Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen Notare und Notarassessoren sowie für die Beamten und Angestellten der Notarkasse
Herausgeberbeirat: Notare Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank, Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Dr. Hans Wolfsteiner
Schriftleiter: Notarassessoren Dr. Hansjörg Heller, Markus Riemenschneider
Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstr. 35, 80333 München – Gedruckt auf Recyclingpapier

MittBayNot 5
September/ Oktober1998
Begründet 1864

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

ABHANDLUNGEN

Auswirkungen des Handelsregisterreformgesetzes auf die notarielle Praxis

Von Notar *Dr. Christoph Giehl*, Erlangen

I. Einführung

Das in wesentlichen Teilen überraschend schnell, nämlich bereits zum 1. Juli 1998, in Kraft getretene Handelsregisterreformgesetz (HRefG)[1] ist nach dem Bilanzrichtlinien-Gesetz von 1985 die zweite grundlegende Reform des Handelsgesetzbuches von 1897 aus neuerer Zeit.

Den Anstoß hierfür gab eine Initiative des Deutschen Industrie- und Handelstags aus dem Jahr 1990 mit dem Ziel, die Zuständigkeit für die Führung der Handelsregister auf die Industrie- und Handelskammern zu verlagern[2]. Die Entscheidung über eine etwaige Kompetenzverlagerung wurde vom Gesetzgeber allerdings noch einmal vertagt[3]. Vorläufig ist lediglich eine ab 1.1.2002 in Kraft tretende registerrechtliche Zuständigkeitskonzentration auf das am Sitz des jeweiligen Landgerichts befindliche Amtsgericht vorgesehen, § 125 Abs. 1 FGG nF. Hiermit sollen die Voraussetzungen für die vollelektronische Führung der Handelsregister, die dann wie heute bereits zahlreiche Grundbücher online eingesehen werden könnten, geschaffen werden.

Schwerpunkte des HRefG bilden die Anpassung des zentralen, in seiner überkommenen Abgrenzung aber nicht mehr zeitgemäßen Begriffs des Kaufmanns an die Verhältnisse des modernen Wirtschaftslebens, die Öffnung der Personenhandelsgesellschaft und die Liberalisierung des strengen, „biedermeierlich behäbigen"[4] Firmenrechts. Wieder einmal bewahrheitet sich die von Julius von Kirchmann gegen Ende des letzten Jahrhundert in die prägnante Formulierung gekleidete Erkenntnis: „Ein Wort des Gesetzgebers – und ganze juristische Bibliotheken werden zur Makulatur".

[1] BGBl. I 1998, Nr. 38, S. 1474 ff.; einen Überblick über das HRefG geben: *Frenz,* ZNotP 1998, S. 178 ff., *Busch,* Rpfleger 1998, 8.178 ff., *Gustavus*, GmbHR 1998, S.17 ff., *Karsten Schmidt,* ZIP 1997, S. 909 ff.

[2] Hierzu *Möller,* Neues Kaufmanns- und Firmenrecht (DIHT-Publikation), S. 5 f.

[3] Zum Gesetzgebungsverfahren siehe *Frenz,* ZNotP 1998, S. 178, 180.

[4] *Karsten Schmidt,* DB 1998, s. 61 (63).

II. Kernpunkte der Reform

1. Der neue Kaufmannsbegriff

a) Das bisher geltende Recht

Das Handelsrecht des deutschen HGB und seiner Nebengesetze wurde als Sonderrecht des Handelsstandes, also der Kaufleute, kodifiziert.

Die Qualifikation einer natürlichen oder juristischen Person als Kaufmann knüpfte aus historischen Gründen vorrangig an die in § 1 Abs. 2 HGB aF. aufgeführten sog. Grundhandelsgewerbe an („Mußkaufmann"); von der Anwendung zahlreicher Vorschriften blieben lediglich solche Unternehmen ausgeschlossen, die eines in kaufmännischer Art und Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes nicht bedurften („Minderkaufmann"). Sonstige gewerbliche Unternehmen, die zwar nicht auf den Betrieb eines Grundhandelsgewerbes ausgerichtet waren, aber nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erforderten, konnten ab dem Zeitpunkt ihrer Eintragung im Handelsregister Handelsgewerbe sein („Sollkaufmann"). Freiberufler, Handwerker sowie Land- und Forstwirte gehörten demgegenüber traditionell eigenen Ständen an. Erst durch das „Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern" vom 31. März 1953 und das „Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Land- und Forstwirten" (den sog. „Kannkaufleuten") vom 13. Mai 1976 wurde solchen Betrieben dieser beiden Berufsgruppen, die einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebtrieb erforderten, ab dem Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister die Qualität eines Handelsgewerbes zugewiesen.

b) Fortentwicklung durch das HRefG

§ 1 Abs. 2 HGB nF. und § 2 HGB nF. erweitern und vereinfachen nunmehr den Kaufmannsbegriff dahingehend, daß *unabhängig von der Art des Gewerbes* jeder Gewerbebetreibende Kaufmann ist, sofern sein Geschäft einen nach Art und Umfang eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert *(„Istkaufmann")* oder – sollte dies nicht der Fall sein – sofern er sich ins Handelsregister eintragen läßt *(„Kannkaufmann")*. In

ersterem Fall ist die Eintragung verpflichtend und lediglich deklaratorisch, in letzterem Fall dagegen freiwillig, jederzeit durch Löschung aufhebbar und von konstitutiver Wirkung. Die möglicherweise im Rechtsverkehr mit Unsicherheiten belastete Frage, ob das Unternehmen eines nicht eingetragenen Unternehmers einen nach Art und Umfang eingerichteten kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht, wird durch eine gesetzliche Vermutungsregel für das Vorhandensein eines kaufmännischen Gewerbes beantwortet, § 1 Abs. 2 HGB nF.

Künftig ist daher lediglich zwischen dem Kaufmann und dem Nichtkaufmann (Freiberufler, nicht eingetragener Kleingewerbebetreibender, nicht eingetragener Land-/Forstwirt, Privatmann) zu unterscheiden. Der Kleingewerbebetreibende, der von der Option des Erwerbs der Kaufmannseigenschaft mit den damit verbundenen Vorteilen der Firmierung und Eintragung oder auch der Prokuraerteilung Gebrauch macht, ist dem Vollkaufmann in jeder Hinsicht gleichgestellt; dies betrifft namentlich die Buchführungspflicht und die für zahlreiche Handelsgeschäfte geltenden Sonderregelungen der §§ 343ff. HGB. Die Rechtsfigur des Minderkaufmanns gemäß § 4 Abs. 1 HGB aF. entfällt. Um die Geltung bestimmter handelsrechtlicher Sonderregelungen auch für nicht eingetragene Kleingewerbebetreibende zu erhalten, hat der Gesetzgeber die Anwendbarkeit der Regelungen für Handelsvertreter und -makler, die besonderen Vertragstypen des Kommissions-, Speditions-, Lager- und Frachtgeschäfts, insbesondere aber die Einschränkung des Schutzumfangs des AGBG in dessen § 24 auf alle Gewerbebetreibenden, in letzterem Fall sogar auf Freiberufler ausgedehnt.

Es ist deshalb genauestens darauf zu achten, ob der Tatbestand einer Norm lediglich von *Gewerbe* oder von *Handelsgewerbe* spricht.

Schon heute kann gesagt werden, daß die durch das HRefG für jeden Gewerbetreibenden eröffnete Möglichkeit, durch Eintragung in das Handelsregister die Kaufmannseigenschaft zu erwerben, von den meisten Unternehmen, auch den Kleingewerbetreibenden, genutzt werden wird, da sich kaum ein Unternehmer dem entsprechenden Druck des Rechtsverkehrs, der Geschäftspartner, Kunden und Behörden zu entziehen vermag. Die oben geschilderte Problematik der Abgrenzung des vollkaufmännisch und des nichtkaufmännisch geführten Gewerbebetriebs dürfte für die Praxis deshalb von geringer Bedeutung sein.

c) Nach wie vor Beteiligung der IHK innerhalb des Eintragungsverfahrens?

Trotz der nunmehr auch für Kleingewerbetreibende bestehenden Möglichkeit, die Kaufmannseigenschaft zu erwerben, wird die von der IHK im Rahmen des Eintragungsverfahrens durchzuführende zeitaufwendige Prüfung, ob das betreffende Geschäft einen nach Art und Umfang eingerichteten Gewerbebtrieb erfordert, auch künftig nur dann zu vermeiden sein, wenn als Entstehungszeitpunkt der Einzelfirma der Tag ihrer Eintragung ins Handelsregister angemeldet wird.

d) Abschaffung der Privilegierung gewerblicher Unternehmen der öffentlichen Hand

Auch juristische Personen des öffentlichen Rechts sind Kaufleute, soweit sie gewerblich tätig werden. Sie haben sich nach § 33 HGB ins Handelsregister einzutragen.

Durch § 36 HGB aF. waren allerdings unselbständige gewerbliche Unternehmen von Gebietskörperschaften, sog. Eigen- oder Regiebetriebe, von der Eintragungspflicht befreit. Trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit wurde dieser Befreiungstatbestand auch auf die den Gebietskörperschaften eng verbundenen Sparkassen und Landesbanken angewandt[5].

Mit Wirkung zum 1.7.1998 wurde § 36 HGB aF. ersatzlos aufgehoben, um dem Geschäftsverkehr die Möglichkeit zu geben, sich über die Rechts- und Vertretungsverhältnisse öffentlicher Unternehmen schneller und einfacher als durch das bisher notwendige Studium der Gesetzes- und Amtsblätter zu informieren[6].

Die Anmeldung zum Handelsregister kann von der jeweiligen Körperschaft durch gesiegelte Eigenurkunde vorgenommen werden[7], bedarf also keiner öffentlichen Beglaubigung durch den Notar.

2. Änderungen im Recht der Personenhandelsgesellschaft

a) Erweiterung des zulässigen Unternehmensgegenstandes

Nach bisher geltendem Recht standen die personengesellschaftsrechtlichen Organisationsformen OHG und KG nur vollkaufmännisch tätigen Vereinigungen offen, § 4 Abs. 2 und 1 i.V.m. § 105 Abs. l HGB aF. Betrieben sie ein Grundhandelsgewerbe, so entstanden sie, sobald die Einrichtung eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetriebes erforderlich wurde, unabhängig von der Eintragung im Handelsregister, § 105 Abs. l HGB aF.; betrieben sie ein sonstiges Gewerbe, so entstanden sie unter der gleichen Voraussetzung eines vollkaufmännischen Geschäftsbetriebs mit Eintragung im Handelsregister, § 105 Abs. l i.V.m. § 2 HGB aF. Eine Personenvereinigung, deren Tätigkeit lediglich kleingewerblicher Natur oder auf einen sonstigen Zweck gerichtet war, bildete demgegenüber eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Das HRefG erweitert den Unternehmensgegenstand von OHG und KG nunmehr in *dreierlei* Hinsicht:

Unabhängig von der Eintragung im Handelsregister entsteht eine Personenhandelsgesellschaft künftig nicht nur, wenn sie ein Grundhandelsgewerbe, sondern auch wenn sie ein *sonstiges vollkaufmännisches Gewerbe* betreibt, § 105 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 HGB nF. *(„Ist-OHG bzw. -KHG")*. Die Eintragung hat hier lediglich deklaratorischen Charakter.

Analog zur neu geschaffenen Eintragungsoption für Kleingewerbetreibende (Kannkaufleute), wird des weiteren *kleingewerblichen* Personengesellschaften, die bisher lediglich als BGB-Gesellschaften am Rechtsverkehr teilnehmen konnten, ermöglicht, durch Eintragung im Handelsregister in die Rechtsform einer OHG oder – wegen der Haftungsbeschränkung besonders attraktiv – einer KG zu wechseln und hieraus durch Löschung wieder in die BGB-Gesellschaft zurück, § 105 Abs. 2 l. Alt. HGB nF. *(„Kann-OHG bzw. -KG")*. Der frühere § 4 Abs. 2 HGB ist aufgehoben, die Regelung des § 5 HGB („Kaufmann kraft Eintragung") angepaßt, allerdings so unglücklich, daß für diese Vorschrift, welche früher eine unwiderlegliche Vermutung der Eigenschaften „Vollkaufmann" und/oder „Grundhandelsgewerbe" für eingetragene gewerb-

---

[5] Vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 36, Rdnr. 1.

[6] Amtl. Begr. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 13/8444, S. 34.

[7] BayObLG DNotZ 1976, S. 120 f.

liche Personengesellschaften festschrieb, abgesehen von einer möglichen Analogiefähigkeit kein Anwendungsbereich mehr verbleibt[8].

Über den Wortlaut von § 105 Abs. 2 l. Alt HGB nF. hinaus, steht ebenso wie dem vollkaufmännisch tätigen land- oder forstwirtschaftlichen Einzelunternehmer entsprechenden vollkaufmännisch tätigen land- oder forstwirtschaftlichen Personengesellschaften der Zutritt zur OHG oder KG durch Eintragung im Handelsregister offen, § 3 Abs. 2 HGB nF. analog.

Drittens eröffnet § 105 Abs. 2 2. Alt. HGB nF. schließlich die Option der Umwandlung in eine OHG oder KG durch Eintragung im Handelsregister *(„Kann-OHG bzw. -KG")* auch solchen Gesellschaften, *„die nur eigenes Vermögen verwalten"*. Damit werden insbesondere Immobilienverwaltungs-, Objekt- und Besitzgesellschaften im Falle einer Betriebsaufspaltung sowie Holdinggesellschaften angesprochen, die aus steuerlichen Gründen auf die Organisationsform der Personengesellschaft angewiesen sind, mit der bisher allein zur Verfügung stehenden BGB-Gesellschaft jedoch die Nachteile einer im Grundsatz unbeschränkten Haftung sowie der fehlenden Partei-, Register- und Grundbuchfähigkeit in Kauf nehmen mußten.[9]

Die hiermit vom Gesetzgeber neu geschaffene *Option der Vermögensverwaltung als Kann-Kaufmann* steht allerdings ausdrücklich nur Personengesellschaften, *nicht auch vermögensverwaltend tätigen Privatleuten* zu[10]; diese können die Kaufmannseigenschaft ausschließlich durch Aufnahme eines Gewerbes begründen.

Im Hinblick auf die wortlautgemäße Beschränkung der Anwendbarkeit des § 105 Abs. 2 2. Alt. HGB nF. auf Gesellschaften, die *nur eigenes* Vermögen verwalten, stellt sich allerdings die Frage, inwieweit weitere Tätigkeitsfelder einer Personengesellschaft ihrer Eintragungsfähigkeit entgegenstehen. Da eine sonstige gewerbliche Bestätigung (etwa auch die Verwaltung fremden Vermögens) und vollkaufmännische land- oder forstwirtschaftliche Tätigkeiten bereits gemäß § 105 Abs. 1, Abs. 2 l. Alt. HGB nF. und § 3 Abs. 2 HGB nF. analog die Eintragung zulassen, verengt sich die Problematik darauf, wie eine parallele freiberufliche oder nicht vollkaufmännische land-/forstwirtschaftliche Tätigkeit zu werten ist.

Nach den Motiven des Gesetzgebers sollen beide Berufe weiterhin vom Anwendungsbereich des Handelsrechts ausgenommen bleiben; bezüglich der nichtkaufmännischen land-/forstwirtschaftlichen Betriebe verweist die amtliche Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung insoweit auf ein fehlendes Bedürfnis, bezüglich der freien Berufe auf die durch das PartGG speziell für sie neu geschaffene Organisationsform der Partnerschaftsgesellschaft, die von ihrer Struktur her der Handelsgesellschaft angenähert ist[11]. Der Ausschluß freiberuflicher oder nicht vollkaufmännischer land-/forstwirtschaftlicher Unternehmen vom Handelsrecht erfolgt unzweifelhaft unabhängig davon, ob ein (zu verwaltendes) Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Darüber hinaus würde die gleichzeitige Organisation freiberuflicher Vereinigungen in den personengesellschaftsrechtlichen Rechtsformen nicht nur von BGB- und Partnerschaftsgesellschaft, sondern nunmehr auch noch der Handelsgesellschaft aufgrund der leicht verwechselbaren rechtlichen Besonderheiten dieser Gesellschaftsformen zu einer Verunsicherung des Rechtsverkehrs führen. Mit der inzwischen wohl einhelligen Meinung in der Literatur ist eine erweiternde Auslegung des § 105 Abs. 2 2. Alt HGB nF. deshalb abzulehnen[12]; auch wenn sie gleichzeitig eigenes Vermögen verwalten, ist nicht vollkaufmännischen land-/forstwirtschaftlichen oder freiberuflichen Personenvereinigungen die Organisation als OHG oder KG versagt.

Eine „nur eigenes Vermögen verwaltende", durch Handelsregistereintragung entstandene Kann-OHG bzw. -KG wandelt sich wieder in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts um und ist im Handelsregister zu löschen, sobald sie nachträglich neben der Vermögensverwaltung Freiberuflern vorbehaltene oder nicht vollkaufmännische land-/forstwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt; nach dem Rechtsgedanken des § 5 HGB besteht allerdings bis zur Eintragung der Löschung eine unwiderlegliche Vermutung für die Existenz einer Personenhandelsgesellschaft[13]. Demgegenüber verlieren (auch) gewerblich tätige Ist- oder Kann-OHG's bzw. -KG's ihren Status durch die zusätzliche Ausübung eines freien Berufes nicht; die jeweils maßgebliche Berufsordnung kann allerdings Schranken für diese Vermischung gewerblicher und freiberuflicher Betätigung vorsehen.

Mit der Öffnung von OHG und KG für jede Art von Gewerbe sowie für die private Vermögensverwaltung sind zahlreiche Vorteile verbunden, etwa die Erlangung von Register-, Grundbuch- und Parteifähigkeit, organschaftliche statt Vollmachtsvertretung, Prokura, nicht zuletzt die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung (insbesondere durch die Gründung einer GmbH & Co.KG). Die Organisationsform der Personenhandelsgesellschaft wird in einer Reihe von unter Abschnitt III.2) noch näher zu beschreibenden Konstellationen gegenüber den bisher allein zur Verfügung stehenden Alternativen GmbH oder BGB-Gesellschaft vorzugswürdig sein.

b) Das Problem der Abgrenzung freiberuflicher und gewerblicher Tätigkeit

Der Bedarf an sicheren Kriterien für die Einordnung einer Betätigung als freiberuflich oder gewerblich ist zwar keine Neuheit des HRefG, dürfte jedoch künftig erheblich wachsen, da die bisher bestehende, gerade für Freiberufler schwer zu überwindende Barriere des Erfordernisses eines in vollkaufmännischer Weise geführten Geschäftsbetriebes weggefallen ist. Die von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur entwickelte Definition des „freien Berufs" soll deshalb kurz dargestellt werden:

Der Begriff des „freien Berufs" ist soziologischer Natur und entstammt der Zeit des frühen Liberalismus. Er beschreibt eine selbständig, aber eben nicht gewerblich ausgeübte Tätig-

---

[8] Deshalb zu Recht für eine vom Gesetzgeber vorzunehmende Erweiterung des § 5 HGB im Sinne einer unwiderleglichen Vermutung der Handelsgewerblichkeit jeder eingetragenen Firma, etwa auch bei freiberuflicher Tätigkeit, *Karsten Schmidt,* ZIP 3997, S. 909, 914.

[9] Vgl. amtl. Begr. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 13/8444, S.40.

[10] Der Gesetzgeber sah insoweit eine Eintragungsoption nicht als erforderlich an, vgl. die amtl. Begr. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 13/8444, S. 41.

[11] Ebd. S. 33 f.

[12] *Frenz,* ZNotP 1998, S. 178, 181 f,, *Karsten Schmidt,* DB 1998, S. 61 f., Schön, DB 1998, S. 1169, 1174; a.A. noch *Karsten Schmidt,* ZIP 1997, S. 909, 916f.

[13] Auch wenn der Wortlaut des § 5 HGB nF. nach wie vor das Bestehen eines Gewerbes voraussetzt, zwingt die Öffnung der Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft für vermögensverwaltende Einheiten zu einem erweiterten Normverständnis; so auch *Schön,* DB 1998, S. 1169, 1175.

keit; Wesensmerkmale sind die Eigenverantwortung und Weisungsfreiheit in der Berufsausübung, die persönlich-vertrauensvolle Beziehung zum Auftraggeber (Mandanten, Patienten, Klienten), die regelmäßig höhere Ausbildung, das über die rein gewerbliche Motivation hinausgehende Berufsethos und – häufig – die standesrechtliche Bindung[14]. Eine gesetzliche Definition fehlt. In § 1 Abs. 2 PartGG hat der Gesetzgeber allerdings einen Berufskatalog aufgestellt, der dem des § 18 EStG nachgebildet ist und im Wesentlichen auch den vom Anwendungsbereich des Gewerberechts nach § 6 GewO ausgeschlossenen Tätigkeiten entspricht.

Angesichts des oben dargestellten Ausschließlichkeitsverhältnisses von Partnerschafts- und Personenhandelsgesellschaft[15] *strahlt der Berufskatalog des § 1 Abs. 2 PartGG auf das Handelsrecht aus.*

Eine andere Ansicht vertritt *Karsten Schmidt.* Er unterscheidet zwischen den eigentlichen, weil herkömmlich kammergebundenen oder berufsrechtlich gleichgestellten, freien Berufen (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Architekten, Notare, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer) und gewerblichen, lediglich durch das EStG bzw. das PartGG wie freie Berufe behandelten Tätigkeiten (etwa Tanz-, Fahr- und Sprachschulen, Übersetzer- oder Bildjournalistenbüros). Während ersteren nur die Organisationsform der Partnerschaftsgesellschaft offenstehe, könne für letztere auch die OHG oder KG gewählt werden[16]. Abgesehen davon, daß dieses Ergebnis offenkundig mit der Intention des Gesetzgebers nicht in Einklang steht, widerspricht die Schöpfung des „gewerbetreibenden Freiberuflers“ der historisch gewachsenen und durch die Regelungen des Gewerbe-, Handels- und Steuerrechts ausformulierten Antinomie von Gewerbe und freiem Beruf.

Schließlich ist noch auf folgendes hinzuweisen:

Der Katalog des § 1 Abs. 2 PartGG, bestehend aus ausdrücklich genannten und „ähnlichen“ Berufen, dürfte die freien Berufe abschließend erfassen; aufgrund des Berufsrechtsvorbehalts in § 1 Abs. 3 PartGG von den Regelungen des PartGG ausgenommene Berufe, etwa die Notare, können sich weder als Partnerschafts- noch als Personenhandelsgesellschaft organisieren.

Übt der Inhaber eines Unternehmens eine im Grunde freiberufliche Tätigkeit nicht im Wesentlichen selbständig und eigenverantwortlich aus, sondern delegiert diese ausschließlich oder weitgehend auf Angestellte (wie etwa der Betreiber eines Krankenhauses, einer Privatschule, eines Theaters), so wird er gewerblich tätig[17].

c) Geänderte Auflösungs- und Ausscheidenstatbestände

§ 131 Abs. 2 HGB nF. erklärt aus der Liste der bisherigen Auflösungsgründe einer OHG nach § 131 HGB aF. künftig alle *gesellschafterbezogenen Gründe* zu unmittelbar wirkenden *Ausscheidensgründen* (Konkurs, Tod und Kündigung eines Gesellschafters, ebenso die Kündigung durch seine Eigengläubiger) und trägt damit dem heutigen Verständnis vom Fortbestand eines Unternehmens bei Änderungen im Gesellschafterbestand Rechnung.

Zusätzlich hat der Gesetzgeber durch Aufnahme zweier weiterer Ausscheidenstatbestände, den (einstimmigen) Beschluß aller Gesellschafter und den Eintritt von weiteren im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Fällen, die bereits nach geltendem Recht angenommene Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter bestätigt.

Der ausscheidende Gesellschafter wird wie bisher nach § 738 BGB abgefunden.

Die Neufassung des § 131 HGB wirkt über § 161 Abs. 2 HGB auch für die Gesellschafter einer KG. Erst in letzter Minute wurde allerdings – als Folge heftiger Kritik in der Literatur[18] – sichergestellt, daß der *Tod eines Kommanditisten* nicht zu dessen Ausscheiden, sondern zur *Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben* führt, § 177 nF. Demgegenüber wurden für die BGB-Gesellschaft die bisherigen gesetzlichen Auflösungstatbestände mit der Begründung beibehalten, die Umwandlung in Ausscheidensgründe sei lediglich für den unternehmerischen Teil der Gesellschaften bürgerlichen Rechts sachgerecht[19].

Die für OHG und KG getroffene Neuregelung erhebt die bislang als sog. *Fortsetzungsklausel* bezeichnete vertragliche Gestaltung zum *gesetzlichen Regelfall.* Fortsetzungsklauseln werden allerdings in der Praxis lediglich für die Fälle des Konkurses und der Kündigung (auch durch Eigengläubiger eines Gesellschafters) gewählt; beim Ableben eines Gesellschafters kommen dagegen in aller Regel – nicht zuletzt wegen der bei Fortsetzungsklauseln bestehenden Abfindungsproblematik – *Nachfolgeklauseln* zum Tragen, entweder allgemein auf die Erben bezogen oder qualifiziert auf einen oder mehrere bestimmte Erben oder Vermächtnisnehmer und durch die gesetzliche Möglichkeit der Umwandlung einer Stellung als persönlich haftender Gesellschafter in die eines Kommanditisten nach § 139 HGB ergänzt.

