähere Konkretisierung, gemeinsam mit den anderen Wohnungseigentümern die Sanierung des Hauses auf eigene Kosten vornehmen zu lassen.

Die Kläger schlossen ebenso wie die anderen Käufer mit der L-GmbH jeweils einen Vertrag über die Sanierung der von ihnen erworbenen Wohnungen, und zwar der Kläger zu 1 am 12.12.1997, der Kläger zu 2 zu einem nicht genau bekannten Zeitpunkt. Die vereinbarten Leistungen beziehen sich auch auf das Gemeinschaftseigentum. Als Termin für den Beginn der Sanierungsarbeiten wurde der 15.12.1997 vereinbart. Gesellschafter der L-GmbH waren A, der zugleich Geschäftsführer war, und der Ehemann der Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin der H-GmbH.

Das damals zuständige Finanzamt bezog auch die Vergütungen für die Sanierung in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ein. Die Einsprüche und die Klagen blieben erfolglos. Das FG führte zur Begründung seines in EFG 2005, 217 veröffentlichten Urteils unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Beweisaufnahme aus, nicht nur die Übereignung, sondern auch die Sanierung der Wohnungen sei eine von der personell eng verbundenen Veräußererseite (GbR und L-GmbH) an die Kläger zu erbringende Leistung gewesen. Es habe zwar nicht festgestellt werden können, dass sich die Kläger spätestens bei Abschluss der Kaufverträge verpflichtet hätten, Sanierungsverträge mit der L-GmbH zu schließen. Die Erwerber einschließlich des Klägers zu 1, der zugleich die Interessen des Klägers zu 2 wahrgenommen habe, hätten sich aber bereits vor Abschluss der Kaufverträge mit den vorliegenden Angeboten für die Sanierung, insbesondere mit demjenigen der L-GmbH, befasst und darauf eingerichtet, diese mit der Sanierung zu beauftragen. Es sei nicht zweifelhaft, dass ebenso wie der Kläger zu 1 auch der Kläger zu 2 den Sanierungsvertrag nur wenige Tage nach den Kaufverträgen geschlossen habe. A habe die Vertragsabschlüsse gesteuert. Die Sanierungskosten stellten daher eine Gegenleistung der Kläger für den Grundstückserwerb dar.

Hiergegen wenden sich die Kläger in der vom FG zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). (…)

2. Das FG hat zu Recht entschieden, dass die Eigentumswohnungen in saniertem Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs waren und deshalb die Vergütungen für die Sanierung in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einzubeziehen sind.

a) Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Erwerb eines Anspruchs auf Übereignung eines inländischen Grundstücks der Grunderwerbsteuer. Bemessungsgrundlage ist gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG die Gegenleistung. Bei einem Grundstückskauf gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG als Gegenleistung u. a. der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen. Danach gehören alle Leistungen des Erwerbers zur grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung (Bemessungsgrundlage), die dieser nach den vertraglichen Vereinbarungen gewährt, um das Grundstück zu erwerben.

Entscheidend für den Umfang der Bemessungsgrundlage ist dabei, in welchem tatsächlichen Zustand das Grundstück Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist. Dass das bei Abschluss des Kaufvertrags tatsächlich unbebaute Grundstück in bebautem Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist, kann sich (auch) aus einer Mehrheit von Verträgen ergeben, wenn zwischen ihnen ein rechtlicher oder ein so enger sachlicher Zusammenhang besteht, dass der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise ein bebautes Grundstück erhält. Dies setzt voraus, dass nach den getroffenen Vereinbarungen entweder der Veräußerer selbst oder ein mit ihm zusammenwirkender Dritter dem Erwerber gegenüber verpflichtet ist, den tatsächlichen Grundstückszustand zu verändern, d. h. das Grundstück zukünftig in einen bebauten Zustand zu versetzen. Dazu ist neben dem Abschluss des Grundstückskaufvertrags auch der Abschluss eines Bauvertrags mit der Veräußererseite erforderlich; diese muss zivilrechtlich zur Übereignung und Bebauung verpflichtet sein (BFH, BStBl II 2005, 220, m. w. N. zur ständigen Rechtsprechung = MittBayNot 2005, 344 m. Anm. *Gottwald*, 345; BFH/NV 2006, 123).