§ 131 Abs. 2 HGB nF. beseitigt gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsbedarf deshalb allenfalls für die Fälle des Gesellschafterkonkurses und der Kündigung; auch hier ist jedoch nicht alles geklärt: es bleibt die Problematik der Ermittlung und eventuellen Beschränkung des Abfindungsanspruchs; neu aufgeworfen wird die Frage, ob die unmittelbare Ausscheidensfolge des § 131 Abs. 2 HGB nF. nicht in einzelnen Fällen aufgehoben bzw. aufgeschoben werden sollte.

3. Das neue Firmenrecht

Hat sich der Gesetzgeber mit den soeben behandelten Neuerungen für eine Fortentwicklung und behutsame Anpassung der bestehenden Strukturen an die heutigen Erfordernisse entschieden, so betritt er im Bereich des Firmenrechts weitgehend Neuland. Auf eine Darstellung der bis zum 1.7.1998 geltenden Grundsätze zur Firmenbildung, die Relevanz von Nach- und Vornamen, die Kongruenz von Sachfirma und Unternehmensgegenstand, Mischformen usw. kann hier verzichtet werden, denn all dies ist nur noch von historischer Bedeutung.

a) Allgemeine Grundsätze

Die bislang geltenden firmenrechtlichen Grundsätze für Einzelunternehmen, OHG, KG, GmbH, AG und eG wurden aufgehoben; seit 1. Juli 1998 sind Personen- bzw. Unternehmensgegenstandsangaben nicht mehr zwingende Bestandteile der Handelsfirma.

---

[14] Vgl. *Seibert* in: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 30, Rdnr.10.

[15] Siehe unter Abschnitt 2a.

[16] *Karsten Schmidt,* DB 1998, S. 61, 62.

[17] Vgl. *Baumbach/Duden/Hopt,* HGB, § 1, l C m.w.N.

[18] Siehe etwa *Karsten Schmidt,* ZIP 1997, S. 909, 917

[19] Vgl. amtl. Begr. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 13/8444, S. 42.; dagegen *Karsten Schmidt,* DB 1998, S. 61, 65.

Nach § 18 HGB nF., der alten und neuen Fundamentalnorm des Firmenrechts, hat sich die Firmenbildung – abgesehen von sich aus Spezialgesetzen für einzelne Bezeichnungen ergebenden Anforderungen[20] – nur noch an den folgenden *drei Maßstäben* zu orientieren:

– Eignung zur Kennzeichnung des Kaufmanns bzw. der Personenhandels- oder Kapitalgesellschaft als solcher, § 18 Abs. 1 1. Hs. HGB nF.
– Unterscheidungskraft § 18 Abs. 1 2. Hs. HGB nF.
– fehlende Eignung zur Irreführung über für die angesprochenen Verkehrskreise wesentliche geschäftliche Verhältnisse, § 18 Abs. 2 S. 1 HGB nF.

Die Ausformung dieser Kriterien ist in den für die einzelnen Unternehmensformen getroffenen gesetzlichen Neuregelungen nur partiell angelegt. Zu einem weiteren Teil kann auf allgemeine von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Grundsätze zurückgegriffen werden. Ein dritter Teil muß neu entwickelt werden.

b) Kennzeichnungskraft der Firma, Rechtsformzusätze, Angaben auf Geschäftsbriefen

Die Aussage des § 18 Abs. 1 1. Hs. HGB nF. „Die Firma muß zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein" ist klar: Für den Rechtsverkehr muß sich aus der Firma unzweifelhaft ergeben, daß hinter dem Firmennamen ein Kaufmann bzw. eine Handelsgesellschaft steht. Dies bedingt insbesondere eine *Abgrenzung von den geschäftlichen Bezeichnungen nicht kaufmännischer Unternehmen,* etwa den sog. Geschäfts- bzw. Etablissementbezeichnungen von Kleingewerbetreibenden.

Da § 19 Abs. 1 HGB nF. nunmehr – entgegen früherem Recht – für OHG, KG und auch für den Einzelkaufmann bzw. die Einzelkauffrau die entsprechenden ausgeschriebenen Bezeichnungen oder eine allgemein verständliche Abkürzung als zwingenden Firmenzusatz vorschreibt, ist die *Kennzeichnungsfähigkeit des Firmennamens* im Rechtsverkehr bereits durch die Verwendung der genannten Zusätze erreicht. § 18 Abs. 1 1. Hs. HGB nF. hat angesichts § 19 Abs. l HGB nF. deshalb lediglich dogmatisch ordnende Bedeutung.

Als allgemein verständliche Abkürzungen für „eingetragener Kaufmann", „eingetragene Kauffrau" nennt § 19 Abs. l Nr. l HGB nF. „e.K.", „e.Kfm." oder „e.Kfr."; ebenso wie die Kürzel OHG und KG werden sie sich gegenüber den ausgeschriebenen Bezeichnungen im Rechtsverkehr durchsetzen[21].

Künftig sind deshalb die Firmen sämtlicher Rechtsformen mit einem der folgenden Zusätze zu versehen:

– *Einzelfirma:* eingetragener Kaufmann, eingetragene Kauffrau, e.K., e.Kfm., e.Kfr., eingetr. Kfm., eingetr. Kffr.
– *OHG:* Offene Handelsgesellschaft, OHG, OH
– *KG:* Kommanditgesellschaft, KG
– *GmbH & Co. KG:* Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung, beschränkt haftende KG, GmbH & Co. KG
– *GmbH:* Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Ges. mbH., GmbH
– *AG:* Aktiengesellschaft, AG[22]
– *eG:* eingetragene Genossenschaft, eG
– *Partnerschaftsgesellschaft:* und Partner, & Partner, Partnerschaft
– *EWIV:* Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, EWIV.

Vor dem 1. Juli 1998 eingetragene *Altfirmen* können bis zum 31. März 2003 weitergeführt werden, Art. 38 Abs. 1 EGHGB. Werden sie nach diesem Zeitpunkt nicht mit dem gebotenen Rechtsformzusatz versehen, könnte dies zu einer Inanspruchnahme des Kaufmanns oder Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft nach den Grundsätzen der Rechtsscheinshaftung führen, etwa, weil mangels KG-Zusatz die Haftungsbeschränkung von Gesellschaftern nicht ersichtlich ist und der Rechtsverkehr vom Auftreten einer BGB-Gesellschaft ausgeht, oder, weil mangels Erkennbarkeit einer einzelkaufmännischen Firma deren ohne gleichzeitige Firmenänderung vorgenommener Inhaberwechsel zu einer Haftung des früheren Inhabers (als vermeintlicher im Geschäftsleben agierender Privatperson) führt. Die Aufnahme der Firmenzusätze in den Firmennamen darf deshalb keinesfalls versäumt werden.

Wird die Firma lediglich durch die Aufnahme eines Rechtsformzusatzes ergänzt, bedarf es *keiner Anmeldung zum Handelsregister,* Art. 38 Abs. 2 EGHGB; gerade bei den bisher durchweg ohne Rechtsformzusatz geführten Einzelfirmen dürfte im Regelfall aber eine Anmeldung geboten sein, da sich eine Änderung des Firmennamens, insbesondere die Streichung des Inhaberzusatzes, in den wenigsten Fällen vermeiden läßt.

Allein die Kennzeichnungswirkung des Firmennamens in Verbindung mit dem zugehörigen Rechtsformzusatz können – was Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften anbelangt – die Anforderungen des Handelsverkehrs an die Transparenz des Gegenüber jedoch nicht befriedigen. Der Einzelkaufmann und die Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft verkörpern aufgrund ihrer persönlichen Haftung in weit höherem Maße als die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften die Vertrauenswürdigkeit ihres Unternehmens. Ihre Identität muß Dritten erkennbar sein, was das frühere Recht für das Einzelunternehmen voll, für die Personenhandelsgesellschaften in eingeschränktem Maße durch die Grundsätze der Firmenbildung und -fortsetzung sicherstellte, was durch die bloße Kennzeichnungswirkung in Verbindung mit einem Rechtsformzusatz aber nicht mehr gewährleistet ist.

Ergänzend zum neuen Firmenrecht schreiben deshalb §§ 37a, 125a, 177a HGB nF. detaillierte Angaben vor, welche die *Geschäftsbriefe* von Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften nunmehr enthalten müssen, namentlich: Firma nebst Rechtsformzusatz, Ort der Handelsniederlassung, Registergericht und Registernummer; nicht erforderlich ist dagegen die Aufführung von Firmeninhaber bzw. persönlich haftenden Gesellschaftern sowie von Vertretungsverhältnissen, da diese dem Handelsregister entnommen werden können.

Demgegenüber müssen die nicht eingetragenen Kleingewerbetreibenden gemäß § 15 b GewO wie bisher in ihren Geschäftsbriefen den Familiennamen und mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen aufführen.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Die Firma des Einzelkaufmanns und der Personenhandelsgesellschaft wird von den überholten, im heutigen Massenverkehr allein durch die Firmenbildung auch gar nicht zu gewährleistenden Publizitäts-

---

[20] Dazu siehe unten Abschnitt II 3e).

[21] Andere Abkürzungen sind möglich, sollten allerdings nur gewählt werden, wenn sie vom Rechtsverkehr nicht mißverstanden werden können; die Offene Handelsgesellschaft wird zulässigerweise auch als OH abgekürzt, vgl. *Frenz,* ZNotP 1998, S. 178, 181.

[22] Der Zusatz „Aktiengesellschaft" braucht nicht mehr ausgeschrieben zu werden, § 4 AktG.

anforderungen vollständig entlastet. Letztere sind durch die Gestaltung des medialen Umfelds in Form von Geschäftsbriefen und – in entsprechender Anwendung der einschlägigen Normen – auch der elektronischen Medien wie z.B. Internet zu erfüllen. Die schon bislang für Kapitalgesellschaften nach § 80 AktG, § 35a GmbHG, § 25a GenG sowie solche Personengesellschaften, die sich ausschließlich aus Kapitalgesellschaften zusammensetzen, gemäß § 125a, 177a HGB aF. geltenden Grundsätze wurden damit auf das Einzelunternehmen und die Personengesellschaft erstreckt, deren Publizität trotz einer Liberalisierung des Firmenrechts verbessert. *Der Firmenkern selbst dient nur noch der Individualisierung des Unternehmens.*[23] Hiermit sind wir beim zweiten für die Firmenbildung maßgeblichen Kriterium angelangt.

c) Unterscheidungskraft der Firma

Gemäß § 18 Abs. 1 2. Hs. HGB nF. muß die Firma Unterscheidungskraft besitzen.

Das Kriterium der *Unterscheidungskraft* war im Tatbestand der bisherigen firmenrechtlichen Normen nicht enthalten. Gleichwohl ist es nicht völlig neu.

Rechtsprechung und Literatur stellen auf die Unterscheidungsfähigkeit einer Firma im Zusammenhang mit dem materiell-rechtlichen Namens- und Firmenschutz nach § 12 BGB und § 16 UWG aF. (heute § 1 UWG) ab, um das Vorliegen einer Schutzansprüche auslösenden objektiven Verwechlungsgefahr beurteilen zu können[24]. Materiell-rechtlich gilt der Grundsatz: Die Verwechslungsgefahr zwischen zwei Firmen ist umso größer, je unterscheidungskräftiger die betreffenden Firmennamen sind und je näher sich die beiden Unternehmen in ihrer geschäftlichen Tätigkeit kommen.[25] Unterscheidungskraft stellt also kein absolutes Kriterium im Sinne von Ja/Nein dar, sondern eine Skala unterschiedlicher Intensität, die nicht aus dem Firmennamen allein sondern aus dessen Verknüpfung mit anderen Merkmalen (etwa auch „Verkehrsgeltung“) erzeugt wird.

Das Merkmal der Unterscheidungskraft einer Firma als Voraussetzung ihres materiell-rechtlichen und lokal nicht begrenzten Schutzes nach § 12 BGB bzw. § 1 UWG wirkt nach der Rechtsprechung des BGH auch in den lokalen Firmenschutz, den § 30 HGB durch das von ihm aufgestellte Erfordernis der konkreten Unterscheidung der Firmen einer politischen Gemeinde bzw. eines Ortes im Zusammenwirken mit § 37 HGB begründet, hinein. So wurde etwa ein Schutzanspruch für den Firmenbestandteil „Video-Rent“ mit der Begründung abgelehnt, es handle sich hierbei um eine nicht hinreichend individualisierte freie Sachbezeichnung[26]. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gewähren demnach §§ 30, 37 HGB nur den von vornherein hinreichend unterscheidungskräftigen Firmenbestandteilen Schutz gegenüber insoweit gleichlautenden oder ähnlichen später eingetragenen Firmen. Hiervon ausgehend macht ein großer Teil der Rechtsprechung, der Obergerichte und Literatur zwischenzeitlich die Hinzufügung eines individualisierenden Zusatzes bereits zur Eintragungsvoraussetzung für die aus Branchen- und Gattungsbegriffen gebildeten reinen Sachfirmen, erhebt also die *Unterscheidungskraft* im Sinne einer im Vorfeld abstrakt zu prüfenden hinreichenden Unterscheidungsfähigkeit auch zum *formellen Kriterium der Firmenbildung.*[27]

Genau diese verbreitete Praxis hat nunmehr in § 18 Abs. 1 2. Hs. HGB nF. ihre gesetzliche Absicherung erfahren.

Eine Firma ist im Sinne des § 18 Abs. 1 2. Hs. HGB nF. unterscheidungskräftig, wenn sie geeignet ist, bei Lesern und Hörern die Assoziation mit einem bestimmten Unternehmen zu wecken.[28] Neben den zum UWG entwickelten Kriterien kann auch auf die zum Markenschutz, insbesondere zu § 5 Abs. 2 Satz 2 MarkenG ergangene Rechtsprechung abgestellt werden,[29] da der Gesetzgeber durch die Zulassung von Phantasiefirmen die Reduzierung des Firmennamens auf eine Marke oder markenähnliche Bezeichnung ausdrücklich in Kauf genommen hat.[30]

Im einzelnen sind folgende Fallgruppen zu unterscheiden:

(1) Reine Personenfirma:
Bei verbreiteten Familiennamen (Müller, Meier, Schuster, Schmidt etc.) muß die Unterscheidbarkeit durch Hinzufügung eines Vornamens oder eines anderen Zusatzes hergestellt werden[31]; im übrigen dürfte Unterscheidbarkeit problemlos gegeben sein.

(2) Gemischte Firma (bestehend aus Personennamen und Gegenstandsbeschreibungen oder sonstigen Zusätzen): Unterscheidbarkeit dürfte regelmäßig gegeben sein.

(3) Personenneutrale Firma:
Da es hier an einer mit Kennzeichnungskraft ausgestatteten Person fehlt, muß eine Individualisierung auf andere Art erfolgen:

– Reine Branchen-, Gattungs-, Tätigkeits- oder geographische Bezeichnungen sind nicht unterscheidungsfähig; sie bedürfen entweder der Verfremdung (nicht allein in graphischer, sondern auch sprachlicher Hinsicht) oder der Ergänzung durch Phantasieworte.

– Entsprechendes gilt, wenn der Firmenkern ausschließlich aus einem sonstigen gängigen, wenn auch nicht einen Unternehmensgegenstand bezeichnenden Begriff gebildet wird, z.B. City-GmbH.

– Reine Phantasieworte und -wortkombinationen sind demgegenüber stets individualisiert.

– Reine Kürzel, insbesondere wenn sie aus nicht mehr als drei Buchstaben und/oder Zahlen bestehen, haben keine hinreichende Unterscheidungskraft, ausgenommen sie haben bereits Verkehrsgeltung erlangt, sind als Markenzeichen geschützt, wie zum Beispiel „BMW’, „VW“, „IBM’ usw., oder wären zumindest als Markenzeichen schutzfähig.[32] Als Begründung hierfür mag der bereits der Forderung nach Er-

---

[23] *Karsten Schmidt*, ZIP 1997, S. 909, 914.

[24] Vgl. etwa BGH NJW 1987. S. 438 Video-Rent; zum Ganzen ausführlich *Weick/Habermann* in: Staudinger, BGB 13. Aufl., § 12, Rdnr. 287–309.

[25] *Weick/Habermann*, ebd. Rdnr. 298.

[26] BGH NJW 1987, S. 438.

[27] *Baumbach/Hueck*, GmbHG § 4, Rdnr. 12, 13; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 4, Rdnr. 3 ff.

[28] *Baumbach/Hopt*, HGB, § 17, Rdnr. 32; s.a. BGH GRUR 57, 548; 93, 923; 96, 68.

[29] *Möller*, Neues Kaufmanns- und Firmenrecht, S. 25.

[30] Kritisch hierzu im Hinblick auf die „unterschiedliche Funktion“ von Marke und Firma *Kögel* BB 1997, S, 793, 796.

[31] So auch *Baumbach/Hopt*, HGB, § 17, Rdnr. 33.

[32] Das neue, seit 1995 geltende Markenrecht hat zwar Zahlen und Buchstabenkombinationen grundsätzlich Kennzeichnungs- und Unterscheidungsfunktion zugesprochen; gleichwohl bedarf es zusätzlicher Voraussetzungen, damit sie als Marke eingetragen werden können.

gänzung von Branchenbezeichnungen zugrundeliegende Gedanke, die Sperrung der betreffenden Firmierung für künftige Unternehmen zu verhindern[33], angeführt werden, denn Kürzel sollen grundsätzlich ebenso wie Branchennamen allen Unternehmen offenstehen und verdienen nur in besonderen Fällen, etwa wenn sie die natürliche und logische Abkürzung für ein besonderes Produkt oder eine besondere Leistung sind und lediglich im Zusammenhang hiermit verwendet werden, Namensschutz. Könnte eine ABC-GmbH gegründet werden, würde dies für nachfolgende Unternehmen, die das Kürzel „ABC verwenden wollen, die Gefahr von Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüchen aufgrund des Namensschutzes mit sich bringen, auch wenn ein Zusatz beigefügt wird, denn „ABC“ steht in keinem logischen Zusammenhang mit einem besonderen Produkt oder einer besonderen Leistung. Kürzel können deshalb in aller Regel nur mit einem Zusatz verwendet werden, dann im Regelfall aber problemlos.

– Selbstverständlich können auch Sonderzeichen in den Firmennamen aufgenommen werden, soweit sie einem allgemein bekannten Alphabeth angehören. Auch hier dürfte Unterscheidbarkeit jedoch wiederum nicht durch die Tatsache der (erstmaligen) Verwendung eines Sonderzeichens, sondern nur durch dessen Kombination mit entsprechenden Zusätzen erreicht werden; eine @-GmbH wäre also nicht eintragungsfähig.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten: Das Merkmal der (abstrakten) Unterscheidungskraft, das für eine Firma noch vor ihrer konkreten Unterscheidung von dem Namen anderer am Ort bereits ansässiger Unternehmen zu bejahen sein muß, tritt als gewichtige Einschränkung der Firmenbildungsfreiheit an die Stelle der bisher zwingend vorgeschriebenen und gemäß § 18 Abs. 1 HGB nF., §§ 4, 279 AktG nF., § 4 GmbHG nF., § 3 GenG nF. nunmehr nicht mehr erforderlichen Personenangaben („Personenfirma“) bzw. Unternehmensgegenstandsangaben („Sachfirma“). Um dem Erfordernis der Unterscheidbarkeit zu genügen, wird es nach der hier vertretenen Auffassung häufig erforderlich sein, bis zur Erreichung der Verkehrsgeltung eines bestimmten Kürzels Personen- oder Gegenstandsangaben in die Firma mitaufzunehmen.

Ob die vom Gesetzgeber gewählte Lösung als glücklich bezeichnet werden kann, mag allerdings bezweifelt werden. Warum muß das zur Schutzfähigkeit einer Firma nach § 1 UwG bzw. § 12 BGB erforderliche Merkmal der abstrakten Unterscheidungskraft bereits im Eintragungsverfahren geprüft werden? Die fehlende Schutzfähigkeit einer Firma ist für ihren Inhaber nachteilig; den – bereits durch das Erfordernis der konkreten Unterscheidbarkeit nach § 30 HGB geschützten – Rechtsverkehr gefährdet sie nicht.[34]

d) Das Irreführungsverbot

Das dritte für die Firmenbildung maßgebliche Kriterium ist negativ formuliert: Die Firma darf keine Angaben enthalten, die *geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen.* Im Verfahren vor dem Registergericht wird die Eignung zur Irreführung nur berücksichtigt, wenn sie ersichtlich ist, § 18 Abs. 2 HGB nF.

Gegenüber der früheren Normierung dieses sog. Irreführungsverbotes in § 18 Abs. 2 HGB aF. sind folgende Unterschiede zu erkennen:

(1) Während der Wortlaut der alten Gesetzesfassung lediglich täuschende Firmenzusätze untersagte, enthält die Neuregelung nunmehr ein umfassendes Irreführungsverbot für die gesamte Firma, also auch für den Firmenkern. Schon nach bisherigem Rechtsverständnis war § 18 Abs. 2 HGB aF. jedoch die Ausprägung eines allgemeinen, u.a. auch in dem früheren § 3 UWG zum Ausdruck kommenden Irreführungsverbots, welches zum Schutz der Geschäftspartner, der Mitbewerber und des lauteren Wettbewerbs allgemein jedes Verhalten und speziell jede Firmierung untersagt, die die nicht ganz entfernte Gefahr der Irreführung eines nicht unbeachtlichen Teils der hierdurch angesprochenen Verkehrskreise mit sich bringt (sog. Grundsatz der *Firmenwahrheit*)[35]. § 18 Abs. 2 HGB nF. bringt insoweit deshalb lediglich eine verbesserte textliche Fassung, inhaltlich jedoch nichts neues.

(2) Irreführende Angaben über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise nicht wesentlich, also für ihre wirtschaftliche Entscheidung nur von nebensächlicher Bedeutung bzw. von geringer wettbewerblicher Relevanz sind, werden von § 18 Abs. 2 HGB nF. künftig nicht mehr verboten; wie der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf der Bundesregierung entnommen werden kann, soll dabei als Maßstab die Sicht des durchschnittlichen Angehörigen des betroffenen Personenkreises bei verständiger Würdigung zugrundegelegt werden.[36]

Ziel dieser Gesetzesänderung ist es, der über Jahrzehnte hinweg ausdifferenzierten, in einer unübersichtlichen Kasuistik „versteinerten“ Rechtsprechung der Obergerichte und Gutachtenpraxis der Industrie- und Handelskammern, welche § 18 Abs. 2 HGB aF. äußerst restriktiv, für die betroffenen Verkehrskreise oft unverständlich streng auslegte, einen Neuanfang zu ermöglichen.[37] Als Beispiele für die geltende Rechtsprechung nennt die amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung Angaben wie „Autohaus“, „Möbelcenter“, „Euro-“ usw., denen täuschende Aussagen über die Größe oder überregionale Bedeutung des Unternehmens beigemessen werden, obwohl sich die Erwartungen der angesprochenen Verkehrskreise möglicherweise gewandelt haben.[38] Jeder Praktiker wird eine Reihe weiterer allenfalls abstrakt täuschungsgeeigneter, im Geschäftsverkehr tatsächlich jedoch nicht mißverstandener Firmenbestandteile aufzählen können:

– So deutet etwa der Zusatz „-technik“ (z.B. Heizungs- und Sanitärtechnik; EDV-Systemtechnik) auf eine Entwicklungstätigkeit hin, wird im Geschäftsverkehr jedoch auch als Vertriebstätigkeit verstanden. Ob tatsächlich technische Produkte entwickelt oder nur vertrieben werden, ist für den durch den Firmennamen angesprochenen Personenkreis nicht wesentlich, da in aller Regel nicht das Interesse an der Vergabe eines Entwicklungsauftrags sondern das Erwerbsinteresse im Vordergrund stehen dürfte.

---

[33] *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 4, Rdnr. 6.

[34] *Karsten Schmidt* sieht insoweit den Vorteil, daß „unseriöse Annäherungen“, die zu UWG- oder Markenschutzprotessen führen können, auf diese Weise präventiv verhindert werden, ZIP 1997, S. 909, 915.

[35] Vgl. *Hueck* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 4 Rdnr. 16, 18; ein Überblick über Rechtsprechung und Literatur hierzu findet sich bei *Baumbach/Hopt*, HGB, § 18, 2–5; siehe auch etwa BayObLG NJW 1988, S. 2481.

[36] BT-Drucks. 13/8444, S. 53.

[37] So die amtl. Begr. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 13/8444, S. 36.; näher hierzu *Schaefer*, ZNotP 1998, S. 170, 176.

[38] BT-Drucks. 13/8444, S. 36.

– Entsprechendes gilt für geographische Zusätze, aus denen auf einen gewissen Größenumfang geschlossen werden könnte; dies tut man häufig nicht; zum Teil ist die Größe auch unerheblich (z.B. internationale X-GmbH).

– Auch Hinweise auf Spezialgebiete, besondere Qualitätsmerkmale u.ä. werden im heutigen Geschäftsverkehr oft mehr als individualisierender Firmenzusatz denn als Aussage über tatsächlich vorhandene Fähigkeiten verstanden.

Ein Großteil der von der – bis zum Reichsgericht zurückreichenden – Rechtsprechung als „irreführend" qualifizierten Angaben über geschäftliche Verhältnisse[39] dürfte nach heutiger Auffassung für die angesprochenen Verkehrskreise nicht (mehr) wesentlich sein.

(3) Das vorbezeichnete *„Wesentlichkeitsprinzip"* wird durch § 18 Abs. 2 S.2 HGB nF. dahingehend ergänzt, daß das Registergericht die Eignung zur Irreführung nur berücksichtigen darf, wenn sie „ersichtlich" ist, d.h. ohne umfangreiche Beweisaufnahme festgestellt werden kann. Diese Einschränkung ist nach dem Vorbild der patentamtlichen Irreführungsprüfung von angemeldeten Marken formuliert,[40] so daß auf die dortigen Kommentierungen zurückgegriffen werden kann.

Damit wird das Irreführungsverbot künftig als firmenrechtliches Korrektiv nur noch in Fällen einer offenkundigen Täuschung der Verbraucher zu Lasten der Konkurrenten und des lauteren Wettbewerbs zum Tragen kommen, insbesondere

– bei der unberechtigten oder einen falschen Anschein erweckenden Verwendung geschützter Titel und Berufsqualifikationen[41];

– bei Sachaussagen oder Betätigungsangaben, die in keinster Weise (mehr) mit dem Betätigungsgebiet übereinstimmen[42];

– bei der unberechtigten oder einen falschen Anschein erweckenden Verwendung des Namens eines Dritten. Stimmt der Dritte der Namensverwendung zu, so erfolgt diese zwar zu Recht, kann jedoch trotzdem irreführend sein, wenn der Dritte ansonsten in keinerlei Beziehung zu dem betreffenden Unternehmen steht. Wie bisher läßt sich die Veräußerung lediglich eines Firmennamens daher nur durch (vorübergehende) Beteiligung des Namensgebers am betreffenden Unternehmen erreichen.

e) Fortgeltung gesetzlicher Bezeichnungsvorschriften

Bestimmte Bezeichnungen, insbesondere Berufsbezeichnungen, dürfen nur unter den in den einschlägigen Spezialgesetzen festgelegten Voraussetzungen geführt werden. Dies betrifft insbesondere die Bezeichnungen Architekt, Ingenieur, Bank/Volksbank/Sparkasse, Kapitalanlage/Investment/Invest, Steuerberater, Unternehmensbeteiligungsgesellschaft, Umweltgutachter, Wirtschaftsprüfer.[43]

Diese Voraussetzungen sind auch nach neuem Recht bei der Firmenbildung zu beachten.

[39] Eine ausführliche Darstellung findet sich etwa bei *Baumbach/Hopt*, HGB, § 18, 2–5.

[40] Vgl. *Schaefer*, ZNotP 1998, S. 170, 177.

[41] Zur Zulässigkeit der Fortführung einer Doktorfirma bei Nachfolgezusatz siehe jedoch kürzlich BGH DB 1998, S. 512.

[42] *Möller*, Neues Kaufmanns- und Firmenrecht, S. 29.

[43] Überblick über die jeweiligen Anforderungen bei *Möller*, Neues Kaufmanns- und Firmenrecht, S. 32ff.

4. Vereinfachung und Effektivierung des Handelsregisterverfahrens, Gestaltungshinweise für den Notar

Für die Praxis von besonderer Bedeutung sind die vom HRefG zum Zweck der Vereinfachung und Verbesserung des Handelsregisterverfahrens vorgenommenen Änderungen.

a) Keine Firmenzeichnungen mehr

Einzelkaufleute, Prokuristen und die vertretungsberechtigten Personen von OHG und KG (persönlich haftende Gesellschafter und Liquidatoren) sowie der EWIV mußten – im Gegensatz zu den Geschäftsführern oder Vorständen von Kapitalgesellschaften – bislang neben ihrer Namensunterschrift auch den Firmennamen zur Aufbewahrung bei Gericht zeichnen. Insbesondere bei einer GmbH & Co. KG war das mit einem beträchtlichen Aufwand verbunden. Der hiermit ursprünglich verfolgte Zweck, dem Geschäftsverkehr eine Echtheitsprüfung von Firmenzeichnungen zu ermöglichen, wird heute jedoch nicht mehr erreicht, da anstelle der handschriftlichen Zeichnung die Firma im Briefkopf aufgedruckt, maschinengeschrieben oder aufgestempelt und damit auch nicht mehr mit den hinterlegten Zeichnungen vergleichbar ist.

Der Gesetzgeber hat die somit sinnentlehrt und überflüssig gewordenen Zeichnungsregelungen zum 1. Juli 1998 abgeschafft. Gemäß §§ 29 2.Hs., 53 Abs. 2, 108 Abs. 2, 148 Abs. 3 HGB nF. und § 3 Abs. 4 EWIV-Ausführungsgesetz ist nur noch die Namensunterschrift unter Angabe der Firma zu zeichnen. Der Prokurist hat außerdem – über das bisherige Recht hinaus – einen die Prokura andeutenden Zusatz hinzuzusetzen, § 53 Abs. 2 HGB nF.

An der vom Gesetzgeber gefundenen Neuregelung überrascht allerdings, daß die Namensunterschrift unter *Angabe der Firma* zu zeichnen ist. Dies war und ist für die Namenszeichnungen der Geschäftsführer und Vorstände von Kapitalgesellschaften nicht vorgesehen. Nach allgemeiner Praxis genügt hier die Vorlage eines reinen Zeichnungsbogens, dessen Inhalt sich auf die Wiedergabe der Namenszeichnung etwa nach folgendem Muster beschränkt:

„A zeichnet hierdurch seine Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei Gericht wie folgt: [A]"

Ein solcher abstrakter Zeichnungsbogen kann für jede beliebige Kapitalgesellschaft verwendet werden.

Wenn der Gesetzgeber nunmehr für Einzelunternehmer, Personenhandelsgesellschaften und EWIV die Angabe der Firma im Zusammenhang mit der Namenszeichnung vorschreibt, trägt er der Identifizierung dieser Handelsunternehmen mit ihren persönlich haftenden Organen bzw. Inhabern im Geschäftsverkehr Rechnung.

Hiermit ist aber lediglich das *Verbot der Verwendung eines abstrakten Zeichnungsbogens* verbunden, nicht auch das Gebot, der Namenszeichnung die handschriftliche oder maschinelle Firma unmittelbar beizufügen. Der Zweck der Zeichnungsvorschriften, dem Geschäftsverkehr eine Echtheitsprüfung der Namensunterschriften der Inhaber von Einzelfirmen und Vertretungsorganen von Gesellschaften zu ermöglichen[44], wird bereits durch die äußere Einbettung der Zeichnung in eine Handelsregisteranmeldung oder einen für die betreffende Firma ausgestellten Zeichnungsbogen erreicht, da sich hieraus zweifelsfrei erkennen läßt, für welche Firma gezeichnet wurde.

[44] Vgl. Amtl. Begr. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BTDrucks. 13/8444, S. 57.

Die Zeichnung könnte daher etwa so in eine Handelsregisteranmeldung aufgenommen werden:

„A zeichnet seine Namensunterschrift für die im Betreff genannte Firma zur Aufbewahrung bei Gericht wie folgt: [A]“

Bei der Zeichnung für eine GmbH & Co. KG wäre demnach zu formulieren:

„A zeichnet seine Namensunterschrift für die im Betreff genannte Firma und die vorstehend genannte Firma der Komplementärin zur Aufbewahrung bei Gericht wie folgt: [A]“

Eine ausführlichere Zeichnungsformel lautet etwa:

„A zeichnet seine Namensunterschrift unter Angabe der Firma zur Aufbewahrung bei Gericht wie folgt:

(maschinen- oder handgeschriebener Firmenname) [A]“

Der Prokurist hat seiner Namenszeichnung zusätzlich einen hand- oder maschinengeschriebenen Prokurazusatz voranzustellen. Hier könnte der Zeichnungstext etwa folgendermaßen abgefaßt werden:

„A zeichnet seine Namensunterschrift für die im Betreff genannte Firma unter Angabe eines das Prokuraverhältnis andeutenden Zusatzes zur Aufbewahrung bei Gericht wie folgt: ppa [A]“

b) Eintragung einer Person mit Geburtsdatum statt mit Beruf

Im Interesse einer eindeutigen Identifizierung ist ab 1.1.1999 jede in das Handels- oder Genossenschaftsregister einzutragende Person mit dem *Geburtsdatum anstelle Stand oder Beruf* einzutragen, § 125 Abs. 3 S. 2 FGG nF. i.V.m. § 24 Abs. l HRV nF.

Dementsprechend sind künftig auch in der von den Geschäftsführern einer GmbH einzureichenden Gesellschafterliste anstelle von Stand oder Beruf die Geburtsdaten der Gesellschafter aufzuführen, § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG nF.

c) Angabe der Geschäftsadresse

Ab 1.7.1998 haben alle Unternehmen bei ihrer Anmeldung nicht nur den Ort, sondern ihre genaue Adresse zum Handelsregister einzureichen (einfache schriftliche Form genügt, da § 12 HGB keine Anwendung findet). In gleicher Weise sind Anschriftenänderungen sowie die Adressen von Zweigniederlassungen unverzüglich einzureichen, § 24 Abs. 2 und 3 HRV nF. Bereits eingetragene Firmen haben ihre Anschrift bis zum 31.3.2000 nachzureichen, sofern diese beim Gericht noch nicht bekannt ist. In der Praxis dürften die betreffenden Adressen dem Gericht jedoch in aller Regel schon deshalb vorliegen, da sie im Zuge der Eintragung von der IHK überprüft worden sind.

Sinnvollerweise wird nicht nur bei der ersten, sondern auch bei späteren Registeranmeldungen die aktuelle Geschäftsadresse mit angegeben.

d) Erweiterte Gesellschafterpublizität im GmbH-Recht

Die genaue Kenntnis des Gesellschafterbestandes einer GmbH ist Voraussetzung namentlich für einen etwaigen Haftungsdurchgriff auf einzelne Gesellschafter, die Offenlegung von Beherrschungsverhältnissen, die Überprüfung eigenkapitalersetzender Darlehen im Konkursfall und die Beurteilung der ordnungsgemäßen Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen; der Rechtsverkehr hat hieran deshalb ein legitimes und erhebliches Interesse[45].

Da eine Eintragung der Gesellschafter im Handelsregister nach dem Vorbild des österreichischen Firmenbuchs aufgrund des für einen solchen Fall gewünschten lediglich deklaratorischen Charakters nicht sinnvoll erschien, hat der Gesetzgeber sich für eine Verbesserung der Publizität durch ab dem 1.1.1999 in Kraft tretende verschärfte Anzeigepflichten entschieden.

Gemäß § 40 Abs. l Satz 1 GmbHG nF. haben die Geschäftsführer (also alle zusammen, nicht nur in vertretungsberechtigter Zahl) eine von ihnen unterschriebene Liste aller Gesellschafter, enthaltend Name, Vorname, Geburtsdatum, Wohnort bzw. Sitz und Stammeinlage, nicht mehr wie bisher einmal jährlich, sondern künftig *unverzüglich nach jeder Änderung in der Person von Gesellschaftern oder des Umfangs ihrer Beteiligung,* allerdings auch nur dann, beim Registergericht einzureichen.

Diese Mitteilungspflicht entsteht mit rechtswirksamer Änderung im Gesellschafterbestand bzw. im Umfang der Beteiligung, bei Kapitalerhöhungen daher erst mit Eintragung im Handelsregister. Sinnvollerweise sollte bei Änderungen, die erst zu einem späteren genau bestimmten oder aus dem Handelsregister ersichtlichen Zeitpunkt wirksam werden, bereits bei Vornahme des entsprechenden Rechtsgeschäfts eine neue Gesellschafterliste eingereicht werden, welche dann lediglich den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderung ausweisen muß. Die Verpflichtung zur Einreichung einer gesonderten Liste der Übernehmer neuer durch Kapitalerhöhung gebildeter Stammeinlagen gemäß § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG könnte damit entfallen[46]; dies ist aber bislang nicht vorgesehen.

Geschäftsführer, welche diese Verpflichtung verletzen, haften den Gläubigern der Gesellschaft für den dadurch entstehenden Schaden als Gesamtschuldner, § 40 Abs. 2 GmbHG nF.[47]

Neben den Geschäftsführern werden künftig auch die Notare in die Pflicht genommen, welche gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG nF. die von ihnen jeweils beurkundeten Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen unverzüglich dem Registergericht[48] anzuzeigen haben. Bezüglich Art und Umfang dieser Anzeigepflicht läßt die Gesetzesfassung allerdings Fragen offen, die leider auch in der amtlichen Begründung zum Gesetzesentwurf nicht angesprochen sind.

Die Anzeigepflicht entsteht nach Ansicht des Verfassers:

– bei einer rechtswirksam erklärten unbedingten und unbefristeten Abtretung, unabhängig von ihrer Anmeldung bei der Gesellschaft, sofort mit Beurkundung (eindeutig);
– bei Beurkundung eines aus welchen Gründen auch immer noch nicht wirksamen Abtretungsvertrags – etwa wegen Fehlens von Genehmigungserklärungen der Beteiligten, Zustimmungserklärungen Dritter oder des Eintritts einer vereinbarten aufschiebenden Bedingung – erst dann, wenn dem Notar das Vorliegen der letzten von ihm zu überwachenden Wirksamkeitsvoraussetzung erkennbar ist[49];

---

[45] Amtl. Begr. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 13/8444, S. 79.

[46] *Frenz,* ZNotP 1998, S.178, 182.

[47] Schaden kann entstehen durch erfolglose Rechtsverfolgung, anfallende Kosten für die Ermittlung der richtigen Gesellschafter, insbesondere aber, wenn Rückzahlungsansprüche der Gesellschaft oder eine Durchgriffshaftung nicht rechtzeitig geltend gemacht werden konnten, vgl. *Gustavus,* GmbHR 1998, S. 17, 19.

[48] Diese Anzeigepflicht ist von der Anmeldung der Abtretung gegenüber der Gesellschaft nach § 16 GmbHG streng zu unterscheiden.

[49] Im Grundtenor ebenso *Frenz,* ZNotP 1998, S. 178, 183, der allerdings mißverständlich bei Vorliegen einer aufschiebenden Bedingung eine sofortige Anzeigepflicht bejaht, hierbei aber den Fall übersieht, daß auch der Eintritt einer solchen Bedingung vom Notar überwacht werden kann und – aus Rechtssicherheitsgründen – sinnvollerweise auch überwacht wird.

dies ist damit zu begründen, daß die Unterrichtungsaufgabe des Notars, welche gegenüber der entsprechenden Verpflichtung der Geschäftsführer lediglich subsidiären Charakter hat, indem sie dem Registergericht nämlich Anhaltspunkte für die Einforderung einer aktualisierten Gesellschafterliste geben soll[50], am effektivsten nicht schon mit Abschluß der Beurkundung, sondern erst mit Beendigung einer zusätzlich übernommenen Vollzugstätigkeit erfüllt wird, um eine unnötige und vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Arbeitsbelastung des Gerichts[51] zu vermeiden; hat der Notar also den Auftrag übernommen, das Wirksamwerden der Abtretung durch Kaufpreiszahlung festzustellen oder die erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen, braucht er die Anzeige erst nach Vorliegen dieser Voraussetzungen vorzunehmen; fehlt ein solcher Auftrag, entsteht die Anzeigepflicht unabhängig von diesen Wirksamkeitshindernissen; für die Praxis von besonderer Bedeutung: ein Treuhandvertrag, der eine aufschiebend bedingte Abtretung an den Treugeber enthält, ist deshalb nur dann anzeigepflichtig, wenn der Bedingungseintritt ohne Mitwirkung eines Notars herbeigeführt werden kann;

– bei Beurkundung eines Angebots erst mit Annahme für den die Annahme beurkundenden Notar.

Sonstige Verfügungen, etwa Verpfändungen oder Nießbrauchsbestellungen, unterliegen keiner Anzeigepflicht.

Inhaltlich bedeutet die Anzeigepflicht nicht die Übersendung einer (auch nicht auszugsweisen) Urkundsabschrift, sondern lediglich die Mitteilung an das Handelsregister, daß eine Abtretung beurkundet wurde. Nach Ansicht des Verfassers erfordert der vom Gesetzgeber des HRefG angestrebte Entlastungseffekt für das Registergericht jedoch außerdem Angaben zu den beteiligten Personen, den abgetretenen Geschäftsanteilen und etwaiger Wirksamkeitshindernisse zum Zeitpunkt der Anzeige, um dem Gericht die Prüfung der daraufhin eingereichten Gesellschafterliste sowie der Wirksamkeit künftiger Gesellschafterbeschlüsse zu ermöglichen.[52] Gerade letzteres kann es sinnvoll erscheinen lassen, dem Registergericht eine vollständige oder auszugsweise Vertragsabschrift zum Zweck der Anzeige zukommen zu lassen, sofern die Beteiligten mit der hierdurch erreichten Publizität des Anteilsübertragungsvertrags einverstanden sind.

Es empfielt sich seitens des Notars, auf die Verpflichtung der Geschäftsführung, eine aktualisierte Gesellschafterliste bei Veränderungen im Gesellschafterbestand oder der Geschäftsanteile unverzüglich einzureichen, bei geeigneter Gelegenheit hinzuweisen, etwa

– in der Anmeldungsurkunde der Geschäftsführerbestellung[53],

– in der Gründungsurkunde,

– in der Geschäftsanteilsabtretungsurkunde; gegebenenfalls sollte in diese die Formulierung aufgenommen werden, daß der Notar beauftragt wird, eine neue Gesellschafterliste zu entwerfen und den Geschäftsführern zusammen mit der Anmeldung des Geschäftsanteilsübergangs zur Unterzeichnung und Weitergabe an das Registergericht zuzuleiten; die Einreichung der Liste beim Registergericht durch den Notar selbst kann wegen der daraus resultierenden Haftungsrisiken nur gegen Empfangsbestätigung bzw. Einschreiben/Rückschein angeraten werden.

e) Einschränkung der Anhörung der IHK

Nach der bislang geltenden Fassung von § 23 HRV (Handelsregisterverfügung) hatte der Richter zur Vermeidung unzulässiger Eintragungen grundsätzlich bei allen Neueintragungen von Firmen sowie bei Firmenänderungen ein Gutachten der zuständigen IHK einzuholen, ebenso in sonstigen zweifelhaften Fällen; zu diesen zählt die Praxis u.a. spätere Änderungen des Firmensitzes, des Unternehmensgegenstandes, Kapitalerhöhungen gegen Sacheinlagen sowie Umwandlungsvorgänge[54].

Durch die Neufassung von § 23 Satz 2 HRV nF., welche zum 1. Juli 1998 in Kraft getreten ist, wurde das Erfordernis der regelmäßigen Anhörung der IHK zu Fragen der Firmenbildung aufgehoben; die IHK muß auch in Bezug auf die Firmenbildung nur noch in *zweifelhaften Fällen* beteiligt werden.

Die hiermit angestrebte Beschleunigung der Eintragung[55] wird im Hinblick auf die dem Registergericht nach § 12 FGG eröffnete Möglichkeit, die IHK und sonstige berufsrechtliche Kammern freiwillig zu beteiligen, im konkreten Fall allerdings nur dann zu erreichen sein, wenn der die Handelsregisteranmeldung vorbereitende Notar die firmenrechtliche Vorprüfung und die bei Zweifelsfragen erforderliche Vorklärung mit der zuständigen IHK selbst vornimmt.

Es wird deshalb insbesondere für eilige Fälle empfohlen, daß der Notar die Zulässigkeit der Firmenbildung unter den Gesichtspunkten

– Kennzeichnungskraft (d.h. korrekter Rechtsformzusatz)

– Unterscheidungskraft

– Irreführungseignung

– der Gefahr der fehlenden Unterscheidung von anderen am Ort ansässigen Firmen

selbst überprüft.

Darüber hinaus ist ein konkreter Abgleich mit den bestehenden örtlichen Firmennamen (Grundsatz der Firmenausschließlichkeit) immer dann erforderlich, wenn das betreffende Registergericht noch nicht über ein entsprechendes EDV-gestütztes Fiirmensuchprogramm[56] verfügt, da nur dann die gemäß § 30 HGB nötige Prüfung vom Richter oder Rechtspfleger selbst vorgenommen werden kann; der Notar sollte die Beteiligten daher generell dazu anhalten, sich bei der IHK vor Anmeldung einen EDV-Ausdruck über namensähnliche oder namensgleiche örtliche Firmen zu besorgen, der dann mit der Anmeldung zum Handelsregister eingereicht wird. Die entsprechende Information wird von der IHK kostenfrei zur Verfügung gestellt.

---

[50] Amtl. Begr. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 13/8444, S. 80.

[51] Dieses müßte im Fall einer Anzeige bei der Gesellschaft anfragen, ob die Voraussetzungen für die Einreichung einer berichtigten Liste schon vorliegen.

[52] A.A. *Frenz*, ZNotP 1998, S. 178, 183, der lediglich die Anzeige, daß der Notar irgendeine Abtretung der Gesellschaft durchgeführt hat, für ausreichend hält.

[53] So *Frenz*, ZNotP 1998, S. 178, 183.

[54] Vgl. ebd., S. 179.

[55] Hierzu vgl. die Stellungnahme des Bundesrates und die Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drucks. 13/8444, S. 95f., 100.

[56] Viele größere Registergerichte sind bereits heute in der Lage, den notwendigen Vergleich des neu einzutragenden Firmennamens mit den am Ort bestehenden Firmen selbst durchzuführen.

Zur Vermeidung von UWG- oder MarkenG-Verletzungen sollten die Beteiligten dort, wo es darauf ankommt, zusätzlich eine überörtliche Firmennamens- und Markenrecherche starten. Diese Dienstleistung wird u.a. – bisher allerdings lediglich auf Firmennamen beschränkt – von der IHK[57] angeboten.

Selbst bei normalen („eindeutigen") Firmenanmeldungen kann von einem Verzicht des Registergerichts auf Anhörung der IHK mit Sicherheit nur dann ausgegangen werden, wenn der Notar einen entsprechenden Prüfbericht sowie die Ergebnisse einer durchgeführten Firmennamensrecherche vorlegt[58].

f) Einschränkung der freien Sitzwahl für GmbH's

Um im Interesse des Gläubigerschutzes mißbräuchlicher Sitzwahl entgegenzuwirken[59], hat der Gesetzgeber durch den in Anlehnung an § 5 AktG neu geschaffenen § 4a GmbHG festgelegt, daß als Sitz in der Regel[60] nur ein Ort in Betracht kommt, an dem sich

– eine Betriebsstätte oder

– die Geschäftsleitung oder

– die Verwaltung

befindet.

In Hinblick auf diese Neuregelung empfiehlt es sich für den Notar, zur Vermeidung einer registerrechtlichen Prüfung bereits in die Handelsregisteranmeldung eine *Versicherung der Geschäftsführer* aufzunehmen, daß sich am Ort des Sitzes eine Betriebsstätte, die Geschäftsleitung oder Verwaltung befindet.

g) Einschränkung der Prüfungsbefugnis der Registergerichte

Im Zuge seiner Bemühungen, das Handelsregisterverfahren für Neueintragungen zu beschleunigen und zu effektivieren, hat der Gesetzgeber auch vor der – im Umfang bislang umstrittenen – Prüfungskompetenz des Registergerichts nicht halt gemacht. Gemäß § 9c Abs. 2 GmbHG nF., § 38 Abs. 3 AktG nF. und § 11 a Abs. 3 GenG nF. ist das Gericht ab 1.7.1998 nur in folgenden Fällen zur Ablehnung der Eintragung berechtigt:

– bei Überbewertung von Sacheinlagen;

– bei nicht ordnungsgemäßer Anmeldung der Gesellschaft;

– bei nicht ordnungsgemäßer Errichtung der Gesellschaft; bei Mängeln des Gesellschaftsvertrages allerdings nur, wenn sie zu den im Gesetz aufgeführten Fallgruppen gehören (insbesondere, weil sie zwingender Inhalt des Gesellschaftsvertrages oder der Eintragung sind oder zum Schutz der Gläubiger oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind)[61].

Mängel des Gesellschaftsvertrags, die lediglich das *Verhältnis der Gesellschafter untereinander* betreffen (etwa Ergebnisverteilung, Nachfolgeklauseln, Kündigungsrechte, Stimmrechte usw.) stehen der Ersteintragung der Gesellschaft deshalb *nicht* entgegen. Das Recht des Registergerichts, *mangelhafte spätere Änderungen* solcher Regelungen nicht einzutragen, wurde dagegen ausdrücklich nicht angetastet, da insoweit ein Beschleunigungsbedürfnis nicht besteht.[62]

h) Änderungen des Umwandlungsgesetzes

Durch § 122 Abs. 2 UmwG nF. wird klargestellt, daß die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf ihren Alleingesellschafter auch dann möglich ist, wenn er nicht im Handelsregister eingetragen ist und auch dort nicht eingetragen werden kann, weil er nach der Verschmelzung kein Gewerbe ausübt. In diesem Fall wird die Wirksamkeit der Verschmelzung bereits durch Eintragung im Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers herbeigeführt.[63]

Im Hinblick auf die Liberalisierung des Firmenrechts wurden die Beschränkungen der Firmenfortführung gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 und 3 UmwG aF. aufgehoben. Auch § 200 UmwG ist dementsprechend neu gefaßt worden.