b) Zwischen mehreren Verträgen besteht über den Fall einer rechtlichen Bestandsverknüpfung kraft Parteiwillens hinaus zum einen dann ein so enger sachlicher Zusammenhang, dass der Erwerber bei objektiver Betrachtung ein bebautes Grundstück erhält, wenn dieser im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrags in seiner Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Baumaßnahme gegenüber der Veräußererseite nicht mehr frei war und deshalb feststand, dass er das Grundstück nur in bebautem Zustand erhalten würde (BFH, BFH/NV 1995, 823, unter II. 3. a; BFH/NV 2006, 683, unter II. 1. a aa = DStR 2006, 272).

Eine solche Bindung gegenüber der Veräußererseite liegt insbesondere dann vor, wenn der Bauvertrag vor dem Abschluss oder Wirksamwerden des Grundstückskaufvertrags geschlossen wird (BFH/NV 1995, 434, unter II. 2. a; BStBl II 2000, 34, unter II. 2. = MittBayNot 2000, 63; BFH/NV 2006, 683, unter II. 2. b = DStR 2006, 272). Die Bindung des Erwerbers kann sich aber auch aus sonstigen vorherigen Absprachen mit der Veräußererseite oder aus faktischen Zwängen ergeben, soweit sie bei Abschluss oder Wirksamwerden des Grundstückskaufvertrags bereits vorhanden waren (BFH, BStBl II 1991, 532; BFH/NV 1995, 337; BFH/NV 2000, 1240, unter II. 1. d).

Treten in einem solchen Fall auf der Veräußererseite mehrere Personen als Vertragspartner auf, liegt ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den Verträgen nur vor, wenn die Personen entweder personell, wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich eng verbunden sind (vgl. BFH/NV 1991, 344; BFH/NV 1991, 345; BFH/NV 1999, 1507, unter II. 1. b) oder aufgrund von Abreden bei der Veräußerung zusammenarbeiten oder durch abgestimmtes Verhalten auf den Abschluss sowohl des Grundstückskaufvertrags als auch der Verträge, die der Bebauung des Grundstücks dienen, hinwirken (BFH/NV 2004, 663, unter II. 1., m. w. N.; BFH/NV 2006, 683, unter II. 1. a aa = DStR 2006, 272). Eines schriftlichen Vertrags zwischen den auf der Veräußererseite verbundenen bzw. auftretenden Personen bedarf es nicht (BFH/NV 2003, 1446, m. w. N. = RNotZ 2004, 104). Vielmehr genügt ein tatsächliches, einvernehmliches Zusammenwirken. Der bloße Hinweis auf eine Kaufgelegenheit oder einen Generalübernehmer oder Bauunternehmer reicht hingegen nicht aus (vgl. BFH/NV 2006, 683, unter II. 1. a aa = DStR 2006, 272).

c) Ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen Kauf- und Bauvertrag wird zum anderen dann indiziert, wenn der Veräußerer aufgrund einer in bautechnischer und finanzieller Hinsicht konkreten und bis (annähernd) zur Baureife gediehenen Vorplanung ein bestimmtes Gebäude auf einem bestimmten Grundstück zu einem im Wesentlichen feststehenden Preis anbietet und der Erwerber dieses Angebot annimmt (BFH, BStBl II 1995, 331 = MittBayNot 1995, 246; BFH/NV 2000, 1240, unter II. 1. c).