Von größter Bedeutung ist allerdings die sich aus den neu geschaffenen Eintragungsoptionen für Kleingewerbetreibende und Vermögensverwaltungsgesellschaften mittelbar ergebende Erweiterung der Umwandlungsmöglichkeiten[64]:

– Die Umwandlung eines einzelkaufmännischen Unternehmens in eine GmbH, welche durch §§ 152–160 UmwG als Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns geregelt ist und nach § 152 Satz 1 UmwG die Eintragung der Firma des Einzelkaufmanns im Handelsregister voraussetzt, steht nunmehr auch Kleingewerbetreibenden offen; diese waren bisher darauf verwiesen, ihr Unternehmen im Wege der Sacheinlage in die GmbH einzubringen.

– Gesellschaften bürgerlichen Rechts, welche nach geltendem Recht – als Folge ihrer Eintragungsunfähigkeit – lediglich als Zielrechtsform beim Formwechsel in Betracht kommen (§ 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG), im übrigen aber keine umwandlungsfähigen Rechtsträger darstellen (vgl. §§ 3, 124, 191 Abs. 1 UmwG), können über die nunmehr bei kleingewerblicher oder vermögensverwaltender Tätigkeit mühelos zu erreichende Zwischenstation der Personenhandelsgesellschaft an jeder Umwandlung teilnehmen und, sofern dies opportun ist, nach erfolgreicher Durchführung wieder in ihr altes Gewand schlüpfen.

III. Folgerungen für die notarielle Praxis

Die durch das HRefG eingeführten Neuerungen werden die notarielle Praxis über die bereits dargestellten verfahrensrechtlichen Auswirkungen in erheblichem Maße beeinflussen.

1) Erweiterte Aufklärungspflichten des Notars?

Die Öffnung von Einzelfirma und Personenhandelsgesellschaft für Kleingewerbetreibende wird langfristig zu einer Flut von entsprechenden Handelsregisteranmeldungen führen.[65] Dabei ist davon auszugehen, daß gerade unter den Kleingewerbetreibenden ein Großteil im kaufmännischen Geschäftsverkehr wenig oder sogar gänzlich unerfahren ist.

---

[57] Die Kosten für eine von der IHK durchgeführte bundesweite Firmennamensrecherche belaufen sich derzeit auf ca. DM 150,–.

[58] Dieser ist eine Nebentätigkeitsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu erheben.

[59] Die Neuregelung erfolgte laut *Frenz*, ZNotP 1998, S. 178, 184 als Reaktion auf ein Urteil des BayObLG (MittBayNot 1987, S. 264), wonach eine mißbräuliche Gestaltung nicht schon bei postalischer Unerreichbarkeit am Sitz, sondern erst im Inland überhaupt angenommen wurde.

[60] Zu Ausnahmen siehe etwa *Hüffer*, AktG, § 5 Rdnr. 7.

[61] Ausführlich zu den einzelnen Fallgruppen und Beispielen *Frenz*, ZNotP 1998, S. 178, S.184.

[62] Ebd. S. 183.

[63] Vgl. hierzu *Neye*, DB 1998, S. 1649, 1653.

[64] S. a. *Gustavus*, GmbHR 1998, S. 17, 21; *Karsten Schmidt*, DB 1998, S. 61, 62.

[65] Zu den Gründen hierzu siehe oben, Abschnitte II 1b) und 2a) jeweils am Ende.

Es wäre gleichwohl verfehlt, hieraus auf eine Verpflichtung des Notars zur Aufklärung über das Sonderrecht der Kaufleute zu schließen, denn die Anwendung dieser speziellen Rechtsvorschriften erfolgt nicht als unmittelbare, sondern lediglich als allgemeine, auch nicht aus der Eigenart des konkreten Rechtsgeschäfts resultierende mittelbare[66] Folge der durch die Beurkundung der Handelsregisteranmeldung ausgeübten Amtstätigkeit.

Es bleibt dem Notar allerdings unbenommen, die Beratung über essentielle Grundsätze des Rechts der Kaufleute als zusätzliche freiwillige Aufgabe i.S.v. § 24 Abs. 1 BNotO zu übernehmen,[67] etwa durch Auflistung der wichtigsten Besonderheiten in mündlicher oder schriftlicher Form.

Um etwaigen Beratungsbedarf aufzudecken, erscheint es zweckmäßig, in die Handelsregisteranmeldung zum Beispiel folgende Formulierung aufzunehmen:

„Dem/den Unterfertigten ist bekannt, daß spätestens mit Eintragung im Handelsregister die für Kaufleute vorgesehenen besonderen Rechtsvorschriften Anwendung finden."

2) Die Kann-OHG/KG als Gestaltungsvariante für Kleingewerbetreibende

Kleingewerbetreibende konnten bisher lediglich zwischen den Organisationsformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und GmbH wählen. Mit OHG, KG und insbesondere der GmbH & Co. KG stehen ihnen nunmehr eine Reihe weiterer Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung.

Für die Wahl der optimalen Gesellschaftsform sind vor allem die hiermit jeweils verbundenen haftungsrechtlichen, organisatorischen, steuerlichen und finanziellen Folgen ausschlaggebend.

a) Erweiterung der Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung

Im Vordergrund der Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Gesellschaftsform wird und muß immer die Haftungsfrage stehen. Ist eine Beschränkung der persönlichen Haftung aufgrund risikoreicher Geschäftstätigkeit oder besonderen Sicherheitsbedürfnisses der Beteiligten geboten, so kommen lediglich die Rechtsformen der GmbH und – nunmehr durch das HRefG auch Kleingewerbetreibenden eröffnet – der GmbH & Co. KG in Betracht. Die KG selbst eignet sich lediglich dazu, das Haftungsrisiko einzelner Gesellschafter, etwa von Kindern oder Ehegatten, auszuschließen.

b) Ertragssteuerliche und organisatorische Gesichtspunkte für die Entscheidung zwischen Kapital- und Personengesellschaft

Ob im übrigen der GmbH oder einer Personengesellschaft, bei notwendiger Haftungsbeschränkung also einer GmbH & Co. KG, der Vorzug zu geben ist, wird wesentlich von der unterschiedlichen ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Kapital- und Personengesellschaften bestimmt.

Gegen die Wahl der GmbH sprechen insbesondere die fehlende Ausgleichsmöglichkeit von Verlusten der Gesellschaft mit sonstigen Einkünften ihrer Anteilseigner – sie können bei der GmbH & Co. KG allerdings auch nur in den Grenzen des § 15a EStG verrechnet werden – sowie die latente Gefahr sog. verdeckter Gewinnausschüttungen, welche nicht unerhebliche steuerliche Schäden anrichten können. Die nachteilige Doppelbelastung mit Vermögenssteuer ist demgegenüber durch deren Abschaffung entfallen.

Zugunsten der GmbH spricht, daß durch Tätigkeitsvergütungen und Pensionsrückstellungen für die Geschäftsführer sowie in gewissem Umfang auch durch Gesellschafterdarlehen die Körperschafts- und vor allem die Gewerbesteuerbelastung reduziert werden kann;[68] bei Personengesellschaften, die – einschließlich der GmbH & Co. KG – nicht Körperschaftssteuersubjekte sondern Mitunternehmerschaften darstellen, mindern diese Ausgaben die Bemessungsgrundlage der genannten Ertragssteuern nicht. Angesichts der in den letzten Jahren verringerten Gewerbesteuerhebesätze wirkt sich der gewerbe- und körperschaftssteuerliche Vorteil allerdings erst bei höheren Erträgen aus, die bei Kleingewerbetreibenden naturgemäß nicht vorhanden sind.

Bei schlechter oder stark schwankender Ertragslage ist daher die Personengesellschaft, bei notwendiger Haftungsbeschränkung also die GmbH & Co. KG (unter Bildung möglichst hoher Kommanditanteile zur Schaffung von Verrechnungsvolumen mit anderen Einkünften), vorzugswürdig, bei guter Ertragslage die GmbH.

Für die (GmbH & Co.) KG können außerdem organisatorische Gesichtspunkte sprechen, etwa das Bestreben, Kinder, Ehegatten oder außenstehende Dritte als Kapitalgeber mit lediglich geringen Mitspracherechten zu beteiligen.

c) Finanzielle Aspekte

Der mit der Errichtung einer GmbH durch die Aufbringung des Stammkapitals, die Gründungskosten sowie die Kosten später notwendiger Satzungsänderungen verbundene finanzielle Aufwand dürfte demgegenüber kaum ins Gewicht fallen. Selbst kleingewerbliche Unternehmen bedürfen in aller Regel eines Startkapitals von einigen Zehntausend DM. Die auch bei der Gründung von Personengesellschaften anfallenden Beratungskosten werden die verhältnismäßig niedrigen Notarkosten für die Gründung einer GmbH mit einem Stammkapital von DM 50.000,– selten unterschreiten. Eher zu Buche schlagen könnte der für eine GmbH insgesamt höhere Steuerberatungsaufwand.

d) Grunderwerbsteuerliche Betrachtung

Auch künftig eintretende grunderwerbsteuerliche Folgen sollten bei der Wahl der optimalen Rechtsform mit einkalkuliert werden.

Für die Personengesellschaft spricht insofern, daß die Einbringung von Gesellschaftergrundbesitz in eine GmbH stets und in vollem Umfang grunderwerbsteuerpflichtig ist, die Einbringung in eine Gesamthand, insbesondere also in eine Personengesellschaft, gemäß § 5 GrEStG aber nur insoweit, als durch die Einbringung einzelne Gesellschafter eine wertmäßige Beteiligung erwerben bzw. eine solche erhöhen; soweit der einbringende Gesellschafter wertmäßig über seine Gesellschaftsbeteiligung am betreffenden Grundbesitz weiter beteiligt bleibt, ist die Einbringung grunderwerbsteuerfrei, ebenso, soweit die für Veräußerungen an Familienangehörige vorgesehenen Befreiungstatbestände eingreifen.

Soll ein Grundstück dennoch in eine GmbH eingebracht werden, so empfiehlt es sich, die Gesellschaft zunächst als OHG zu

---

[66] Vgl. *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, § 17 Rdnr. 30.

[67] Hierbei handelt es sich um eine gebührenpflichtige Nebentätigkeit i.S.v. § 147 Abs. 2 KostO.

[68] Überblick etwa bei *Volhard/Tischbirek* in Hopt (Hrsg.), Vertrags- und Formularbuch IID l, 33; zur Besteuerung der GmbH & Co. KG siehe BFH GrS BStBl II 1984, S. 751, 758.

gründen und dann grunderwerbsteuerneutral[69] – durch Formwechsel in eine GmbH umzuwandeln.

e) Die organisatorischen Defizite der GbR

Ist im konkreten Fall die Entscheidung für die Gründung einer Personengesellschaft getroffen, so sollte berücksichtigt werden, daß Firmen-, Register-, Grundbuch-, Partei- und Prozeßfähigkeit ebenso wie die Begründung der handelsrechtlichen Vertretungsberechtigungen (organschaftliche Vertretung, Prokura), und die Haftungsbeschränkung für einzelne Gesellschafter lediglich durch Gründung einer OHG bzw. KG, nicht aber durch eine GbR erreicht werden können. OHG und KG sind aufgrund dieser Defizite der GbR daher grundsätzlich vorzugswürdig.

Die einzige Ausnahme besteht für solche Unternehmen, die so klein sind, daß für sie die Anwendung der kaufmännischen Sonderregelungen, insbesondere der Buchführungspflicht, nicht sinnvoll erscheint. Die Beteiligten müssen sich hier weiterhin mit der GbR behelfen.

3) Die Kann-OHG/KG als Gestaltungsvariante für Vermögensverwaltungsgesellschaften, insbesondere Familiengesellschaften

Zur Klarstellung vorab: Von den folgenden Ausführungen nicht betroffen sind gewerbliche Vermögensgesellschaften. Dies sind vor allem auf die entgeltliche Verwaltung fremden Vermögens ausgerichtete gewerbliche Unternehmen; auch die Verwaltung eigenen Vermögens kann jedoch gewerblich werden, wenn gewisse Grenzen überschritten werden, wobei Gewerbeordnung, Handelsrecht und Steuerrecht die Gewerblichkeit jedoch an unterschiedliche Kriterien knüpfen[70]. Derartige gewerbliche Vermögensgesellschaften sind je nach dem, ob ihr Geschäft einen nach Art und Umfang ausgerichteten Gewerbebetrieb erfordert oder nicht, Muß-OHG's bzw. KG's oder durch Eintragung ins Handelsregister in Kann-OHG'S bzw. KG's umwandelbare Gesellschaften bürgerlichen Rechts.

Die nunmehr folgenden Ausführungen beziehen sich auf im ertragsteuerlichen Sinn nicht gewerbliche Vermögensverwaltungsgesellschaften, namentlich solche Personenvereinigungen, deren Zweck sich auf die Vermögensverwaltung im Sinne der durch § 14 Satz 3 Abgabenordnung gegebenen Definition (= bloße Vermögensnutzung durch Verzinsung bzw. Vermietung) beschränkt.

a) Rechtsform der nicht gewerblichen Vermögensverwaltungsgesellschaft

Kapitalgesellschaften sind kraft gewerbesteuerlicher Definition wie auch als Körperschaftssteuersubjekte stets gewerblich. Als Organisationsform einer nicht gewerblichen Vermögensverwaltungsgesellschaft kommen daher von vornherein nur Personengesellschaften in Betracht, und zwar seit Inkrafttreten von § 105 Abs. 2 HGB nF. neben der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch die OHG bzw. KG.

§ 105 Abs. 2 HGB nF. ermöglicht seit 1. Juli 1998 die Verwaltung eigenen Vermögens in der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft. Die mit der Entstehung einer vermögensverwaltenden OHG oder KG zur Anwendung gelangenden handelsrechtlichen Sonderregelungen *bewirken Gewerblichkeit jedoch lediglich im handelsrechtlichen, nicht jedoch auch im steuerlichen Sinne.*

Eine solche Fiktion enthält allerdings § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG; hiernach gilt als Gewerbebetrieb die mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit einer Personengesellschaft, die zwar keine ihrer Art nach gewerbliche Tätigkeit im Sinne des § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG ausübt, bei der aber ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind (sog. gewerblich geprägte Personengesellschaft). Private, nicht gewerbliche Vermögensverwaltung in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG ist als Folge dieser Fiktion deshalb grundsätzlich ausgeschlossen.

Die gewerbliche Prägung einer Personengesellschaft entfällt bei Aufnahme einer natürlichen Person als zusätzlicher Komplementärin neben der Komplementär-GmbH; nach der Rechtsprechung des BFH,[71] welche Eingang in die ESt-RiLi gefunden hat, wird sie aber auch bereits dadurch aufgehoben, daß der Gesellschaftsvertrag einer als Kommanditist beteiligten natürlichen Person abweichend von § 164 Satz 1 HGB die alleinige oder gemeinsame, auch nach Verantwortungsbereichen aufgeteilte Geschäftsführungsbefugnis („organschaftliche Befugnis im Innenverhältnis") zuweist; daß nach § 170 HGB einem Kommanditisten keine organschaftliche Vertretungsbefugnis, vielmehr lediglich gemischte Gesamtvertretungsbefugnis mit einem Komplementär[72] oder Prokura erteilt werden kann, steht nicht entgegen.

Durch entsprechende Gestaltung der satzungsmäßigen Geschäftsführungsbefugnis läßt sich eine GmbH & Co. KG daher ertragssteuerlich sowohl als gewerblich wie auch als nicht gewerblich konstruieren. Mit geringem Aufwand kann auch der Übergang zwischen den beiden Steuertatbeständen erreicht werden, etwa das Gewerblich-Werden zum Zweck der Realisierung des für die Übergabe eines Gewerbebetriebs vorgesehenen schenkungssteuerlichen Freibetrags.

b) Spezifische Vorzüge der vermögensverwaltenden Kann-OHG/KG

Auf die allgemeinen Vorzüge von OHG und KG gegenüber der GbR wurde bereits hingewiesen. Im Bereich der Familiengesellschaften lassen sich die mit der GbR bereits erreichten sehr guten Gestaltungsmöglichkeiten[73] weiter verbessern bzw. optimieren:

– Durch Ausgestaltung der Gesellschaftsbeteiligung von an der Verwaltung nicht mitwirkenden Ehegatten oder Kindern als Kommanditbeteiligung lassen sich deren Gesellschafterrechte sachgerecht beschränken; selbst wenn der Übergeber und Gründer der Gesellschaft das gesamte Vermögen abgegeben hat, also keinen Kapitalanteil mehr hält, was aus schenkungssteuerlichen Gründen sinnvoll sein kann, kann er dann die Geschicke der Gesellschaft uneingeschränkt lenken und auch Vermögen umschichten, ohne auf Stimmrechtsvollmachten angewiesen zu sein.

---

[69] Zur früher strittigen Grunderwerbsteuerfreiheit der formwechselnden Umwandlung einer Kapital- in eine Personengesellschaft BFH DB 1997, S. 79 unter Hinweis auf die bei einer solchen Umwandlung gegebene Identität des Rechtsträgers sowie die wirtschaftliche Identität des Vermögens; der Auffassung des BFH hat sich mittlerweile auch die Finanzverwaltung angeschlossen, und zwar ausdrücklich auch für den umgekehrten Fall der Umwandlung einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft, vgl. etwa Erlaß des FinMin. B-W v. 18.9.1997, abgedr. in DB 1997, S. 2002.

[70] Zu der schwierigen, überaus umstrittenen und wohl auch fragwürdigen Abgrenzung gewerblicher Tätigkeit und sog. privater Vermögensverwaltung siehe *Schön*, DB 1998, S. 1169, 1170 ff.

[71] BFH BStBl II 1996, S. 523, 526.

[72] *Baumbach/Hopt*, HGB § 170, Rdnr. 3.

[73] Hierzu eingehend *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, S. 77 ff.

– Da OHG und KG grundbuchfähig sind, bedarf es bei der Neuaufnahme oder dem Ausscheiden von Gesellschaftern keiner kostspieligen Grundbuchberichtigung.

– Die nicht gewerbliche GmbH & Co. KG sowie die Möglichkeit der Erteilung von Prokura erlauben unproblematisch den Einsatz eines Fremdgeschäftsführers bzw. Verwalters, etwa wenn die Kinder zur eigenen Verwaltung nicht willens oder nicht geeignet sind.

c) Hinweise für die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages einer nicht gewerblichen vermögensverwaltenden OHG/KG

– Eine Grundstücksverwaltungsgesellschaft, die mit Grundstücken handelt, wird gewerblich tätig. Nach der Rechtsprechung der Finanzgerichte und der Verwaltungsgerichte ist bei Grundstücksverkäufen die Grenze zur Gewerblichkeit schnell überschritten[74]: etwa bei mehr als drei Verkäufen innerhalb von fünf Jahren, soweit sich die betreffenden Objekte noch nicht länger als zehn Jahre im eigenen Bestand befunden haben; u.U. bereits bei der Errichtung und dem Verkauf eines einzelnen Gewerbeobjekts. Jeder Gesellschafter, dessen Anteil über 10 Prozent liegt, muß sich jedoch den gewerblichen Grundstückshandel durch die Gesellschaft wie auch den Verkauf eines einzelnen Objekts zurechnen lassen, so daß die zusätzliche Veräußerung lediglich einer nicht zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Immobilie des Gesellschafters aufgrund der Betätigung der Gesellschaft gewerblich sein kann. Gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gilt darüber hinaus eine teilweise gewerblich tätige Personengesellschaft als voll gewerblich. Aus diesem Grund erscheint es erforderlich, im Rahmen der Gründung solche Grundstücke und Aktivitäten von vornherein auszuklammern, die die Gewerblichkeit auslösen können; die Verpflichtung zur Nichtgewerblichkeit sollte Bestandteil des Gesellschaftsvertrages sein.

– Regelmäßig wird sich der Übergeber einen Nießbrauch an übertragenen Gesellschaftsbeteiligungen vorbehalten wollen. Zivilrechtlich ist hierbei darauf zu achten, daß bereits *in der Satzung* das Stimmrecht bezüglich nießbrauchsbelasteter Gesellschaftsanteile dem Nießbraucher zugewiesen ist, solange dieser Mitgesellschafter ist[75]; Stimmrechtsvollmachten – die im übrigen einer satzungsmäßigen Grundlage bedürfen – werden dann überflüssig. Schenkungssteuerlich ist zu berücksichtigen, daß es wenig Sinn macht, dem Übergeber den Nießbrauch am Ertrag vorzubehalten, wenn er gleichzeitig oder wenig später schenkungssteuerlich mit dem Kurswert zu bewertende Aktien oder sonstige Wertpapiere übergibt; besser erscheint es in einem solchen Fall, den vorbehaltenen Nießbrauch zu reduzieren und statt dessen für ein gesellschaftsvertraglich abgesichertes überwachtes Reinvestment der Erträge, etwa in Aktien, zu sorgen. Gleichzeitig kann sich der Übergeber eine für den Fall der Geltendmachung aufschiebend bedingte Versorgungsrente vorbehalten.

– Schließlich empfiehlt es sich, dem Übergeber bei Einbringung von Immobilienvermögen in eine Vermögensverwaltungsgesellschaft einen nicht nur gesellschaftsvertraglich, sondern durch Eintragung einer Rückauflassung im Grundbuch gesicherten Rückforderungsvorbehalt für den Fall vorzubehalten, daß Privatgläubiger einzelner Gesellschafter in dessen Gesellschaftsanteil vollstrecken; nur hierdurch kann mit Sicherheit wenigstens zu Lebzeiten des Übergebersausgeschlossen werden, daß sich der Gläubiger den ansonsten mit dem gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Ausscheiden entstehenden Abfindungsanspruch überweisen läßt.

– Wird nicht das gesamte Vermögen des Übergebers eingebracht, was anzuraten ist, sollten Verbindlichkeiten soweit möglich beim Übergeber verbleiben, da sie als Gegenleistung einer Schenkung nur anteilig, nämlich im Verhältnis von Verkehrswert und (geringerem) schenkungssteuerlich anzusetzenden Wert, in Abzug zu bringen sind, im Erbfall hingegen den erbschaftssteuerlich zugrundegelegten Nachlaßwert voll mindern.

d) Gründung einer vermögensverwaltenden OHG/KG und Einbringungsvorgänge

Die vermögensverwaltende Kann-OHG/KG entsteht gemäß § 105 Abs. 2 HGB nF. mit Eintragung im Handelsregister. Ist die Gesellschaft schon vorher tätig geworden, hat sie zum Beispiel Grundstücke erworben, Darlehen aufgenommen usw., sind die Gesellschafter hieraus in Gesellschaft bürgerlichen Rechts berechtigt bzw. verpflichtet.

Um die unbeschränkte Haftung von Kommanditisten für vor Eintragung begründete Verbindlichkeiten auszuschließen, sollte diesen deshalb im Gesellschaftsvertrag bis zur Eintragung die Stellung von stillen Gesellschaftern eingeräumt werden.

Soweit Altgesellschaften bürgerlichen Rechts, welche bereits über Grundbesitz verfügen, umgewandelt werden, bedarf es zur Grundbuchberichtigung einer entsprechenden Berichtigungsbewilligung sämtlicher Gesellschafter in notariell beglaubigter Form. Da es sich hierbei nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur um eine bloße Namensänderung,[76] nicht aber um eine Änderung des Eigentümers handelt, fällt hierfür beim Notar gemäß §§ 38 Abs. 2 Nr. 5 a, 30 Abs. 3 und 3 KostO eine 5/10 Gebühr aus etwa einem Zehntel des Grundstückswertes an; die Grundbuchkosten betragen gemäß §§ 67 Abs. l Satz 1, 30 Abs. 3 und 2 KostO eine 1/4 Gebühr ebenfalls aus etwa einem Zehntel des Grundstückswertes.

Werden alle Anteile an einer bestehenden GbR auf eine OHG oder KG übertragen, so genügt hierfür – auch wenn alle Anteile gleichzeitig abgetreten werden – ein privatschriftlicher Vertrag und eine Berichtigungsbewilligung aller Gesellschafter für das Grundbuch. Kostenrechtlich handelt es sich jedoch hierbei nicht um eine Namensänderung, sondern einen Eigentumswechsel[77], so daß als Notarkosten gemäß §§ 38 Abs. 2 Nr. 5a, 18 eine 5/10 Gebühr aus dem vollen Grundstückswert, als Grundbuchkosten nach §§ 60 Abs. l, 18 KostO eine 10/10 Gebühr aus dem vollen Wert anfallen; die Privilegierung des § 61 Abs. l KostO, der besagt, daß der dem Gesellschaftsanteil des einbringenden Gesellschafters entsprechende Grundstücksanteil bei der Wertfestsetzung nicht berücksichtigt werden darf, ist auf eine OHG oder KG nicht anwendbar, § 61 Abs. 3 KostO. Aus Kostengründen könnte es sich daher bei besonders wertvollem Immobilienvermögen empfehlen, bestehende Gesellschaften bereits vor Umwandlung in eine OHG/KG zu verschmelzen, gegebenenfalls unter vorheriger Rückumwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine GbR, um § 61 Abs. 1 KostO auszunützen.

---

[74] Überblick etwa bei *Volhard/Weber/Tischbirek* in: Hopt (Hrsg.). Vertrags- und Formularbuch, II A 2, 21.

[75] Ist der Nießbraucher nicht mehr Gesellschafter, kann ein solches Vorgehen dagegen nicht empfohlen werden, da dann wohl gegen das sog. Abspaltungsverbot verstoßen würde.

[76] Siehe hierzu ausführlich *Mümmler*, JurBüro 1987, S. 834, 838; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 60 Rdnr. 5; BayObLG MittBayNot 1995, S. 325; a.A. *Lappe* in: Korintenberg, KostO § 60 Rdnr. 12.

[77] Vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, § 60 Rdnr. 5.

Wird ein Grundstück in eine OHG oder KG eingebracht, ist ebenso wie bei der Einbringung in eine GbR ein notariell beurkundeter Überlassungsvertrag nebst Auflassungserklärung erforderlich, §§ 313 Satz 1, 925 BGB. Kostenrechtlich fallen hierfür beim Notar nach §§ 36 Abs. 2, 18 KostO eine 20/10 Gebühr aus dem vollen Grundstückswert, beim Grundbuchamt gemäß §§ 60 Abs. l, 18 KostO eine 10/10 Gebühr aus dem vollen Grundstückswert an, da, wie bereits dargelegt, die für die Einbringung von Grundstücken in eine GbR geltende Kostenprivilegierung des § 61 Abs. 1 KostO für OHG und KG nach § 61 Abs. 3 KostO keine Anwendung findet. Auch hier ist es deshalb gegebenenfalls unter Kostengesichtspunkt zweckmäßig, Grundbesitz in eine GbR einzubringen, bevor diese umgewandelt wird.

4) Die Notwendigkeit der Anpassung von OHG- und KG-Verträgen an die neuen Ausscheidenstatbestände

Die zum 1. Juli 1998 geschlossenen Gesellschaftsverträge von OHG und KG wurden mit dem Ziel formuliert, die Auflösung dieser Gesellschaften in den Fällen der Kündigung, des Gesellschafterkonkurses und des Todes eines Gesellschafters zu vermeiden. Die jeweils gesellschaftsvertraglich festgelegte Folge, etwa das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters bzw. seiner Erben, knüpft in vielen, wahrscheinlich in den meisten Fällen nicht unmittelbar an das nach dem Gesetz ansonsten zur Auflösung führende Ereignis an, sondern hängt von einer zusätzlich zu treffenden Entscheidung der übrigen Gesellschafter oder/und einem weiteren Ereignis ab.

Demgegenüber tritt die nunmehr gesetzlich festgelegte Folge des Ausscheidens automatisch ein und kann aus Sicht der übrigen Gesellschafter verfrüht sein.

Es ist deshalb generell eine Anpassung der Gesellschafterverträge dahingehend zu empfehlen, daß das mit der Folge der Abfindungszahlung verbundene Ausscheiden eines Gesellschafters immer erst nach entsprechender Bestätigung durch einen mit einer im Gesellschaftsvertrag genau festzulegenden Mehrheit zu treffenden Beschluß der übrigen Gesellschafter eintritt.

Auswirkungen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes und des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes auf die notarielle Tätigkeit

von Notar *Dr. Bernd Wegmann*

A. Einleitung

Der Erlaß des KindRReformG, des ErbRGleichstellungsG und weiterer Begleitgesetze wurde erforderlich, um mehrere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, wonach das gegenwärtige Kindschaftsrecht verfassungswidrig ist[1], aufzugreifen und verfassungsmäßige Zustände herzustellen und um die Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder im „alten Bundesgebiet" und im „Beitrittsgebiet"[2] zu beenden. Das neue Gesetzeswerk wurde erlassen, um folgende Ziele zu realisieren: Die Rechte der Kinder sollen verbessert werden und das Kindeswohl auf bestmögliche Art und Weise gefördert werden. Zugleich sollen auch die Rechtspositionen der Eltern, soweit dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist, gestärkt und vor unnötigen staatlichen Eingriffen geschützt werden[3]. Dieses Reformvorhaben wurde in vier Gesetzeswerken umgesetzt, dem Kindschaftsrechtsreformgesetz[4] mit den Begleitgesetzen Beistandschaftsgesetz[5] und Kindesunterhaltsgesetz[6], die alle am 01.07.1998 in Kraft getreten sind und dem Erbrechtsgleichstellungsgesetz[7], das bereits am 01.04.1998 in Kraft getreten ist. Das KindRReformG und das ErbRGleichstellungsG sollen im folgenden Abschnitt B. zunächst überblicksweise dargestellt werden, soweit sie für die notarielle Tätigkeit von Bedeutung sind, wobei Zweifelsfragen vertieft behandelt werden sollen; in Abschnitt C. werden sodann Vertragsmuster dargestellt, die für die Umsetzung in die tägliche Arbeit gedacht sind.

B. Der Bezug der Einzelgesetze zur notariellen Tätigkeit

I. Kindschaftsrechtsreformgesetz[8]

1. Überblicksweise Darstellung

a) das Kindschaftsrechtsreformgesetz ermöglicht erstmals ein gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter (nicht geschiedener) Eltern. Bedeutsam ist, daß dieses gemeinsame Sorgerecht nicht automatisch durch die Geburt eines gemeinsamen Kindes eintritt, sondern von einer gemeinsamen Sorgerechtserklärung der Eltern, also deren übereinstimmenden Willen zur gemeinsamen Sorge abhängt. Gegen den Willen auch nur eines (nicht miteinander verheirateten) Elternteils kann ein gemeinsames Sorgerecht auch in Zukunft nicht begründet werden.

b) Weitere Neuerung ist die Regelung der elterlichen Sorge und der Entscheidungsbefugnis nach „Trennung und Scheidung": Die elterliche Sorge nach Scheidung wurde vollständig neu geregelt. Erstmals wurde das Sorgerecht auch nach der Trennung solcher Eltern geregelt, die nicht miteinander verheiratet sind und vor der Trennung gemeinsam sorgeberechtigt waren.

Dabei realisiert das Gesetz den Grundsatz, daß die Eltern bei Scheidung und Trennung dieses gemeinsame Sorgerecht behalten. Voraussetzung bei „nichtehelichen Eltern" ist, daß sie schon vorher (aufgrund Sorgeerklärungen) gemeinsam sorgeberechtigt waren. Dementsprechend wird auf der verfahrensrechtlichen Ebene bei Ehescheidung die Regelung des Sorgerechts nicht mehr als Scheidungsverbundsache behandelt. Die nach wie vor mögliche ganze oder teilweise Übertragung des Sorgerechts nach Scheidung oder Trennung erfolgt nicht parteiautonom, sondern durch das Familiengericht und setzt zumindest einen dahingehend gerichteten Antrag eines Elternteils voraus.

c) Nachdem nach der Trennung nicht miteinander verheirateter Eltern, die bisher gemeinsam für ein Kind sorgeberechtigt waren, nunmehr die Übertragung des Sorgerechts auch auf den Vater möglich ist, wird dementsprechend für diesen Fall der Betreuungsunterhalt nach § 1615l Abs. 2 Satz 2 auch dem Vater des nichtehelichen Kindes zugestanden.

---

[1] BVerfGE 61, 358: § 1671 Abs. 4 Satz 1 BGB, wonach die elterliche Sorge nicht den geschiedenen Eltern gemeinsam zustehen kann, ist verfassungswidrig – in der Praxis der Familiengerichte wurde bereits seit dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit zunehmender Tendenz das Sorgerecht den geschiedenen Eltern gemeinsam übertragen, siehe dazu *Mühlens, Kirchmeier, Kreßmann*, Das neue Kindschaftsrecht, 1. Aufl., 1998, S. 29; BVerfGE 84, 168; danach ist es verfassungswidrig, daß nichtverheiratete, aber zusammenlebende Eltern kein gemeinsames Sorgerecht für ihr gemeinsames (nichteheliches) Kind erhalten konnten; BVerfGE 92, 1158: Es ist verfassungswidrig, daß die Adoption nichtehelicher Kinder durch die Mutter oder durch deren Ehemann nicht der Zustimmung durch den Vater oder zumindest der Abwägung mit seinen Belangen bedarf; BVerfGE 90, 963: Es ist verfassungswidrig, daß § 1598 zweiter Halbsatz BGB die Anfechtung der Ehelichkeit durch das Kind nach zwei Jahren ab Volljährigkeit ausschließt, auch wenn das Kind keine Kenntnis von den Tatsachen hat, die gegen die Vaterschaft sprechen; BVerfGE 79, 256: Es ist verfassungswidrig, daß einem volljährigen Kind die gerichtliche Klärung seiner Abstammung ausnahmslos verwehrt ist.

[2] Die erbrechtlichen Sonderbestimmungen für nichteheliche Kinder galten nicht für solche nichtehelichen Kinder, die vor dem Beitritt geboren wurden, siehe dazu Artikel 235 § 1 Abs. 2 EGBGB; die Vorschriften über die gesetzliche Amtspflegeschaft nach §§ 1706 bis 1710 BGB für nichteheliche Kinder wurden nicht auf das Beitrittsgebiet übergeleitet.

[3] BTDrs 13/4899, S. 29.

[4] BGBl I, 1997, 2942.

[5] BGBl I, 1997, 2846; wesentlicher Inhalt: An die Stelle der zwingenden Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder nach §§ 1706 ff. BGB tritt die Beistandschaft, die nur auf Antrag eines Elternteils eintritt. Die Aufgabe des Beistands erstreckt sich nicht auf die Regelung von Erb- und Pflichtteilsrechten, die dem Kind im Fall des Todes des Vaters und seiner Verwandten zustehen. Die Beistandschaft schränkt die elterliche Sorge nicht ein. S. dazu *Diederichsen* NJW 1998, 1977, 1987.

[6] BGBl I, 1997, S. 666; wesentlicher Inhalt: Das Unterhaltsrecht für nichteheliche Kinder entspricht dem Unterhaltsrecht für eheliche Kinder. S. dazu *Weber* NJW 1998, 1992.

[7] BGBl I, 1997, 2968.

[8] Folgende Änderungen sind von besonderer Bedeutung, beeinflussen aber die notarielle Praxis nicht: Das Abstammungsrecht für eheliche und nichteheliche Kinder ist nur in den §§ 1591 bis 1600 e BGB geregelt. Es existieren Grenzen des elterlichen Erziehungsrechts, insbesondere ein Verbot von entwürdigenden Erziehungsmaßnahmen, speziell von körperlichen und seelischen Mißhandlungen. Das Umgangsrecht mit dem Kind und das Namensrecht für das Kind wurden entscheidend geändert.

d) Im Adoptionsrecht wurde die Möglichkeit gestrichen, daß das eigene nichteheliche Kind „als Kind angenommen“ wird. Darüberhinaus setzt die Adoption auch nichtehelicher Kinder grundsätzlich die Einwilligung beider Elternteile voraus.

2. Sorgerecht für nichteheliche Kinder

a) Ausgangslage

Ohne daß zusätzliche Voraussetzungen vorliegen (Eheschließung der Eltern oder gemeinsame Sorgerechtserklärung, siehe dazu noch unten) verbleibt es dabei, daß auch in Zukunft die Mutter des nichtehelichen Kindes alleinige Inhaberin des elterlichen Sorgerechts ist, § 1626 Abs. 2 BGB.

b) Option

Ein gemeinsames Sorgerecht bezüglich nichtehelicher Kinder tritt nur ein, wenn die Eltern miteinander die Ehe schließen oder die Eltern Sorgeerklärungen im Sinn von § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB abgeben.

c) Die Sorgeerklärung

aa) Inhalt

Die Sorgeerklärung eines Elternteils muß Vater und Mutter des Kindes benennen sowie, wenn das Kind bereits geboren ist, das Kind benennen. Wenn das Kind noch nicht geboren ist und die Sorgeerklärung schon vor der Geburt abgegeben werden soll (siehe dazu unten), muß angegeben werden, daß sich die Sorgeerklärung auf das erwartete Kind dieser Eltern bezieht. Im übrigen muß in der Erklärung nur angegeben werden, daß die Sorge für dieses so näher individualisierte Kind gemeinsam übernommen werden soll.

Weitere Bestandteile enthält die Sorgeerklärung nicht[9].

Wenn die Sorgeerklärung durch weitere Erklärungen oder Abreden flankiert wird (siehe dazu ll), sollen die flankierenden weiteren Erklärungen mit der Klarstellung abgegeben werden, daß es sich dabei um keine Bedingung im Sinne von § 1626 b Abs. 1 BGB handelt[10].

bb) Nachweis der Vaterschaft

Insbesondere wenn die Sorgeerklärung für ein noch nicht geborenes Kind abgegeben wird, stellt sich die Frage, ob besondere „Nachweise“ an die Vaterschaft gestellt werden sollen. Das Gesetz selbst sieht hierzu keine besonderen Voraussetzungen vor. Eine Glaubhaftmachung entsprechend § 1737 Abs. 1 Satz 2 BGB sieht das Gesetz ausdrücklich nicht vor. Dennoch wird behauptet, daß seitens des Mannes eine vorgeburtliche Sorgeerklärung nur möglich ist, wenn zugleich ein vorgeburtliches Vaterschaftsanerkenntnis im Sinne von § 1594 Abs. 4 BGB abgegeben wird[11]. Abweichend davon wird hier vertreten, daß weder Nachweise an die Vaterschaft erbracht werden müssen, noch gar ein Vaterschaftsanerkenntnis vorliegen muß. Vielmehr steht eine vorgeburtliche Sorgeerklärung nach hier vertretener Ansicht immer unter der rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzung, daß sie durch die Eltern des Kindes abgegeben wurde, d.h. also mütterlicherseits durch die Frau, die das Kind geboren hat (§ 1591 BGB) und väterlicherseits durch den Mann, der entweder zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, oder die Vaterschaft anerkannt hat – was vor Geburt möglich aber nicht notwendig ist – oder dessen Vaterschaft nach § 1600 d gerichtlich festgestellt ist (§ 1592 BGB).

Nachdem seitens des Mannes nicht nur die vorgeburtliche Sorgeerklärung sondern auch das vorgeburtliche Vaterschaftsanerkenntnis nach § 1594 Abs. 4 BGB möglich ist und dieses Vaterschaftsanerkenntnis ebenso wie die vorgeburtliche Sorgeerklärung beurkundet werden muß, ist es zur Klarstellung m.E. sogar sinnvoll, daß bei den Sorgeerklärungen dargelegt wird, daß eine vorgeburtliche Sorgeerklärung seitens des Mannes nicht zugleich ein vorgeburtliches Vaterschaftsanerkenntnis im Sinne von § 1594 Abs. 4 BGB darstellt und seitens der Frau nicht eine vorgeburtliche Zustimmung der Mutter zum Vaterschaftsanerkenntnis im Sinne von § 1595 Abs. 1 und Abs. 3 BGB.

cc) Vorgeburtliche Sorgeerklärung

Nach § 1626 b Abs. 2 BGB kann die Sorgeerklärung schon „vor Geburt des Kindes“ abgegeben werden. Der Gesetzestext ermöglicht dabei sowohl die Auslegung, daß die Erklärung nur bezüglich des nasciturus abgegeben werden kann, als auch bezüglich noch nicht gezeugter Kinder. Dazu wird m.E. überzeugend vertreten, daß die vorgeburtliche Sorgeerklärung ein Gestaltungsakt personenrechtlicher Beziehungen ist, der notwendig konkret personenbezogen sein muß und sich auf den Träger eines Persönlichkeitsrechts beziehen muß; ein solcher existiert vor Zeugung noch nicht[12]. Dies hat für die notarielle Tätigkeit zur Auswirkung, daß im Rahmen eines Partnerschaftsvertrages nicht Sorgeerklärungen in der Weise abgegeben werden können, daß sie sich auf sämtliche zukünftig aus der Verbindung hervorgehenden Kinder beziehen, sondern können sich nur auf ein derzeit zumindest gezeugtes Kind beziehen.

dd) Partielle gemeinsame Sorgeerklärung?

§ 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB beinhaltet die Erklärung der Eltern, „daß sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen“. § 1672 BGB ermöglicht es nach Trennung, daß durch das Familiengericht einem Elternteil „ein Teil der elterlichen Sorge alleine“ übertragen wird, z.B. die alleinige Personensorge oder die alleinige Vermögensorge. Deshalb wird vertreten, daß auch die Sorgeerklärung im Sinne von § 1626 Abs. 1 Nr. 1 BGB nur partiell abgegeben werden kann mit der Folge, daß nur ein Teil des Sorgerechts den nicht miteinander verheirateten Eltern gemeinsam zusteht, während im übrigen die Mutter das alleinige Sorgerecht nach § 1626 a Abs. 2 BGB hat[13]. Demgegenüber wird hier vertreten, daß ein nur partielles gemeinsames Sorgerecht stets voraussetzt, daß vorher ein unbeschränktes gemeinsames Sorgerecht bestanden hat; für ein partielles gemeinsames Sorgerecht, das von Geburt des Kindes an bestehen soll, besteht demgegenüber kein Bedürfnis.

ee) Bedingungs- und Befristungsverbot

Nach § 1626 Abs. 1 BGB ist eine Sorgeerklärung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung unwirksam. Dementsprechend haben Eltern, die zunächst auf bestimmte Zeit das Sorgerecht bei der Mutter alleine belassen wollen und später erst ein gemeinsames Sorgerecht begründen wollen nur die Möglichkeit, die Sorgeerklärung zunächst zeitlich auszusetzen und erst dann gemeinsam zu stellen. Sorgeerklärungen z.B. „ab dem Zeitpunkt des Zusammenlebens“ der Eltern sind nicht möglich bzw. nur in der Form, daß erst ab dem Zeitpunkt, zu dem die Eltern zusammenleben, dann die entspre-

---

[9] *Mühlens/Kirchmeier/Kreßmann* a.a.O., S. 136.

[10] *Schwab*, DNotZ 1998, 437, 450.

[11] *Schwab*, DNotZ 1998, 437, 450.

[12] *Zimmermann*, DNotZ 1998, 404, 417.

[13] *Zimmermann* a.a.O., S. 419 f.; a.A. *Schwab*, a.a.O., S. 450.

chende Erklärung abgegeben wird. Die Sorgeerklärung kann auch nicht zeitlich befristet z.B. bis zur Trennung der Eltern abgegeben werden; da die Trennung am gemeinsamen Sorgerecht nichts ändert und eine Abweichung davon nicht rein parteiautonom, sondern nur durch das Gericht vorgenommen werden kann, wäre dies nicht möglich.

ff) Höchstpersönlichkeit

Nach § 1626 c Abs. 1 BGB kann die Sorgeerklärung durch die Eltern „nur selbst" abgegeben werden; eine Vertretung scheidet dabei aus. Bei beschränkt geschäftsfähigen Eltern muß nach § 1626 c Abs. 2 BGB vorliegen: Die höchstpersönlich erklärte Sorgeerklärung des beschränkt geschäftsfähigen Elternteils und die höchstpersönlich erklärte Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, die auch bereits vor Geburt des Kindes abgegeben werden kann, aber ebenfalls bedingungs- und befristungsfeindlich ist. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters kann ggf. durch das Familiengericht ersetzt werden.

gg) Kein Urkundenverbund erforderlich

Das Gesetzt sieht nicht vor, daß die Sorgeerklärungen in einer gemeinsamen Urkunde geschweige denn gleichzeitig abgegeben werden müssen. Es ist also ohne weiteres möglich, daß die Sorgeerklärung des Vaters der der Mutter zeitlich nachfolgt oder umgekehrt[14]. Möglich ist es z.B. auch, daß die Sorgeerklärung eines Elternteils bereits vorgeburtlich, die des anderen erst nachgeburtlich abgegeben wird. Ein gemeinsames Sorgerecht wird durch diese zeitlich aufeinander folgenden Sorgeerklärungen erst begründet, wenn sie von dem letzten Elternteil abgegeben wird. Zur Frage, ob die Sorgeerklärung eines Elternteils widerruflich ist, solange die des anderen Elternteils noch nicht vorliegt, siehe unten.

hh) Keine Empfangsbedürftigkeit

Noch durch die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung klärungsbedürftig ist die Rechtsnatur der Sorgeerklärung. Hierzu wird teilweise vertreten, daß es sich um eine rechtsgestaltende Willenserklärung handelt[15], zum Teil daß es sich um einen statusfestigenden Antrag handelt[16]. Auch soweit vertreten wird, daß eine Willenserklärung vorliegt, handelt es sich aber in gar keinem Fall um eine, z.B. gegenüber dem anderen Elternteil, empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Sorgeerklärung wird also wirksam in dem Moment, in dem sie zur öffentlichen Urkunde abgegeben wird.

ii) Formbedürftigkeit

Sorgeerklärungen müssen in öffentlich beurkundeter Form nach § 1626 d Abs. 1 BGB abgegeben werden. Zuständig ist hierfür aber nicht nur der Notar, sondern nach § 59 Abs. 1 Nr. 8 SGB VIII auch das Jugendamt. Die Gesetzesbegründung, wonach die Rechtsform der öffentlichen Beurkundung wegen der der Beurkundung vorausgehenden Belehrung gerechtfertigt ist[17], ist überzeugend. Es sollen an dieser Stelle aber Vorbehalte geäußert werden, daß durch die Bediensteten des Jugendamts über alle Folgen der Sorgeerklärung belehrt werden kann.

jj) Belehrung

Die Belehrung hat sämtliche Auswirkungen des gemeinsamen Sorgerechts zu beinhalten. Insbesondere ist auf die Tatsache hinzuweisen, daß das gemeinsame Sorgerecht auch nach einer späteren Trennung grundsätzlich fortbesteht, daß solange eine Trennung nicht vorliegt, grds. keine Änderung des gemeinsamen Sorgerechts möglich ist, daß nach Trennung keine rein privatautonome Änderung möglich ist. Zu belehren ist weiter darüber, daß nach einer Trennung auch die Mutter dem Vater gegenüber unterhaltspflichtig nach § 1615 l Abs. 2 Satz 2 BGB werden kann. Erläuterungsbedürftig ist das Risiko, daß nach Trennung das Sorgerecht dem anderen Elternteil alleine übertragen wird und die Auswirkung, daß nach dem Tod eines Elternteils das Sorgerecht dem überlebenden Elternteil alleine zusteht (siehe dazu § 1680 Abs. 1 und § 1680 Abs. 2 BGB).

kk) Benachrichtigungspflicht

Nach § 1626 d Abs. 2 BGB hat die beurkundende Stelle die Abgabe von Sorgeerklärungen und Zustimmungen dem zuständigen Jugendamt mitzuteilen. Diese Mitteilung hat die Tatsache der Abgabe der Sorgeerklärung bzw. der Zustimmung zu beinhalten sowie „die Angabe des Geburtsorts des Kindes sowie des Namens, den das Kind zum Zeitpunkt der Beurkundung seiner Geburt geführt hat". Diese Mitteilung bezweckt die Auskunftserteilung des Jugendamts nach § 58 a SGB VIII. Problematisch bei § 1626 d Abs. 2 BGB ist, daß die geforderten Angaben unproblematisch bei der Sorgeerklärung nach Geburt eines Kindes abgegeben werden können, nicht dagegen bei der vorgeburtlichen Sorgeerklärung nach § 1626 Abs. 2 BGB. Daraus kann m.E. allerdings nicht geschlossen werden, daß bei vorgeburtlichen Sorgeerklärungen keine Anzeigen an das Jugendamt erfolgen müssen oder diese Anzeigen erst zu dem Zeitpunkt gemacht werden müssen, zu dem die Angaben nach § 1626 d Abs. 2 BGB vollständig vorliegen. Vielmehr reicht bei vorgeburtlichen Sorgeerklärungen die Anzeige, daß die Sorgeerklärung bezüglich eines bereits gezeugten, aber noch nicht geborenen Kindes abgegeben wurde, aus.

ll) Flankierende Vereinbarungen und Erklärungen

Bei flankierenden Vereinbarungen und Erklärungen ist darauf zu achten, daß in jedem Fall klargestellt wird, daß es sich dabei nicht um Bedingungen im Sinne von § 1626 b Abs. 2 BGB handelt. Im übrigen sind flankierende Vereinbarungen und Erklärungen möglich und sinnvoll[18].

Möglich und sinnvoll ist bei vorgeburtlichen Sorgeerklärungen z.B. die Klarstellung, daß es sich bei der Sorgeerklärung nicht zugleich um ein vorgeburtliches Vaterschaftsanerkenntnis bzw. um eine vorgeburtliche Zustimmung zu einem vorgeburtlichen Vaterschaftsanerkenntnis handelt (siehe dazu schon oben).

Möglich sind auch „Vereinbarungen", wie dieses gemeinsame Sorgerecht unter den Eltern ausgeübt wird, insbesondere bei Eltern, die nicht zusammen leben. Möglich ist etwa die Vereinbarung, bei welchem Elternteil das Kind leben wird, wie das Umgangsrecht des anderen Elternteils ausgeübt wird, sind Vollmachten, welche Rechte des Sorgerechts z.B. nur durch einen Sorgeberechtigten ausgeübt werden können und sind Vereinbarungen darüber, wie nach einer späteren Trennung (die das gemeinsame Sorgerecht grundsätzlich unberührt läßt, siehe dazu unten) das Sorgerecht ausgeübt wird[19].