Die auf der Annahme eines solchen einheitlichen Angebots beruhende Indizwirkung für das Vorliegen eines engen sach-

lichen Zusammenhangs zwischen Kauf- und Bauvertrag besteht auch dann, wenn auf der Veräußererseite mehrere Personen auftreten. Denn die Abgabe eines einheitlichen Angebots durch eine von mehreren auf der Veräußererseite handelnden Personen ist kaum denkbar, ohne dass dem eine Abstimmung mit den übrigen Personen zugrunde liegt oder das Grundstück dem Handelnden vom Eigentümer anderweitig „an die Hand" gegeben worden ist (BFH/NV 2006, 683, unter II. 1. a bb = DStR 2006, 272).

Eine entsprechende Indizwirkung ergibt sich auch dann, wenn eine mit dem Veräußerer personell, wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich eng verbundene Person vor Abschluss oder Wirksamwerden des Grundstückskaufvertrags aufgrund einer in bautechnischer und finanzieller Hinsicht konkreten und bis (annähernd) zur Baureife gediehenen Vorplanung dem Käufer die Errichtung eines bestimmten Gebäudes auf dem vom Veräußerer angebotenen Grundstück zu einem im Wesentlichen feststehenden Preis anbietet und der Erwerber dieses Angebot ebenso wie das Angebot zum Grundstückskauf annimmt.

In solchen Fällen wird ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen Kauf- und Bauvertrag nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Bauvertrag erst nach dem Kaufvertrag geschlossen wird und der Erwerber tatsächlich und rechtlich in der Lage gewesen wäre, ein anderes, mit dem Grundstücksveräußerer nicht verbundenes Unternehmen mit der Bebauung zu beauftragen oder sich für eine andere, wesentlich vom Angebot abweichende Bebauung zu entscheiden, und ggf. auch entsprechende Angebote eingeholt hatte. Maßgebend ist der tatsächlich verwirklichte Geschehensablauf (BFH, BStBl II 1995, 331 = MittBayNot 1995, 246; BFH/NV 1998, 213; BFH/NV 2003, 1446; BFH/NV 2006, 123, unter II. 2. a).

d) Diese Grundsätze gelten auch für den Erwerb bereits bebauter Grundstücke, bei denen es lediglich um die Modernisierung, Sanierung und/oder den Ausbau eines bereits vorhandenen Gebäudes geht (BFH/NV 1995, 337; BFH/NV 1995, 434; BFH/NV 2005, 1140).

3. Die Vorentscheidung entspricht jedenfalls im Ergebnis diesen Grundsätzen. Das FG hat das Vorliegen eines einheitlichen Erwerbsgegenstandes „Eigentumswohnung in saniertem Zustand" zu Recht angenommen.

Nach den vom FG getroffenen, von den Klägern nicht mit zulässigen und begründeten Revisionsgründen angegriffenen und daher für den BFH nach § 118 Abs. 2 FGO verbindlichen Feststellungen hat die insbesondere in der Person des A mit der Veräußerin der Wohnungen personell eng verbundene L-GmbH bereits vor Abschluss der Kaufverträge durch die Kläger ein Angebot für die Gebäudesanierung unterbreitet und haben sich die Kläger vor diesem Zeitpunkt auch mit diesem Angebot befasst. Sie haben ebenso wie die anderen Erwerber die Angebote der L-GmbH für die Sanierung auch tatsächlich kurz nach Abschluss der Grundstückskaufverträge angenommen. Dass auch die Angebote anderer Unternehmen für die Sanierung eingeholt worden waren, steht unter diesen Umständen der Annahme einheitlicher Erwerbsgegenstände „Eigentumswohnungen in saniertem Zustand" nicht entgegen. Der objektiv enge sachliche Zusammenhang zwischen den Kaufverträgen und den Sanierungsverträgen wird durch die in den Kaufverträgen vereinbarte Sanierungsverpflichtung, den Umfang der Sanierung, die sich auch auf das Gemeinschaftseigentum erstreckte und daher die einheitliche Beauftragung eines Unternehmens durch alle Eigentümer erforderte (vgl. BFH/NV 2005, 911), sowie die Steuerung der Vertragsabschlüsse durch A bestätigt. Auf die Frage, welches Unternehmen die L-GmbH ihrerseits mit der Ausführung der Sanierung beauftragt hat, kommt es nicht an.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die nachstehende Entscheidung sowie den Beitrag von *Gottwald*, MittBayNot 2006, 475 (in diesem Heft).