---

[14] Gesetzesbegründung BTDrs 13/4899, S. 93; *Schwab*, a.a.O., S. 450; *Mühlens/Kirchmeier/Kreßmann* a.a.O., S. 136.

[15] *Zimmermann* a.a.O., S. 416.

[16] Lipp FamRZ 1998, 69 f.

[17] BTDrs 13/4899, S. 95.

[18] a.A. DNotReport 1998, 90.

[19] *Zimmermann* a.a.O., S. 418 f.; *Schwab*, a.a.O., S. 455.

Dabei ist allerdings noch völlig unklar, welche rechtliche Verbindlichkeit solche „Vereinbarungen“ erlangen. Hierzu wird teilweise vertreten, daß zumindest im Rahmen späterer einseitiger Anträge der Eltern auf Abänderung des Sorgerechts auch Gerichtsentscheidungen auf diese Festlegung Rücksicht nehmen müssen z.B. im Rahmen von § 1628 und § 1671 BGB[20].

Das Gesetz selbst erwähnt solche „Vereinbarungen“ lediglich im Rahmen von § 17 Abs. 2 SGB VIII, wonach das Jugendamt die Eltern bei der „Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts“ für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge“ zu unterstützen hat; näher ausgeführt wird auch, daß dieses Konzept „auch als Grundlage für gerichtliche Entscheidungen über die elterliche Sorge nach Trennung oder Scheidung“ dienen kann. Die Bezeichnung als „Konzept“ spricht dagegen, daß die Abreden auch noch dann verbindlich sind, wenn ein Beteiligter daran nicht mehr festhalten will. Ein einvernehmliches Konzept liegt dann eben nicht mehr vor.

Gegen die Verbindlichkeit i.S. einer Vertragsabrede spricht auch, daß durch das Gericht das Konzept vom Gericht herangezogen werden kann, nicht muß und daß sich damit das Gericht über das Konzept – auf Antrag eines Elternteils – hinwegsetzen kann.

mm) „Widerruflichkeit“

Das Gesetz selbst enthält keinerlei Ausführungen dazu, ob und wie lange und aus welchen Gründen Sorgeerklärungen widerruflich sind. Die Entscheidung hierzu hängt mit der Rechtsnatur der Sorgeerklärung zusammen. Sähe man sie als (nicht empfangsbedürftige) Willenserklärung an, könnte sie unter den gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 119, 123 BGB angefochten werden und zwar auch dann, nachdem die Folge des gemeinsamen Sorgerechts eingetreten ist. Dies widerspräche §§ 1628 und 1666 ff. BGB, wonach Änderungen zum gemeinsamen Sorgerecht, wenn es einmal eingetreten ist, nur durch das Familiengericht ausgesprochen werden können. Unmittelbar zur Problemlösung herangezogen werden kann auch nicht das Recht klassischer Statuserklärungen (z.B. von Adoptionsanträgen oder -zustimmungen), da diese dem Vormundschaftsgericht gegenüber abzugeben sind und nicht per se, sondern nur im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung wirken. Dagegen wirken Sorgeerklärungen, sobald sie von beiden Eltern formgerecht abgegeben sind, unmittelbar. Deshalb wird hier wegen des statusähnlichen Charakters die Ansicht vertreten, daß die Erklärung unwiderruflich in dem Moment wird, wenn das gemeinsame Sorgerecht eingetreten ist. Bis dahin ist sie frei widerruflich, insbesondere die Sorgeerklärung eines Elternteils, solange die des anderen Elternteils noch nicht vorliegt.

3. Sorgerecht nach Trennung und Scheidung

a) Antragsfreier Zustand

Ohne daß ein Antrag § 1671 Abs. 1 BGB gestellt wird, besteht das gemeinsame Sorgerecht von Eltern, denen dieses bereits vor Trennung oder Scheidung zugestanden hat, unverändert weiter.

Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß der Gesetzgeber damit eine Entscheidung für das gemeinsame Sorgerecht und gegen ein einseitiges Sorgerecht eines Elternteils getroffen hätte, oder auch nur, daß er das einseitige Sorgerecht als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme ansehen will; vielmehr will das Gesetz insoweit grundsätzlich völlig neutral bleiben[21]. Da ohne Antrag das gemeinsame Sorgerecht weiter besteht, stellt die „Sorgerechtsentscheidung“ bei Scheidung der Ehe keine Verbundsache mehr dar.

b) Einseitiges Sorgerecht auf Antrag

aa) Ein einseitiges Sorgerecht nach Scheidung oder Trennung, wenn vorher ein gemeinsames Sorgerecht bestand, kann durch die Eltern nicht privatautonom vereinbart werden, sondern bedarf einer entsprechenden Entscheidung des Familiengerichts (siehe dazu § 1671 Abs. 1 BGB).

bb) Antragsberechtigt ist nur ein Elternteil, der dieses Sorgerecht alleine übernehmen will. Ein Antrag dergestalt, daß das Sorgerecht dem anderen Elternteil übertragen wird, ist nicht möglich. Das Kind hat selbst kein eigenes Antragsrecht; seine Stellung in dem Verfahren beschränkt sich auf die Widerspruchsbefugnis nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB, vorausgesetzt, daß das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat[22].

Bei (nicht verheirateten) Eltern, die eine gemeinsame vorgeburtliche Sorgeerklärung abgegeben haben (§ 1626 b Abs. 2 BGB), kann der Antrag m.E. bereits vor der Geburt gestellt werden. Ein bloßer Widerruf ist, wenn auch die Sorgeerklärung des anderen Elternteils vorliegt, auch vor Geburt nicht möglich.

Die Antragsberechtigung wird bei Eltern, die bereits bei Abgabe der Sorgeerklärung getrennt gelebt haben (Zusammenleben ist keine Voraussetzung für den gemeinsamen Sorgeantrag!) nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich an ihrem Verhältnis nichts geändert hat. „Widersprüchliches Parteiverhalten“ ist in diesem Fall beachtlich.

c) Einvernehmliche Herbeiführung einer familiengerichtlichen Entscheidung bezüglich der Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil

aa) Antrag

Die Übertragung setzt den Antrag eines Elternteils, der das Sorgerecht selbst übernehmen will, voraus.

Daraus ergibt sich, daß antragsbefugt jeder Elternteil, nicht das Kind ist. Daraus ergibt sich weiter, daß Voraussetzung für die Antragsbefugnis die Bereitschaft und der Wille sind, das Sorgerecht für das Kind selbst zu übernehmen.

Dieser Antrag kann ab Trennung (siehe dazu unten) zeitlich unbeschränkt gestellt werden, insbesondere von bisher verheirateten Eltern nicht nur im Rahmen eines Scheidungsverfahrens, sondern auch nachher; die Entscheidung nach § 1671 Abs. 1 BGB ist keine Verbundsache mehr.

Frühestmöglicher Zeitpunkt, ab dem der Antrag gestellt werden kann, ist der Zeitpunkt, zu dem die Eltern „nicht nur vorübergehend getrennt leben“. Diese Anforderung ist geringer als das Scheitern der Ehe im Sinne des § 1565 Abs. 1 BGB bzw. Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Im Rahmen des § 1565 BGB wird nämlich gerade nicht nur auf das Bestehen/Nichtbestehen einer häuslichen Gemeinschaft abgestellt[23]. Im Rahmen des § 1671 BGB ist dagegen m.E. nur Voraussetzung, daß eine häusliche Gemeinschaft unter den Eltern nicht mehr besteht, sei es weil die häusliche Gemeinschaft, die bisher bestanden hatte, nicht mehr besteht oder weil zwischen den Eltern noch nie eine häusliche Gemeinschaft bestanden hat.

Problematisch stellt sich der Fall eines Elternteils dar, der bisher mit dem anderen gemeinsam lebte, aber mit dem Kind künftig getrennt vom Partner leben will und die Übertragung

[20] *Zimmermann* a.a.O., S. 418 f.; *Schwab*, a.a.O., S. 455.

[21] BTDrs 13/4899, Seite 63.

[22] BTDrs 13/4899, Seite 64.

[23] OLG Karlsruhe NJW 1978, 1534.

der alleinigen Sorge auf sich verlangen will. Alleine die Absicht, getrennt leben zu wollen, reicht zur Antragsberechtigung nach § 1671 Abs. 1 BGB nicht; dem Elternteil der das Kind nicht – auch vorübergehend nicht – verlassen will, bleibt hier nur die Möglichkeit, nach § 1628 BGB beim Familiengericht den Antrag zu stellen, ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind alleine zu übertragen und dann mit dem Kind vom anderen Elternteil getrennt zu leben und alsdann den Antrag nach § 1671 Abs. 1 BGB zu stellen[24].

Bei dem Antrag klarzustellen ist der Umfang, in dem die Übertragung der elterlichen Sorge beantragt wird; möglich ist es, daß die Sorge oder „ein Teil der elterlichen Sorge" alleine übertragen wird. Diese Teilung ist nicht nur dergestalt möglich, daß die Personensorge als gesamte oder die Vermögenssorge als gesamte übertragen wird; es wäre z.B. möglich, daß ein Elternteil nur das alleinige Sorgerecht in Ausbildungsangelegenheiten oder bei der Aufenthaltsbestimmung des Kindes beantragt[25].

bb) Kindeszustimmung / Kindeswohl

Wenn das Kind, bezüglich dessen der Antrag auf Übertragung des Sorgerechts gestellt wird, noch nicht 14 Jahre alt ist, reicht die Zustimmung des anderen Elternteils, um die Sorgerechtsübertragung durch das Familiengericht zu veranlassen. Wenn das Kind 14 Jahre alt oder älter ist, begründet nur die Zustimmung des Kindes und des anderen Elternteils die antragsgemäße Entscheidung des Familiengerichts.

Wenn die Zustimmungen, die zur Übertragung des Sorgerechts alleine genügen, nicht abgegeben werden, hängt die Übertragung davon ab, daß die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht (siehe dazu § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

cc) Form von Antrag und Zustimmung, Verbindlichkeit von Abreden

Der Antrag nach § 1671 Abs. 1 BGB muß bei einer sogenannten „einverständlichen Scheidung" nach § 1565 in Verbindung mit § 1566 Abs. 1 BGB in der Antragsschrift des Ehegatten auf Scheidung enthalten sein; sonst in dem Antrag in der Familiensache nach § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Dieser Antrag hat rein verfahrensrechtlichen Charakter.

Umstritten ist, ob eine Rechtspflicht begründet werden kann, einen solchen Antrag zu stellen. Teilweise wird dies behauptet[26]. M.E. kann eine solche Pflicht zu einer Verfahrensverhandlung nicht wirksam begründet werden kann. Verfahrensanträge unterliegen i.d.R. dem freien Parteibelieben, wenn sie keine „unzulässige Rechtsausübung" darstellen. Aus dem Gesichtspunkt der „unzulässigen Rechtsausübung" kann es einem Verfahrensbeteiligten nur verwehrt sein, Anträge zu stellen; er kann aber nicht zu einer Antragstellung gezwungen werden. Dies ergibt sich auch daraus, daß es nicht möglich ist, daß nach § 1671 Abs. 1 BGB ein Elternteil den Antrag stellt, daß die Sorge dem anderen Elternteil übertragen wird.

Die Zustimmung nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB soll bei der sogenannten „einvernehmlichen Scheidung" bereits vor dem entsprechenden Antrag nach § 1671 Abs. 1 BGB vorliegen; nach § 630 Abs. 1 BGB Nr. 2 letzte Alternative muß in diesem Fall nämlich „die Zustimmung des anderen Ehegattten" vorliegen; diese muß in der Antragsschrift bereits „enthalten sein"; dies kann nur bedeuten, daß auf eine bereits bestehende Zustimmung verwiesen wird.

Für die Zustimmung sieht das Gesetz nach § 1671 BGB keinerlei Form vor. Fraglich ist, ob eine einmal erteilte Zustimmung, gleichgültig in welcher Form, widerruflich ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung war nicht vollständig geklärt, ob eine Zustimmung zu einem Sorgerechtsvorschlag widerruflich ist oder nicht[27]. Nach hier vertretener Auffassung kann eine einmal erteilte Zustimmung bis zum Schluß der Verhandlung ohne weiteres widerrufen werden.

d) Verfahrensrecht

In dem Verfahren einer sogenannten „einverständlichen Scheidung" muß entweder eine übereinstimmende Erklärung der Ehegatten vorliegen, daß Anträge zur Übertragung des Sorgerechts oder eines Teils oder zur Regelung des Umgangs nicht gestellt werden, weil sich die Eltern über das Fortbestehen der Sorge und dem Umfang einig sind. Dabei muß nicht nur Übereinstimmung erklärt werden bezüglich des Sorgerechts, sondern auch über den sogenannten „Umgang". Das „Umgangsrecht" nach § 630 ZPO ist aber m.E. umfangreicher als das Umgangsrecht nach § 1684 BGB. Es schließt die übereinstimmende Entscheidung der Eltern ein, wo das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben soll, wie das Umgangsrecht mit dem Elternteil ausgeübt wird, bei dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht hat. Weiter können Vereinbarungen im Zusammenhang mit § 1687 BGB getroffen werden. Es reicht aus, daß die Übereinstimmung bezgl. Fortbestands des Sorgerechts und die Einigung über den Umgang „erklärt", d.h. daß als Tatsache mitgeteilt wird, ohne daß spezifiziert werden müßte, welchen Inhalt die Einigung hat. Besteht keine Einigung über den Fortbestand des gemeinsamen Sorgerechts, aber Einigung darüber, wie das Sorgerecht durch das Gericht zugewiesen werden soll, müssen Anträge auf eine gerichtliche Regelung aufgenommen werden und die Zustimmung des anderen Ehegatten.

Fraglich ist, wie verbindlich Einigungen von Eltern bzgl. des „Umgangs" sind. Oben wurde bereits dargestellt, daß hier vertreten wird, daß es sich nur um einen sogenannten „Sorgeplan" handelt; dieser hat Konzeptcharakter. Das Konzept ist nur solange tragfähig, als beide Eltern zu diesem stehen.

4. Auswirkungen des neuen Sorgerechts auf die Erbrechtsgestaltung

Bisher gab es das sogenannte „Geschiedenentestament", das insbesondere berücksichtigte, daß bei geschiedenen Ehegatten beim Tod eines Elternteils das Sorgerecht grundsätzlich auf den anderen Elternteil übergeht (§ 1681 BGB). Nach § 1680 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 BGB besteht ein alleiniges Sorgerecht des überlebenden Teils auch bei nicht verheirateten Eltern und zwar sowohl bei Eltern, denen die Sorge bisher gemeinsam zustand, als auch bei Eltern, bei denen das Sorgerecht zu Lebzeiten nur einem Elternteil alleine zustand[28]. Des-

---

[24] BTDrs 13/4899, Seite 64.

[25] *Mühlens/Kirchmeier/Kreßmann* a.a.O., S. 154.

[26] *Zimmermann* a.a.O., S. 423; *Schwab*, a.a.O., S. 447.

[27] Unentschieden BGHFamRZ 90, 362; siehe im übrigen OLG Dresden FamRZ 1997, 49; OLG Zweibrücken FamRZ 1986, 1038; OLG Hamm FamRZ 1989, 656; OLG München FamRZ 1991, 1344; OLG Bamberg FamRZ 1999, 590.

[28] Die Voraussetzungen für die Übertragungen an den überlebenden Elternteil differieren aber: Wenn die Mutter nach § 1626 a Abs. 2 BGB alleine sorgeberechtigt war, d.h. keine Sorgerechtserklärung abgegeben hat, ist die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater nur möglich, wenn dies „dem Wohl des Kindes dient". Bestand dagegen zunächst ein gemeinsames Sorgerecht, wurde dieses aber nach der Trennung oder Scheidung einem Elternteil nach § 1671 oder § 1672 Abs. 1 BGB alleine zugewiesen, hat das Familiengericht die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil schon zu übertragen, wenn dies „dem Wohl des Kindes nicht widerspricht".

halb ist bei der erbrechtlichen Beratung von getrennt lebenden Parteien mit Kindern stets neben der Überlegung, ob die Vor- und Nacherbfolge angeordnet wird, zu prüfen, ob nicht testamentarisch angeordnet wird, daß sich die Vermögensorge des anderen Elternteils nicht auf das Vermögen erstreckt, das das Kind von dem testierenden Elternteil von Todes wegen erwirbt oder zu Lebzeiten geschenkt erhalten hat (§ 1638 BGB).

5. Adoption nichtehelicher Kinder

a) Möglichkeiten

aa) Keine Adoption des nichtehelichen Kindes durch seine Eltern

Nach § 1741 Abs. 2 Satz 2 erste Alternative BGB konnte ein Ehegatte bisher „sein nichteheliches Kind" alleine annehmen. Diese Möglichkeit entfällt künftig.

bb) Es ergeben sich somit in Zukunft folgende Adoptionsmöglichkeiten:

Ein „fremdes Kind" (d.h. ein Kind, zu dem keiner der Ehegatten ein Elternverhältnis hat) kann von verheirateten Personen nur gemeinsam angenommen werden (§ 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB). Die einseitige Annahme eines Kindes ist im übrigen grundsätzlich dem Nichtverheirateten vorbehalten (§ 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ausnahmsweise kann nach § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB ein Ehegatte das Kind seines Ehegatten alleine annehmen.

b) Die Altersvoraussetzung des § 1743 BGB wurden nicht entscheidend geändert.

c) Einwilligung

Nach § 1747 Abs. 1 BGB ist zur Annahme eines Kindes stets die Einwilligung beider Eltern erforderlich; d.h. auch bei nichtehelichen Kindern ist die Zustimmung des Vaters grundsätzlich erforderlich. Der Vater des nichtehelichen Kindes kann dabei die Einwilligung bereits vor der Geburt erteilen. Nach § 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB kann er auch darauf verzichten, die Übertragung der Sorge nach § 1672 Abs. 1 BGB zu beantragen.

In formeller Hinsicht kann die Einwilligung zur Adoption des Vaters nach § 1750 Abs. 1 Nr. 2 BGB in Verbindung mit § 1747 Abs. 3 Satz 1 BGB nur notariell beurkundet abgegeben werden, während für die öffentlich beurkundete Verzichtserklärung in Bezug auf die Übertragung der Sorge nach § 1672 Abs. 1 BGB nach § 59 Abs. 1 Nr. 7 SGB VIII auch das Jugendamt zuständig ist.

6. Gleichstellungvereinbarung nach § 10 a Nichtehelichengesetz (siehe dazu in Abschnitt II.3.).

7. Unterhalt nach § 1615 l BGB

Betreuungsunterhalt für nichteheliche Kinder kann nach der Neufassung des § 1615 Abs. 1 BGB nicht nur der Mutter, sondern auch dem alleinbetreuenden Vater zustehen. Dieser Alleinbetreuungsunterhalt unterliegt § 1614 Satz 1 BGB; d.h. auf ihn kann für die Zukunft nicht verzichtet werden. Anders dagegen der Betreuungsunterhalt geschiedener Eltern nach § 1570 BGB (siehe dazu § 1585 c BGB). Die unterschiedliche Verzichtbarkeit wirft dabei m.E. verfassungsrechtliche Probleme auf, wenn durch die Rechtsprechung beim nachehelichen Unterhaltsverzicht nicht restriktiver als bisher entschieden wird, konkret, wenn durch die Rechtsprechung ein Verzicht auf den Betreuungsunterhalt nach Scheidung der Ehe vor Ablauf von 3 Jahren nach Geburt des Kindes zugelassen wird.

II. Erbrechtsgleichstellungsgesetz und Gleichstellungsvereinbarung

1. Unverändert fehlende gesetzliche Gleichstellung für Kinder, die vor dem 01.07.1949 geboren sind.

Nichteheliche Kinder, die vor dem 01.07.1949 geboren wurden, werden nach wie vor ehelichen Kindern nicht gleichgestellt, es sei denn, daß durch das Kind und durch den Vater eine Gleichstellungsvereinbarung nach § 10 a Nichtehelichengesetz neuer Fassung geschlossen wird. Zur Begründung wird verwiesen auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[29].

2. Gleichstellung für nach dem 30.06.1949 geborene nichteheliche Kinder

Für neue Todesfälle gilt im übrigen die volle Gleichstellung nichtehelicher Kinder zu ehelichen Kindern; demzufolge wurden §§ 1934 a bis e, § 2338 a BGB aufgehoben. In der notariellen Praxis hat dies zur Auswirkung, daß Vereinbarungen über den vorzeitigen Erbausgleich nach § 1934 d BGB mit der Folge, daß das nichteheliche Kind als nicht mehr vorhanden gilt, nach § 1934 BGB nicht mehr geschlossen werden können. Bereits bisher geschlossene diesbezügliche Vereinbarungen behalten aber ihre Gültigkeit, siehe Artikel 226 Abs. 1 Satz 2 EGBGB.

Da nach dem Gesetzeswortlaut des Art. 226 Abs. 1 Nr. 2 in diesem Fall die „bisher geltenden Vorschriften über das Erbrecht des nichtehelichen Kindes" anwendbar bleiben, können m.E. bisher bereits wirksam geschlossene Vereinbarungen über den vorzeitigen Erbausgleich wieder aufgehoben werden, vorausgesetzt, man läßt eine vertragliche Aufhebung einmal geschlossener vorzeitiger Erbausgleichsvereinbarungen zu[30].

3. Gleichstellungsvereinbarung nach § 10 a Abs. 1 Nichtehelichengesetz

Nach dem neuen § 10 a Abs. 1 Nichtehelichengesetz kann eine sogenannte Gleichstellungsvereinbarung mit Kindern, die vor dem 01.07.1949 geboren wurden, getroffen werden, wonach auch diese in Zukunft ehelichen Kindern gleichgestellt werden.

Die Möglichkeit, eine Gleichstellungsvereinbarung zu treffen, wurde aufgenommen, da die einseitige Adoption des Vaters bezüglich seines nichtehelichen Kindes nach dem neuen § 1741 BGB nicht mehr möglich ist. In erbschaftsteuerlicher Hinsicht ist eine solche Gleichstellungsvereinbarung m.E. nicht erforderlich, da das nichteheliche Kind, auch soweit es vor dem 01.07.1949 geboren ist, dem ehelichen Kind gleichgestellt ist[31]. Testamentarisch hätte auch schon bisher das nichteheliche Kind als Erbe eingesetzt werden können. Sinnvoll ist deshalb der Abschluß eines Gleichstellungsvertrages nur, wenn der Vater das Erb- und Pflichtteilsrecht ehelicher Kinder reduzieren will.

Eine solche Gleichstellungsvereinbarung kann nur zwischen dem Vater und dem nichtehelichen Kind geschlossen werden. Dies setzt voraus, daß Vater und Kind zum Zeitpunkt des Ver-

---

[29] BVerfGE 44, 1.

[30] Für die Aufhebbarkeit des vorzeitigen Erbausgleichs *Palandt/Edenhofer*, Rdnr. 5 zu § 1934 e BGB; *Staudinger/Werner*, Rdnr. 14 zu § 1934 e BGB; gegen die Aufhebbarkeit Münchner Kommentar/*Leipold*, Rdnr. 28 zu § 1934 d BGB.

[31] *Meincke*, Erbschaftsteuergesetz – ErbStG –, 10. Aufl. 1994, Rdnr. 6 zu § 15 ErbStG.

tragsabschlusses noch leben. Zwischen dem Vater und seinen nichtehelichen Enkelkindern kann eine solche Vereinbarung nach dem Gesetzeswortlaut auch dann nicht geschlossen werden, wenn das Kind schon verstorben ist.

Die Vereinbarung muß nach § 10 a Abs. 2 Satz 1 NichtehelichenG persönlich geschlossen werden. Dies bedeutet, daß Handeln aufgrund Vollmacht oder vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung nicht möglich ist. Die Vereinbarung muß aber nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten erfolgen, d.h. Aufspaltung in Angebot und Annahme ist möglich.

Von Bedeutung ist, daß bei verheirateten Beteiligten die Vereinbarung der Einwilligung des jeweiligen Ehegatten bedarf. Dies ist nachvollziehbar, soweit es sich um die Einwilligung der Ehefrau des Vaters handelt, weil dadurch deren erbrechtliche Position ggf. (z.B. bei Gütertrennung oder wenn keine gemeinsamen Kinder vorhanden sind) geschmälert wird. Nicht nachvollziehbar ist allerdings, warum auch die Einwilligung des Ehegatten des Kindes erforderlich ist; dessen Position wird zumindest dann, wenn aus der Ehe Kinder hervorgegangen sind, nicht geschmälert.

Obwohl deren erbrechtliche Positionen geschmälert werden, sind die Einwilligungen ehelicher Kinder des Erblassers nicht erforderlich.

C. Muster

I. Sorgeerklärung eines Elternteils

1. Sorgeerklärung der Mutter; Kind ist bereits geboren

§ 1 Vorbemerkungen

Ich, A, bin die Mutter von C, geboren am …; Vater von C ist B.

§ 2 Sorgeerklärung

Die Sorge für C soll mir und B gemeinsam zustehen.

§ 3 Belehrung

Der Notar wies die Beteiligte auf die Auswirkungen des gemeinsamen Sorgerechts hin. Insbesondere darauf, daß das gemeinsame Sorgerecht nach einer späteren Trennung grundsätzlich fortbesteht. Solange eine Trennung nicht vorliegt, ist eine Änderung des gemeinsamen Sorgerechts grundsätzlich nicht möglich. Nach Trennung ist die Änderung nur durch das Familiengericht, nicht aber durch eine privatautonome Vereinbarung möglich. Nach einer Trennung kann auch die Mutter dem Vater gegenüber unterhaltspflichtig nach § 1615 l Abs. 2 Satz 2 BGB werden. Ggf. wird nach einer Trennung das Sorgerecht dem anderen Elternteil alleine übertragen. Beim Tod eines Elternteils steht das Sorgerecht dem überlebenden Elternteil alleine zu.

§ 4 Kosten, Ausfertigungen

Die Kosten der Errichtung und Ausfertigung dieser Sorgeerklärung trägt der Erklärende.

Von dieser Sorgeerklärung erhält der Erklärende eine Ausfertigung; der weitere Elternteil erhält eine weitere Ausfertigung.

Der Notar wird beauftragt, die Sorgeerklärung dem zuständigen Jugendamt mitzuteilen.

Dazu werden die persönlichen Angaben nach § 1 dahingehend ergänzt, daß das Kind geboren wurde in D-Ort und zum Zeitpunkt der Beurkundung seiner Geburt den Namen … geführt hat.

2. Vorgeburtliche Sorgeerklärung des Vaters

§ 1 Vorbemerkungen

Ich, B, bin voraussichtlich der Vater eines Kindes von A, das diese demnächst empfängt.

§ 2 Sorgeerklärung

Die elterliche Sorge für dieses bereits gezeugte aber noch nicht geborene Kind soll A und mir gemeinsam zustehen.

§ 3 Klarstellung

Klargestellt wird dazu, ohne daß diese Klarstellung eine Bedingung der Sorgerechtserklärung darstellen würde, was folgt:

Diese Erklärung stellt kein Vaterschaftsanerkenntnis von mir dar.

§ 4 Belehrungen

siehe dazu oben.

§ 5 Kosten, Ausfertigung, Benachrichtigung

siehe dazu oben.

II. Gleichstellungsvereinbarung

§ 1 Vorbemerkungen, persönliche Verhältnisse

B ist der Vater von A, geboren am 30.11.1948 als nichteheliches Kind von C. B ist verheiratet mit D, A ist verheiratet mit E.

B wurde geboren am … in … als Sohn von …

§ 2 Gleichstellungsvereinbarung

A und B vereinbaren, daß A einem ehelichen Kind von B gleichgestellt sein soll.

§ 3 Einwilligungen

Die Ehefrau von A, E und die Ehefrau von B, D erteilen zu dieser Gleichstellungsvereinbarung jeweils ihre Zustimmung.

§ 4 Belehrungen

Die Beteiligten wurden durch den Notar auf die Folgen dieser Gleichstellungsvereinbarung hingewiesen, insbesondere darauf, daß B damit wie ein (weiteres) eheliches Kind von A behandelt wird, ohne daß damit erbrechtliche Ansprüche von B beim Tod der Ehefrau von A entstehen.

Die Beteiligten wissen, daß sich die Erb- und Pflichtteilsansprüche der (weiteren) ehelichen Abkömmlinge von A damit reduzieren.

§ 5 Kosten, Ausfertigungen, Benachrichtigung

Die Kosten der Errichtung und Ausfertigung dieser Urkunde trägt A.

Von der Urkunde erhalten A und B jeweils eine Ausfertigung, deren Ehegatten D und E jeweils beglaubigte Ablichtungen.

Der Notar hat eine weitere beglaubigte Ablichtung zu seiner Urkundensammlung zu nehmen.

Den Geburtsstandesämtern sind Mitteilungskarten zu übersenden.

Im Hinblick hierauf ergänzen die Beteiligten ihre Personenangaben in § 1 wie folgt:

Eltern des Vaters, Geburtsort des Vaters,
Eltern des Kindes, Geburtsort des Kindes.

Rechtliche und wirtschaftliche Fragen zum Untererbbaurecht

Von Notarassessor *Michael Habel*, München

I. Einleitung

Nach § 11 Abs. 1 ErbbauVO finden auf das Erbbaurecht die Vorschriften über Grundstücke entsprechende Anwendung. Das Erbbaurecht ist folglich wie jeder Grundbesitz auch belastbar und kann damit seinerseits mit einem Erbbaurecht belastet werden, so daß ein Untererbbaurecht entsteht.

Untererbbaurechte sind in der Praxis selten, da die meisten praktisch auftretenden Fälle im Wege der Teilung oder der Aufteilung eines Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte gelöst werden können. Allerdings kann ein Untererbbaurecht auch einmal die einzige Lösung sein, wie folgendes – reales[1] – Beispiel zeigt: Eine Privatperson ist Eigentümer eines großen Grundstücks, das die Gemeinde einer Bebauung zuführen möchte. Der Eigentümer ist aber aus affektiven und steuerlichen[2] Gründen nicht zum Verkauf, sondern allenfalls zur Bestellung von Erbbaurechten bereit. Außerdem möchte er allein mit der Gemeinde als seinem einzigen Vertragspartner zu tun haben; in rechtliche Beziehung zu den einzelnen Bauwerbern möchte er nicht treten[3]. Die Teilung eines einzigen Erbbaurechts nach WEG kommt hier nicht in Betracht, da sich eine unnatürliche „Eigentümer"-Gemeinschaft ergeben würde mit grotesken Eigentumsverhältnissen an den einzelnen Gebäuden[4]. Als einzig denkbare Lösung, die den Interessen aller Beteiligten gerecht wird, bleibt nur die Möglichkeit, das Grundstück wie üblich zu parzellieren und an jeder Parzelle ein Erbbaurecht zugunsten der Gemeinde zu bestellen. Die Gemeinde ihrerseits bestellt an ihren Erbbaurechten – mit Ausnahme der für die Straßen vorgesehenen Flächen – je Untererbbaurechte zugunsten der Bauwerber.

II. Grundsätzliches – Zulässigkeit

Das Untererbbaurecht spielt in der Literatur keine nennenswerte Rolle. Zumeist beschränken sich die Ausführungen auf die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit. Diese war lange Zeit heftig umstritten, bis der BGH im Jahre 1974[5] die Möglichkeit der Bestellung eines Untererbbaurechts bejahte. Im Jahre 1994 ist das Untererbbaurecht durch § 6a GBO auch durch den Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt worden. Seither ist es um dieses Institut still geworden.

Die Argumente der früheren Diskussion um die Zulässigkeit haben aber auch heute noch ihre Bedeutung behalten, denn mit der grundsätzlichen Anerkennung ist noch nichts über die Voraussetzungen gesagt, denen beide Erbbaurechtsverträge genügen müssen, damit ein rechtswirksames Ober- bzw. Untererbbaurecht entsteht.

So ist insbesondere darauf zu achten, daß das Obererbbaurecht ein echtes Erbbaurecht ist und nicht lediglich ein nullum jus. Unverzichtbares Merkmal eines Erbbaurechts ist nach § 1 ErbbauVO die Berechtigung zum Haben eines Bauwerkes[6]. Dieser Berechtigung entspricht zwar nach dem Gesetz[7] keine Pflicht zum Besitz eines Bauwerkes oder gar zur Errichtung eines solchen. Nicht erforderlich ist nach dem Gesetz weiter, daß der Erbbauberechtigte *tatsächlich* irgendwann ein Gebäude *hat*. Fraglich und in der Literatur umstritten ist aber, ob von einem Erbbaurecht im Rechtssinne dann noch gesprochen werden kann, wenn es so ausgestaltet ist, daß der Erbbauberechtigte während der gesamten Laufzeit keinerlei *realistische Chance* hat, selbst das (vom Untererbbauberechtigten errichtete) Gebäude zu „haben". Diese Frage spielt insbesondere bei der Festlegung der Laufzeiten der Rechte eine Rolle, dazu sogleich unter Abschn. III 1. Als gesichert kann jedenfalls gelten, daß das vom Untererbbauberechtigten errichtete Gebäude während des Bestehens des Untererbbaurechts dem Obererbbauberechtigten nicht zugerechnet werden kann, da es allein wesentlicher Bestandteil des Untererbbaurechts ist, vgl. § 12 ErbbauVO[8].

III. Rechtliche Probleme des Obererbbaurechts

Das Obererbbaurecht ist für sich genommen rechtlich ein ganz gewöhnliches Erbbaurecht, das sich von den isoliert bestellten Erbbaurechten nicht unterscheidet. Aus diesem Grunde muß das Obererbbaurecht aber auch den Anforderungen genügen, die an das wirksame Entstehen bzw. Bestehen eines Erbbaurechts gestellt werden.

1. Laufzeit, Entschädigung

Wie unter Abschn. II am Ende dargestellt, ist es zur Entstehung eines Erbbaurechts zwingend erforderlich, daß der Obererbbauberechtigte während der Laufzeit seines Rechts irgendwann die Chance haben muß, ein Bauwerk zu besitzen. Kein Problem stellt es dar, wenn der Ausübungsbereich des Untererbbaurechts geringer ist als der des Obererbbaurechts, da dann der Obererbbauberechtigte selbst auf der ihm verbleibenden Restfläche ein Gebäude errichten kann. Dieser Fall kommt aber praktisch kaum vor; vielmehr decken sich in aller Regel die Ausübungsbereiche beider Rechte.

Werden Erbbaurecht und Untererbbaurecht am gleichen Tage bestellt und haben sie die gleiche Laufzeit, so kann der Obererbbauberechtigte nie selbst ein Gebäude haben[9] und

---

[1] Ähnlicher Fall als Fiktion bei *Ingenstau*, Kommentar zum Erbbaurecht, § 11 Rdnr. 17.

[2] Der Verkauf von Grundbesitz aus einem landwirtschaftlichen Betriebsvermögen führt zu steuerlichen Entnahmegewinnen, während die Bestellung von Erbbaurechten den Grundbesitz grundsätzlich im Betriebsvermögen beläßt, vgl. BFHE 170, S. 141 ff.; BFH DStR 1988, S. 210.

[3] Anderer realer Fall: Ein Interessent möchte auf einem der Kirche gehörenden Grundstück auf Erbbaurechtsbasis eine Disco und ein Kino betreiben. Da die Kirche mit solch „moralisch zweifelhaften" Dingen nichts zu tun haben möchte, soll ein Dritter – hier die Stadt – zwischengeschaltet werden, der gegenüber dem Betreiber als Vertragspartner auftritt.

[4] Dies gilt umso mehr, wenn man sich vorstellt, daß einzelne Gebäude ihrerseits auch wieder aufgeteilt werden sollen.

[5] BGHZ 62, S. 179 = DNotZ 1974, S. 694.

[6] MünchKomm/*von Oefele*, § 1 ErbbauVO, Rdnr. 34; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 3.25 m.w.N.; *Luttner*, DNotZ 1960, S. 80, 86.

[7] Anders nach dem Inhalt der üblichen Erbbaurechtsverträge.

[8] Vgl. *Ermann*, AcP 126 (1926), S. 214, 223; *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 3.29.

[9] Das Besitzrecht nach einem etwaigen Heimfall des Erbbaurechts kann nicht ausreichen (so aber *Staudinger/Ring*, § 11 Rdnr. 12), da dieses Besitzrecht nicht im Vertrag angelegt ist, sondern regelmäßig gerade dessen Verletzung voraussetzt. Bei planmäßiger Durchführung eines Erbbaurechtsvertrages soll es gerade nicht zum Heimfall kommen; so auch *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 3.26.

folglich die in § 12 ErbbauVO vorgesehene Endgestalt nie erreicht werden[10]. Es sei dahingestellt, ob das „Haben“ in § 12 ErbbauVO gleichbedeutend mit „Eigentümer sein“ ist, ebenso wie man die Meinung vertreten kann, bloßer mittelbarer Besitz des Erbbauberechtigten reiche aus; es gibt aber jedenfalls keine nachvollziehbare Begründung, den Obererbbauberechtigten als mittelbaren Besitzer gegenüber dem Untererbbauberechtigten anzusehen[11]; zumindest fehlt es nämlich am Besitzmittlungswillen. Die Einräumung eines solchen Untererbbaurechts wäre daher nichts anderes als die verkappte Übertragung des Erbbaurechts, das als inhaltsleerer Mantel zurückbliebe. Damit wären nach Auffassung des Verfassers das Erbbaurecht und folglich auch das Untererbbaurecht trotz etwaiger Grundbucheintragung unheilbar nichtig[12].

Es ist daher zwingend notwendig, daß die Laufzeit des Obererbbaurechts länger ist als die des Untererbbaurechts. Während der Differenz der beiden Laufzeiten hat der Obererbbauberechtigte die reelle Chance, selbst das Gebäude zu errichten bzw. das von dem anderen errichtete Gebäude zu „haben“[13]. Über die Dauer der Laufzeitdifferenz gibt es in Literatur und Rechtsprechung bisher keine Stellungnahme. Man wird jedenfalls einen „relevanten“ Zeitraum fordern müssen, in dem eine sinnvolle Gebäudenutzung durch den Obererbbauberechtigten möglich ist. Weniger als sechs Monate ist danach sicher zu kurz; fünf Jahre sicher ausreichend. Aber auch bei einem Zeitraum von drei Jahren wird man eine bedeutsame Nutzungsmöglichkeit durch den Obererbbauberechtigten annehmen dürfen.

Die Konsequenz unterschiedlicher Laufzeiten wäre jedoch, daß der Obererbbauberechtigte nach dem Erlöschen des Untererbbaurechts eine gewisse Zeit Eigentümer eines alten und wegen der geringen Restlaufzeit seines Rechts praktisch nur schwer nutzbaren Gebäudes wäre.

Dem kann dadurch begegnet werden, daß dem Obererbbauberechtigten ein befristetes Recht eingeräumt wird, vom Grundstückseigentümer nach Heimfall oder Erlöschen des Untererbbaurechts die Aufhebung des Erbbaurechts zu verlangen. Dann fällt das Gebäude unmittelbar an den Grundstückseigentümer und den Obererbbauberechtigten treffen aus dem Vertrag keine Verpflichtungen mehr. Es ist – aus der Sicht des Obererbbauberechtigten – in diesem Moment dasselbe erreicht, wie wenn es die Zwischenschaltung des Obererbbauberechtigten nicht gegeben hätte. Das entspricht regelmäßig dem Interesse der Parteien, da der Obererbbauberechtigte nur aus äußeren Zwängen zwischengeschaltet ist, er aber selbst keinerlei Interesse an dem Gebäude hat.

§ 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauVO steht einer solchen Aufhebungsklausel nicht entgegen, da diese Bestimmung nur für den Grundstückseigentümer gilt[14]. Allerdings hat der BGH in mehreren älteren Entscheidungen[15] gesagt, beim Erbbaurechtsvertrag seien grundsätzlich sämtliche Rücktrittsrechte ausgeschlossen; dies gelte trotz § 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauVO auch für den Erbbauberechtigten. Es seien nämlich auch Interessen der Gläubiger am Erbbaurecht und Interessen des Grundstückseigentümers berührt, die einer vorzeitigen Beendigung des Erbbaurechts entgegenstünden. Abgesehen davon, daß dieses Ergebnis schon dem eindeutigen Gesetzeswortlaut widerspricht, ist auch die Begründung nicht haltbar[16]: Interessen der Gläubiger sind nicht tangiert, da deren Stellung bereits über § 877 BGB hinreichend geschützt ist[17]. Interessen des Grundstückseigentümers sind ebenfalls nicht betroffen, da die Eingehung einer solchen Vereinbarung auf dessen freiem Willen beruht. Soweit der BGH die Unzulässigkeit eines Rücktrittsrechts aus § 26 ErbbauVO folgern will, führt dies ebenfalls nicht weiter, da die Tatsache, daß eine Aufhebung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, nichts darüber besagt, ob sich der Eigentümer zur Erteilung einer solchen Zustimmung nicht solle verpflichten können. Die Auffassung des BGH würde im übrigen auch zu einer nicht berechtigten Begünstigung des Grundstückseigentümers führen: Dieser ist auf Rücktrittsrechte nicht angewiesen, da er sein Interesse an einer Aufhebung des Rechts durch Regelungen über den Heimfall verwirklichen kann – damit kann dieser einem vertraglichen Rücktrittsrecht wirtschaftlich sehr nahe kommen. Der Erbbauberechtigte hat solche Möglichkeiten aber nicht, so daß er sich – folgt man dem BGH – selbst bei gröbsten Pflichtverletzungen des Eigentümers nicht aus dem Vertrag lösen kann[18]. Wenn aber § 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauVO überhaupt jemanden begünstigen will, dann den Erbbauberechtigten; die Ansicht des BGH führt jedoch dazu, daß sich diese Vorschrift ausschließlich zu dessen Nachteil auswirkt und kann daher nicht richtig sein.

Zu bemerken ist weiterhin, daß alle Entscheidungen des BGH nur zu gesetzlichen Rücktrittsrechten ergingen; zu vertraglichen Rücktrittsrechten hat sich der BGH noch gar nicht geäußert[19]. Auch die Literatur hat bisher nur zu Rücktrittsrechten des Grundstückseigentümers Stellung genommen, nicht aber zu vertraglichen Rücktrittsrechten des Erbbauberechtigten.

Es spricht folglich mehr dafür als dagegen, vertragliche Aufhebungsansprüche zugunsten des Erbbauberechtigten für zulässig zu halten[20]. Dieser Aufhebungsanspruch sollte daher auf jeden Fall vereinbart werden.

Folgt man diesem Weg, dann werden Ober- und Obererbbaurecht in etwa zeitgleich enden. Diesen Umstand kann man sich bei der Frage der nach §§ 32, 33 ErbbauVO zu zahlenden Entschädigung zunutze machen. Es sollte vermieden werden, daß zunächst im Verhältnis des Ober- zum Untererbbau-

---

[10] *Schneider*, DNotZ 1976, S. 411, 413; *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 3.25 ff.

[11] So aber *Staudinger/Ring*, § 11 Rdnr. 12.

[12] So auch MünchKomm/*von Oefele*, § 1 ErbbauVO, Rdnr. 34; *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 3.25 f; RGRK/*Räfle*, § 1 Rdnr. 21; *Schneider*, DNotZ 1976, S. 411, 413; a.A. *Staudinger/Ring*, § 11 Rdnr. 12.

[13] Zu diesem Ergebnis kommt letztendlich auch *Staudinger/Ring*, § 11 Rdnr. 12, da er davon ausgeht, der mittelbare Besitz des Obererbbauberechtigten erstarke nach Zeitablauf des Untererbbaurechts zum Vollrecht, somit also auch nach dieser Meinung die Laufzeit des Obererbbaurechts die des Untererbbaurechts übersteigen muß.

[14] *Palandt/Bassenge*, § 1 ErbbauVO, Rdnr. 10; *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdnr. 1682.

[15] BGH NJW 1969, S. 1112 m.w.N.

[16] Vgl. dazu auch die zutreffende abl. Anm. von *Hönn*, NJW 1969, S.1669.

[17] Diesem Umstand hat BGH LM Nr. 1 zu § 1 ErbbauVO für den Fall des Rücktritts vom noch nicht eingetragenen Erbbaurecht noch Bedeutung beigemessen; in BGH NJW 1969, S. 1112 taucht das Argument aber nicht mehr auf.

[18] *Hönn*, NJW 1969, S.1669.

[19] Dies wird verkannt von MünchKomm/*von Oefele*, § 1 ErbbauVO, Rdnr. 82 unter unzutreffendem Hinweis auf BGH NJW 1969, S. 1112. Richtig hingegen bei *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 2.156.

[20] *Staudinger/Ring*, § 1 Rdnr. 39. Selbst bei einem Verstoß gegen § 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauVO wäre der ganze Vertrag aber nicht nichtig, sondern nur die betreffende Vereinbarung, vgl. *Ingenstau*, Erbbaurecht, Rdnr. 107; *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 2.155, je m.w.N.

berechtigten ein Gutachter den Wert des Gebäudes ermittelt und sodann für das Verhältnis von Grundstückseigentümer zu Obererbbauberechtigtem nochmals selbiges – womöglich mit anderem Ergebnis – geschieht. Hier würde für den Obererbbauberechtigten – in der Regel eine Gemeinde – ein unkalkulierbares und nicht gewolltes wirtschaftliches Risiko entstehen.

Statt dessen kann der Obererbbaurechtsvertrag vorsehen, daß dann, wenn beide Erbbaurechte in etwa zeitgleich enden, vermutet wird, daß die vom Obererbbauberechtigten an den Untererbbauberechtigten gezahlte Vergütung angemessen ist[21]. Die damit verbundene Gefahr für den Grundstückseigentümer ist gering, da Obererbbauberechtigter regelmäßig eine Körperschaft des Öffentlichen Rechts ist, von der man nicht erwarten muß, kollusiv mit dem Untererbbauberechtigtem zur Fingierung eines möglichst hohen Ersatzanspruchs zusammenzuarbeiten. Im übrigen bleibt dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit des Gegenbeweises offen[22].

2. Verlängerung des Erbbaurechts

Erbbaurechtsverträge enthalten regelmäßig eine durch Vormerkung gesicherte Verlängerungsmöglichkeit für den Erbbauberechtigten. Es spricht nichts dagegen, auch für die hier gegebene Konstellation ein solches Verlängerungsrecht vorzusehen und zwar sowohl für den Erbbaurechts- als auch für den Untererbbaurechtsvertrag. Die Laufzeit der Verlängerung muß jedoch entgegen dem unter Abschn. III 1 gesagten bei beiden Erbbaurechtsverträgen nicht unterschiedlich sein, sondern kann auch identisch sein, da bereits durch die unterschiedlichen Grundlaufzeiten das zukünftige Haben des Gebäudes durch den Obererbbauberechtigten hinreichend gesichert ist.

Ein Augenmerk ist jedoch auf den Zeitraum der Ausübbarkeit der Verlängerungsoption zu richten. Kann nämlich der Obererbbauberechtigte sein Verlängerungsrecht nicht mehr ausüben, etwa weil die Ausübungsfrist bereits abgelaufen ist, so geht die Optionsausübung durch den Untererbbauberechtigten ins Leere, da die Laufzeit des verlängerten Untererbbaurechts nicht länger sein kann als die des in Bälde erlöschenden Obererbbaurechts. Dies kann zu Schadenersatzansprüchen wegen Nichterfüllung führen. Folglich ist in den Untererbbaurechtsvertrag eine Regelung etwa derart aufzunehmen, wonach das Verlängerungsrecht spätestens bis drei Jahre vor Ablauf des *Ober*erbbaurechts auszuüben ist, während der Obererbbauberechtigte seinerseits die Verlängerung bis ein Jahr vor Zeitablauf verlangen kann. Damit hat der Obererbbauberechtigte ausreichend Zeit, seinerseits die Option auszuüben und damit die Verlängerung beider Rechte zu gewährleisten. Zudem darf die Verlängerung nicht als einseitiges Gestaltungsrecht konstruiert sein, da dann die Ausübungserklärung des Untererbbauberechtigten zu einem unzulässigen „Laufzeitüberschuß“ des Untererbbaurechts führen würde. Statt dessen ist dem Berechtigten lediglich ein *Anspruch* auf Verlängerung einzuräumen, den der Obererbbauberechtigte erst erfüllen kann, wenn er seinerseits das Obererbbaurecht verlängert hat. Nur dadurch kann vermieden werden, daß die Laufzeit des Untererbbaurechts die des Obererbbaurechts übersteigt.

[21] Vorausgesetzt, es ist jeweils derselbe Prozentsatz vom Gebäudewert vereinbart.

[22] Große praktische Bedeutung wird diesem Fall ohnehin nicht zukommen, da bei ordnungsgemäßer Abwicklung aller Verträge regelmäßig der Weg über § 27 Abs. 3 ErbbauVO gegangen werden wird, so daß eine Entschädigung regelmäßig nicht zu zahlen sein wird.

3. Pflichten des Erbbauberechtigten

Alle Erbbaurechtsverträge legen dem Berechtigten eine Reihe von Verpflichtungen auf, angefangen von der Pflicht zur Bauerrichtung binnen einer gewissen Zeit, der Bauunterhaltung, der Versicherung bis hin zum Wiederaufbau.

Diese Pflichten können aber aus verschiedenen Gründen problematisch sein, wenn ein Untererbbaurecht bestellt wird: während der Laufzeit des Untererbbaurechts können sie schon deshalb ins Leere gehen, weil es regelmäßig kein Gebäude des Obererbbauberechtigten geben wird, auf das sie sich beziehen könnten. Stellen demgegenüber die Pflichten auf die Existenz eines Gebäudes als solchem ab, und nicht auf die Errichtung desselben durch den Obererbbauberechtigten, so sind Fälle denkbar, in denen die gleiche Pflicht – etwa die Versicherungspflicht – zweimal erfüllt werden muß, nämlich einmal im Verhältnis des Obererbbauberechtigten zum Eigentümer und zum anderen im Untererbbaurechtsverhältnis. Schließlich kann – etwa bei der Pflicht zur Planvorlage – die Pflichtenfestlegung dazu führen, daß der Untererbbauberechtigte die Pflicht gegenüber seinem Vertragspartner und gegenüber dem Eigentümer erfüllen muß, wobei sich dann die Frage der Sanktion im Verhältnis zwischen Eigentümer und Obererbbauberechtigtem stellte, wenn der Untererbbauberechtigte der Pflicht nicht nachkommt.