---

29. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Grunderwerbsteuer bei Grundstückserwerb und davon unabhängigem Werkvertrag)*

Schließt der Grundstückserwerber bereits vor Abschluss des Erbbaurechtsvertrages einen Gebäudeerrichtungsvertrag ab, liegt nicht automatisch ein einheitlicher Erwerbsgegenstand vor, solange Grundstücksverkäufer und Bauunternehmer nicht beim Abschluss der Verträge aufgrund einer personellen, wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlichen Verbindung zusammenwirken. Andernfalls ist der Erwerbsgegenstand als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer allein das Erbbaurecht an dem unbebauten Grundstück.

BFH, Urteil vom 2.3.2006, II R 39/04

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in DStRE 2006, 1153.

---

30. ErbStG § 13 a (*Wegfall von Steuervergünstigungen bei Verschmelzung*)

Die für den Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in Anspruch genommenen Steuervergünstigungen nach § 13 a Abs. 1 und 2 ErbStG fallen mit Wirkung für die Vergangenheit weg, wenn die Kapitalgesellschaft innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb auf eine Personengesellschaft verschmolzen wird.

BFH, Urteil vom 10.5.2006, II R 71/04

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in BStBl II 2006, 602.

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Mit Wirkung vom 5.9.2006:

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen, wurde zum Honorarprofessor an der Universität Regensburg bestellt.

Mit Wirkung vom 22.10.2006:

Notar Dr. Hans Wolfsteiner, München, wurde zum Ehrenvorsitzenden des Bayerischen Notarvereins e. V. bestellt.

2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Friedrich Schoetensack, Bad Tölz, verstorben am 18.9.2006

Notar a. D. Otto Buchmaier, Mühldorf am Inn, verstorben am 21.10.2006

Notar a. d. Dr. Hansheinrich Fiedler, Wolfratshausen, verstorben am 21.10.2006

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.10.2006:

Notar Dr. Hans Schmalzl, Ingolstadt

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.10.2006:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Bernd Pachtner)	dem Notar Dr. Rolf Thiele (bisher in Altdorf b. Nbg.)
München (neuerrichtete Notarstelle in Sozietät mit Notar Dr. Rolf Thiele)	dem Notar Dr. Bernd Pachtner (bisher in Dingolfing)

Mit Wirkung vom 1.11.2006:

Laufen	dem Notar Robert Heinrich (bisher in Tirschenreuth)
Nürnberg	dem Notarassessor Clemens Busse (bisher in Aschaffenburg Notarstellen Schad/Dr. Seidl)
Starnberg	dem Notar Dr. Gerhard Brandmüller (bisher in Fürstenfeldbruck)
Wassertrüdingen	der Notarassessorin Heike Stiebitz (bisher in Fürth Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)

Mit Wirkung vom 1.1.2007:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Hansjörg Heller)	dem Notar a. D. Michael Grötsch (bisher im Erziehungsurlaub)

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.2006:

Johannes Hecht, Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber)

Mit Wirkung vom 1.10.2006:

Thomas Diehn, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Everts, Sonderurlaub)

Andrea Issad, Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil)

Mit Wirkung vom 1.11.2006:

Eliane Arabella Mayr, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler, Sonderurlaub)

Damian Najdecki, Prien am Chiemsee (Notarstellen Dr. von Daumiller/Dr. Rieger)

Christian Schuller, Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber, Sonderurlaub)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Stephan Schill, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp), auf eigenen Wunsch ausgeschieden mit Wirkung vom 31.8.2006

Notarassessor Matthias Bierhenke, Pappenheim (Notarstelle Dr. Gottwald), ab 1.9.2006 in Würzburg (Abordnung zum Dt. Notarinstitut)

Notarassessorin Dr. Frauke Wedemann, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier), ab 1.9.2006 in Berlin (Abordnung zum Bundesministerium der Justiz)

Notarassessor Matthias Adam, Würzburg (Notarstellen Kirchner/Baumann), ab 25.9.2006 in Würzburg (Abordnung zum Dt. Notarinstitut)

Notarassessor Sven Schünemann, Ottobeuren (Notarstelle Preißinger), ab 1.10.2006 in München (Notarstelle Dr. Wolfsteiner)

Notarassessor Markus Sikora, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Everts), ab 6.10.2006 in München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Notarassessorin Brigitte Bauer, Dorfen (Notarstelle Rieß), ab 16.10.2006 in München (Notarstellen Predel/Dr. Görk)

Notarassessorin Monika Pöppel, Traunstein (Notarstelle Haselbeck), ab 23.10.2006 in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Notarassessorin Veronika Schneider, Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil), ab 23.10.2006 in Erlangen (Notarstelle Dr. Odersky)

Notarassessor Dr. Alban Bruch, München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/Dr. Götte), ab 30.10.2006 in Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Brandmüller)

Notarassessorin Dr. Manuela Müller, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue), ab 30.10.2006 in München (Notarstellen Frhr. von Oefele/Dr. Götte)

Notarassessor Dr. Thomas Ihrig, Starnberg (Notarstelle Dr. Wufka), ab 1.11.2006 in München (Notarstellen Prof. Dr. Geimer/Dr. Graf von Stosch)

Inspektor i. N. Matthias Fruck, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer), ab 1.9.2006 in Nürnberg (Notarstellen Dr. El-Gayar/Dr. Schrenk)

Oberinspektorin i. N. Brigitte Greiner-Zägelein, München (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.10.2006 in München (Notarstellen Ellert/Dr. Weinberger)

Oberinspektorin i. N. Stefanie Hartmann, München (Notarstelle Wilfart-Kammer), ab 1.10.2006 in München (Notarstellen Ellert/Dr. Weinberger)

Amtsrat i. N. Thomas Zimmermann, München (Prüfungsabteilung der Notarkasse), ab 1.10.2006 in München (Notarstelle Wilfart-Kammer)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Notariatsrat i. N. Hans Thoma, Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/Regler), ab 1.11.2006 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Manfred Legl, München (Prüfungsabteilung der Notarkasse), ab 1.12.2006 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Kurt Grimm, Wertingen (Notarstelle Michael Senft), ab 1.1.2007 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Werner Stadelmaier, München (Notarstellen Dr. Korte/Dr. Basty), ab 1.1.2007 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Deggendorf, Notarstellen Dr. Kurz/Ruhwinkel,
E-Mail: kanzlei@notare-kurz-ruhwinkel.de

Eichstätt, Notarstellen Dr. Schneider/Dr. Philipp,
Homepage: www.notarinnen-eichstaett.de und
www.notare-eichstaett.de

Kaufbeuren, Notarstelle Lang,
E-Mail: Lang@notarin-lang.de

Münchberg, Notarstelle Schnabel,
E-Mail: notar.schnabel@web.de

München, Notarstellen Frhr. von Oefele/Dr. Götte,
E-Mail: oefele-goette@notarnet.de

München, Notarstelle Wilfart-Kammer,
E-Mail: info@notarin-wilfart.de

Passau, Notarstelle Pich, Nibelungenplatz 1,
94032 Passau, Telefon 0851 92969-0, Fax 0851 9296920,
E-Mail: notarpich@gmx.de

Regensburg, Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer,
E-Mail: mail@notare-ziegler-mayer.de,
Homepage: www.notare-ziegler-mayer.de

Schweinfurt, Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott,
E-Mail: info@notare-kutter-ott.de,
Homepage: www.notare-kutter-ott.de

Wasserburg am Inn, Notarstellen Martin/Dr. Bartsch,
E-Mail: notariat.wasserburg@notarnet.de

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer, Notarassessor Dr. Martin T. Schwab
Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.