Deshalb sollte der Obererbbauberechtigte von allen Verpflichtungen freigestellt werden, die typischerweise dem Erbbauberechtigten obliegen, wenn ein Untererbbaurecht bestellt wird. Im Obererbbaurechtsvertrag sind demnach zwar alle typischen Verpflichtungen mit dinglicher Wirkung aufzunehmen, jedoch eine schuldrechtliche Befreiung zu erteilen, solange und soweit ein Untererbbaurecht besteht[23]. Lediglich auf die Pflicht zur erstmaligen Gebäudeherstellung kann in einer Konstellation wie der hier anfänglich geschilderten gänzlich verzichtet werden.

Die Freistellung des Obererbbauberechtigten ist selbstverständlich an die Verpflichtung zu binden, alle typischen Verpflichtungen dinglich dem Untererbbauberechtigten aufzuerlegen[24]; dieser soll wirtschaftlich so gestellt sein, als sei er der einzige Erbbauberechtigte. Auch aus diesem Grunde empfiehlt sich die Aufnahme aller Pflichten bereits in den Obererbbaurechtsvertrag, da alle diese Inhalte sodann unverändert in den zweiten Vertrag übernommen werden können. Verhandlungssache ist jeweils, ob im Untererbbaurechtsvertrag einzelne Pflichten, etwa die zur Planvorlage oder die Einholung der Zustimmung zur Abweichung vom Bauplan, zum Abriß u.ä., auch zugunsten des Grundstückseigentümers vereinbart sein sollen. Im Regelfall wird sich dies empfehlen.

Die Freistellung des Obererbbauberechtigten und die Tatsache der – gegenüber dem Eigentümer – allenfalls schuldrechtlichen Verpflichtungen des Untererbbauberechtigten kann zu einer „Schutzlücke“ des Grundstückseigentümers führen, da eine Pflichtverletzung nur unzureichend sanktioniert werden könnte[25]. Deshalb ist der Obererbbauberechtigte

[23] Diese Pflichten sind die Unterhaltungspflicht, Versicherungspflicht, Wiederaufbaupflicht, Verkehrssicherungspflicht usw.

[24] Gläubiger ist dabei der Obererbbauberechtigte, denn dieser ist im Verhältnis zum Untererbbauberechtigten Grundstückseigentümer im Sinne des Gesetzes.

[25] Der Verstoß des Untererbbauberechtigten gegen schuldrechtliche Pflichten, die ihm dem Grundstückseigentümer gegenüber obliegen, berechtigt diesen in keinem der beiden Vertragsverhältnisse, den Heimfall auszulösen.

trotz seiner Freistellung zu verpflichten, für die Einhaltung der Pflichten durch den Untererbbauberechtigten Sorge zu tragen. Damit muß der Obererbbauberechtigte zwar nach wie vor nicht selbst die Pflichten erfüllen, aber für deren Erfüllung einstehen[26]. In letzter Konsequenz kann dies bedeuten, daß der Obererbbauberechtigte im Verhältnis zum Untererbbauberechtigten den Heimfall auszuüben hat, wenn dieser seine Pflichten gegenüber einem der beiden anderen Beteiligten nicht erfüllt.

4. Sicherung der ersten Rangstelle des Untererbbaurechts

Nach § 10 Abs. 1 ErbbauVO kann das Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden. Dies gilt entsprechend für das Untererbbaurecht, so daß am Obererbbaurecht die erste Rangstelle freizuhalten ist. Folglich haben Erbbauzinsreallast und die anderen Rechte des Grundstückseigentümers zurückzutreten.

Verfahrenstechnisch bieten sich hier zwei Wege an: Zum einen kann zunächst das Obererbbaurecht wie gewöhnlich bestellt werden und bei Bestellung des Untererbbaurechts erfolgt ein Rangrücktritt des Grundstückseigentümers[27]. Dieser Weg ist einfach und leicht gangbar, setzt aber voraus, daß der Eigentümer zu diesem späteren Zeitpunkt mit dem Rangrücktritt noch einverstanden ist, da ansonsten langwierig geklagt werden müßte[28].

Die andere Alternative ist die Vereinbarung eines Rangvorbehalts bei Bestellung der Reallast und der anderen Rechte zugunsten eines Erbbaurechts. Dann kann das Untererbbaurecht bestellt werden, ohne daß es der späteren Mitwirkung des Grundstückseigentümers bedarf.

Soll das Untererbbaurecht nur an einem Teil des Obererbbaurechts bestellt werden oder sollen an einem Obererbbaurecht mehrere Untererbbaurechte bestellt werden, etwa zur Errichtung eines Reihenhauses, so bedarf es sowohl einer Teilung des Grundstücks als auch einer Teilung des Obererbbaurechts[29]. § 7 Abs. 2 GBO ist nicht einschlägig, da das Erbbaurecht keines der dort genannten Rechte ist[30]. Darüberhinaus können an einem Obererbbaurecht auch deshalb nie mehrere Erbbaurechte bestellt werden, weil nicht für alle Rechte die erste Rangstelle erreicht werden kann; dies gilt selbst dann, wenn sich der Ausübungsbereich der Rechte nicht überschneiden würde[31]. Die Mitwirkung des Grundstückseigentümers zur Teilung des Erbbaurechts ist nicht erforderlich, wohl aber zur Teilung des Grundstücks. Aus wirtschaftlichen Gründen ist ohnehin regelmäßig die Neuverteilung des Erbbauzinses angebracht, so daß auch aus diesem Grunde die Mitwirkung des Eigentümers geboten ist.

5. Erschließung, Dienstbarkeiten

Wird eine große Fläche oder, wie im Eingangsbeispiel, ein ganzes Baugebiet durch Untererbbaurechte gestaltet, so ist auch an die Grundstückserschließung zu denken. Soweit zur Anlegung der öffentlichen Wege ein Erbbaurecht zugunsten der Gemeinde bestellt ist, reicht dies nach Art. 6 Abs. 3 BayStrWG zur Widmung der Straße aus. Daran ändert es auch nichts, wenn das Erbbaurecht eines Tages erlischt, da der Wegfall der dinglichen Berechtigung am Charakter der öffentlichen Sache nichts zu ändern vermag.

Anders sieht es bei den anderen Erschließungsanlagen aus, etwa zur Strom-, Wasser- und Gasversorgung. Zwar kann die Gemeinde aufgrund des Erbbaurechts die Anlagen errichten, jedoch endet das Besitzrecht mit Ablauf des Erbbaurechts, was insbesondere dann problematisch ist, wenn über diese Erschließungsanlagen noch andere Baugebiete erschlossen werden, bei denen nicht mit Erbbaurechten gearbeitet wird. Es ist folglich notwendig, an den Grundstücken außer den Erbbaurechten auch die üblichen Versorgungsdienstbarkeiten zu bestellen. Diese haben konsequenterweise auch am Erbbau- und Untererbbaurecht zu lasten.

Soweit eine Erschließungsanlage auf einem mit einem (Unter-) Erbbaurecht belasteten Grundstück zu liegen kommt – etwa ein Spielplatz –, kann nach Art. 8 Abs. 2 S. 1 BayBO ebenfalls eine dingliche Sicherung erforderlich sein, da ansonsten die Erteilung der Baugenehmigung gefährdet wäre. In diesen Fällen ist das Grundstück und das betreffende Erbbaurecht mit einer Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinde und wohl auch zugunsten der Eigentümer[32] der anderen Grundstücke zu belasten. Diese Dienstbarkeit erhält am Grundstück und am Obererbbaurecht zweckmäßigerweise zweite Rangstelle nach dem Erbbaurecht und dem Untererbbaurecht. Notwendig ist dann, auch das entsprechende Untererbbaurecht mit der gleichen Dienstbarkeit zu belasten. Wegen des Erlöschens der Dienstbarkeiten beim Heimfall des Untererbbaurechts (§ 33 Abs. 1 S. 3 ErbbauVO) sind die gleichen Vorkehrungen zu treffen wie bei jeder Dienstbarkeit, die an einem Erbbaurecht lastet; Sonderprobleme des Untererbbaurechts stellen sich hier nicht.

6. Öffentliches Recht

Öffentlich-rechtliche Vorschriften stellen hier keine Probleme dar. Eine genehmigungspflichtige wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde liegt bei der Bestellung und Einräumung von Erbbaurechten ebensowenig vor wie wenn die Gemeinde die Baugrundstücke kaufen und wieder verkaufen würde.

Auch ein Kreditgeschäft, das nach Art. 72 BayGO verboten bzw. genehmigungsbedürftig wäre, liegt im Ergebnis nicht vor. Zwar muß die Gemeinde, obschon nur formal zwischengeschaltet, den Erbbauzins auch dann zahlen, wenn der Untererbbauberechtigte nicht zahlt; die Gemeinde muß hierfür sogar eine dingliche Sicherheit bestellen. Dabei handelt es sich aber für die Gemeinde nicht um fremde Verbindlichkeiten oder eine Sicherheit für fremde Verbindlichkeiten, sondern um eine ausschließlich eigene Schuld der Gemeinde in deren Eigenschaft als Vertragspartner. Es ist nicht anders als die Zahlungspflicht, die die Gemeinde auch bei einem Kauf des Grundstücks träfe, selbst wenn der Käufer der Gemeinde seinerseits den Kaufpreis nicht zahlte.

---

[26] Diese Pflicht des Obererbbauberechtigten kann durch Heimfallandrohung sanktioniert werden. Allerdings führt dies zu erheblichen wirtschaftlichen Problemen, vgl. unten Abschn. V.

[27] Ein Rücktritt anderer Berechtigter kommt in der Regel nicht in Betracht, da Belastungen des Obererbbaurechts nicht vorstellbar sind. Zu Dienstbarkeiten vgl. unten Ziff. V.

[28] Im realen Fall war der Grundstückseigentümer bereits über 70 Jahre alt. Deshalb schien eine bloße Verpflichtung zum Rangrücktritt nicht ausreichend.

[29] LG Traunstein, RPfleger 1987, S. 242, 243.

[30] LG Traunstein, a.a.O.

[31] *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdnr. 1702, 1853; *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 3.14; zweifelnd *Ingenstau*, § 11 Rdnr. 17.

[32] Dadurch, daß die Ausübung von Dienstbarkeiten Dritten überlassen werden kann, besteht dann auch ein Benutzungsrecht für den Ober- und für den Untererbbauberechtigten.

Im übrigen stellt die Erbbauzinsreallast keine Sicherheit für einen „Kredit“ dar, sondern für eine laufende Zahlungsverpflichtung. Der Erbbauzins wird laufend neu fällig und ist gerade nicht kreditiert.

IV. Rechtliche Probleme des Untererbbaurechts

Belastungsgegenstand des Untererbbaurechts ist nur das Obererbbaurecht. Gesamtlastend an einem Erbbaurecht und zugleich an einem Grundstück kann ein Untererbbaurecht nicht bestellt werden, vgl. § 6a GBO. Wohl aber ist es möglich, unter Beachtung der Einschränkungen in § 6a GBO ein Untererbbaurecht gesamtlastend an mehreren Erbbaurechten oder einem Gesamterbbaurecht zu bestellen; damit können auch Untererbbaurechte bestellt werden, wenn mehrere Grundstücke involviert sind. Problemlos möglich ist auch die Aufteilung eines Untererbbaurechts in Wohnungs- und Teiluntererbbaurechte nach dem WEG.

Wird ein Untererbbaurecht bestellt, so ist Grundstückseigentümer im Sinne der ErbbauVO der Obererbbauberechtigte; ihm stehen dieselben Rechte zu, etwa nach § 5 ErbbauVO bei den dort genannten Verfügungen über das Untererbbaurecht. Der Untererbbauberechtigte ist nach der Diktion des Gesetzes der Erbbauberechtigte.

1. Mitwirkung des Eigentümers bei der Bestellung

Erbbaurechtsverträge enthalten zwar in aller Regel auf § 5 ErbbauVO zurückgehende Zustimmungserfordernisse des Grundstückseigentümers für Belastungen des Erbbaurechts. Diese entfalten hier aber keine Wirkungen, da das Erbbaurecht keines der dort genannten Rechte ist. Die Belastung des Obererbbaurechts mit dem Untererbbaurecht bedarf daher nicht dinglich der Zustimmung des Grundstückseigentümers[33]. Gleichwohl empfiehlt sich, die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Bestellung des Untererbbaurechts (und die hierfür geltenden Bedingungen) bereits im Erbbaurechtsvertrag festzuhalten, denn regelmäßig bedarf es eines Rangrücktritts des Grundstückseigentümers mit seinen Rechten, so daß im Ergebnis gegen seinen Willen ein Untererbbaurecht doch nicht bestellt werden kann[34].

Ebenso besteht kraft Gesetzes[35] keine Mitwirkungsbefugnis bei einer Verfügung über das Untererbbaurecht oder bei einer Inhaltsänderung desselben. Anders verhält es sich jedoch bei einer Aufhebung oder Änderung (Herabsetzung, nicht Erhöhung) des Untererbbauzinses: Da dieser kraft Gesetzes dem jeweiligen Obererbbauberechtigten zusteht, ist § 876 S. 2 BGB anwendbar[36], so daß es zu solchen Vereinbarungen der Zustimmung des Eigentümers als Berechtigtem am Obererbbaurecht bedarf.

2. Kein Hinausgehen über die Rechte des Obererbbauberechtigten

Daß das Untererbbaurecht zweckmäßigerweise auf das Obererbbaurecht abzustimmen ist, versteht sich von selbst. Allerdings gibt es auch einige Punkte, deren Beachtung Entstehungsvoraussetzung des Untererbbaurechts ist.

Der Obererbbauberechtigte kann dem Untererbbauberechtigten nur soviel an Rechten einräumen als er selbst gegenüber dem Grundstückseigentümer besitzt. Darüberhinausgehende Rechte sind unwirksam und gefährden die gesamte Bestellung. Ist also beispielsweise das Recht des Obererbbauberechtigten zur Bauerrichtung auf einen bestimmten Teil beschränkt oder enthält der Obererbbaurechtsvertrag einschränkende Aussagen zur Bauerrichtung, so haben diese Bestimmungen auch im Untererbbaurechtsvertrag enthalten zu sein[37].

Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Vielmehr sind zumindest drei Fälle zu unterscheiden:

a) Geht es um den inhaltlichen Kern des Erbbaurechts, so sind bei Bestellung des Untererbbaurechts die immanenten Grenzen des Obererbbaurechts zu beachten. Dies gilt insbesondere für Laufzeit, räumliche Grenzen und Ausübungsbeschränkungen[38].

Folglich wird man im Obererbbaurechtsvertrag die Verpflichtungen des Berechtigten so weit wie nur zulässig fassen[39]. Ein nennenswertes Risiko für den Eigentümer ist damit nicht verbunden, da Obererbbauberechtigter in aller Regel eine Körperschaft des Öffentlichen Rechts sein wird, der schon aus eigenem Interesse an der Verhinderung baurechtlicher Abenteuer gelegen ist. Im Untererbbaurechtsvertrag kann sodann eine stärkere Einengung erfolgen.

Daß die Laufzeit des Untererbbaurechts diejenige des Obererbbaurechts nicht überschreiten kann, versteht sich von selbst.

b) Im anderen Fall ist das Erbbaurecht und damit die Interessen des Erbbauberechtigten gar nicht berührt, da sich die Regelung ausschließlich auf das Untererbbaurecht bezieht und dieses einen eigenen, vom Obererbbaurecht streng zu trennenden Verfügungsgegenstand darstellt. Bedarf also die Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts nach § 5 ErbbauVO der Zustimmung des Grundstückseigentümers, so ist damit nicht gesagt. daß auch das Untererbbaurecht einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt des Eigentümers oder auch nur des Erbbauberechtigten enthalten muß[40]. Nach herrschender Auffassung kann ein solcher Vorbehalt zugunsten des Eigentümers gar nicht mit dinglicher Wirkung vereinbart werden[41]. Die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit ist zwar Inhalt des Erbbaurechts, aber Verfügungen über das Untererbbaurecht betreffen den Inhalt des Obererbbaurechts gerade nicht. Es läßt sich daher sagen, daß die Inhalte des Obererbbaurechts, die sich als Inhalt des Untererbbaurechts rechtlich nicht auf den Grundstückseigentümer auswirken können, hier nicht aufgenommen sein müssen. Folglich ist etwa auch die Aufteilung eines Untererbbaurechts in Wohnungs- und Teiluntererbbaurechte ohne Mitwirkung des Grundstückseigentümers möglich.

---

[33] *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdnr. 1702; *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 3.21; RGRK/*Räfle*, § 1 Rdnr. 21; a.A. nur *Stahl-Sura*, DNotZ 1981, S. 604, 610 (Fußn. 30).

[34] *Haegele/Schöner/Stöber; Stahl-Sura*, je a.a.O.; *Staudinger/Ring*, § 11 Rdnr. 11; *Ermann*, AcP 129 (1926), S. 214, 224.

[35] Eine solche kann jedoch vertraglich mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, indem solche Rechte schuldrechtlich begründet und mit einem Heimfallrisiko bewehrt werden. Dies vermindert jedoch die Beleihbarkeit des Untererbbaurechts.

[36] *Staudinger/Gursky*, § 876 Rdnr. 19 ff.

[37] So schon *Ermann*, AcP 126 (1926), S. 214, 221 mit weiteren Einzelfällen; *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdnr. 1702; *Ingenstau*, § 11 Rdnr. 18; *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 3.27.

[38] So kann an einem Erbbaurecht, das zum Haben eines Wohnhauses berechtigt, kein Untererbbaurecht zum Betrieb einer Tankstelle bestellt werden, vgl. BayObLG DNotZ 1958, S. 542 (dort ging es um eine Tankstellendienstbarkeit).

[39] Das Problem dabei ist, daß nach dem Gesetz das zu errichtende Gebäude zumindest umrißartig zu bezeichnen ist. Allerdings ist die Bestimmung „Bauwerk gemäß den Festlegungen des Bebauungsplans“ ausreichend.

[40] LG Augsburg, MittBayNot 1995, S. 211 (LS).

[41] LG Augsburg, a.a.O., RGRK, § 6 ErbbauVO, Rdnr. 11, *Staudinger/Ring*, §§ 5–7 ErbbauVO, Rdnr. 2; *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdnr. 1702; *Ingenstau*, § 5, Rdnr. 22.

c) Schwierig sind die dazwischenliegenden Fälle. Wenn der Obererbbauberechtigte binnen fünf Jahren zur Bauerrichtung verpflichtet ist, kann diese Frist im Untererbbaurecht sechs Jahre betragen? Wenn der Obererbbauberechtigte zur Abweichung vom Bauplan der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, muß der Eigentümer das gleiche Recht auch gegenüber dem Untererbbauberechtigten haben?

Nach Meinung des Verfassers müssen diese „Eigentümerrechte" auch gegenüber dem Untererbbauberechtigten weitergegeben werden[42]. Auch hierbei handelt sich um den „Inhalt" des Erbbaurechts, der nicht überschritten werden darf. Auch die unter b) genannte Ausnahme liegt nicht vor, da Rechte des Grundstückseigentümers sehr wohl tangiert sind: Ist im zweiten Beispielsfall ein Zustimmungserfordernis des Eigentümers ausdrücklich nicht vorgesehen, so genügte die Zustimmung des Obererbbauberechtigten. Erteilt dieser die Zustimmung, so wäre die Planabweichung genehmigt. Der Untererbbauberechtigte dürfte in diesem Fall also mehr als der Obererbbauberechtigte. Dies ist unzulässig[43].

Im Ergebnis ist daher festzuhalten: Im Untererbbaurechtsvertrag hat der komplette dingliche Inhalt des Obererbbaurechts enthalten zu sein[44] mit Ausnahme solcher Inhalte, deren Weitergabe ausschließlich das Untererbbaurechtsverhältnis und keinesfalls den Grundstückseigentümer rechtlich betreffen würde[45].

Überschreitet der Untererbbauberechtigte die Rechte, die dem Obererbbauberechtigten selbst zustehen, so stehen die entsprechenden Abwehransprüche nicht nur dem Obererbbauberechtigten, sondern auch dem Grundstückseigentümer zu[46].

V. Wirtschaftliche Probleme

1. Höhe des Untererbbauzinses

Die Höhe der Vergütung des Untererbbauberechtigten läßt sich nicht wie üblich aus einem bestimmten Prozentsatz des Grundstückswertes errechnen. Vielmehr ist er aus einer Reihe kalkulatorischer Elemente zusammengesetzt, bestehend aus dem Zins des Obererbbauberechtigten, dessen Vertragskosten, Verwaltungsaufwand usf. Der Notar sollte bei der Berechnung des „angemessenen" Erbbauzinses Zurückhaltung walten lassen, allenfalls auf mögliche Preisbildungsfaktoren aufmerksam machen. Wirtschaftliche Beratung ist nicht Sache des Notars.

Gleichwohl ist kautelarjuristisch eine gleichförmige und gleichzeitige Anpassung des jeweiligen Erbbauzinses vorzusehen. Kann der Eigentümer den Zins des Obererbbaurechts erhöhen, obwohl der Obererbbauberechtigte, insbesondere wegen § 9a Abs. 1 S. 5 ErbbauVO, seinerseits den Zins des Untererbbaurechts nicht anpassen kann, wird dies zu Mißstimmungen führen. Gleiches gilt, wenn die Erhöhung des Zinses des Obererbbaurechts höher ausfallen kann als die des Untererbbaurechts, weil der Ausgangspunkt der Bemessungsgrundlage (§ 9a Abs. 1 S. 2 ErbbauVO) jeweils ein anderer ist. Bedeutung hat diese Frage insbesondere dann, wenn Über- und Untererbbaurecht nicht am gleichen Tag bestellt werden.

Wegen der besonderen Ausgangslage bei der Bestellung von Untererbbaurechten erscheint es hier mehr als sonst sinnvoll, die Zahlung des Erbbauzinses für die gesamte Laufzeit in einem einzigen Betrag zu vereinbaren.

2. Beleihbarkeit des Untererbbaurechts

Die größten Probleme des Untererbbaurechts stellen sich bei der Frage der Beleihbarkeit. Bei einem „gewöhnlichen" Erbbaurecht bleiben im Falle des Heimfalls des Rechts die daran lastenden Grundschulden und Hypotheken bestehen, vgl. § 33 ErbbauVO. Für den Fall des Erlöschens gilt § 29 ErbbauVO. Beim Untererbbaurecht verhält es sich anders: Das Bestehenbleiben der Rechte gilt nur für den Fall des Heimfalls des Untererbbaurechts. Veränderungen des Obererbbaurechts wirken sich auf das Untererbbaurecht jedoch anders aus. Tritt im Verhältnis zwischen Grundstückseigentümer und Obererbbauberechtigtem der Heimfall ein oder erlischt das Obererbbaurecht, so erlischt automatisch das Untererbbaurecht. Als Erlöschenstatbestand ist allerdings nur Zeitablauf denkbar, was praktisch kein Problem darstellt. Eine Aufhebung des Obererbbaurechts bedürfte nach § 876 BGB der Zustimmung des Untererbbauberechtigten und, da auch das Untererbbaurecht erlöschen würde, der Grundpfandrechtsgläubiger, so daß eine Aufhebung des Obererbbaurechts nicht in Betracht kommt.

Das Erbbaurecht ist keines der in § 33 ErbbauVO genannten „begünstigten" Rechte. Erlischt das Untererbbaurecht, so erlöschen automatisch auch alle daran lastenden dinglichen Rechte ersatzlos. Hier zeigt sich besonders deutlich, daß das Untererbbaurecht eben nichts weiter ist als eine bloße Belastung eines anderen Rechts.

Als weiteres Problem zeigt sich, daß im Falle des Untergehens des Untererbbaurechts wegen Erlöschens oder Heimfalls des Obererbbaurechts kraft Gesetzes keine Entschädigungspflichten bestehen. § 27 ErbbauVO ist nicht einschlägig, da nicht das Unter-, sondern das Obererbbaurecht durch Zeitablauf erlischt; § 32 ErbbauVO greift nicht, da das Untererbbaurecht gerade nicht heimfällt[47]. Es erscheint nicht gangbar, im Verhältnis zwischen Ober- und Untererbbauberechtigtem § 32 ErbbauVO bei Heimfall des *Ober*erbbaurechts analog anzuwenden, da nicht einzusehen ist, weshalb eine Belastung des Erbbaurechts (nämlich das Untererbbaurecht) besser gestellt sein sollte als alle anderen Rechte, die in § 33 ErbbauVO ebenfalls nicht genannt sind.

Ansprüche kann der Untererbbauberechtigte daher nur daraus herleiten, daß wegen des Heimfalls des Obererbbaurechts die Erfüllung des Untererbbaurechtsvertrages schuldhaft im Sinne des § 325 BGB unmöglich wurde.

---

[42] So auch *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 27.

[43] Als Ausweg bietet sich an, solche Pflichten gar nicht in den Obererbbaurechtsvertrag als dinglichen Inhalt aufzunehmen, da Obererbbauberechtigter in der Regel eine Gemeinde ist und diese sich auch an schuldrechtliche Pflichten halten wird. Alternativ ist denkbar eine Ermächtigung des Obererbbauberechtigten, diese Pflichten nicht weitergeben zu müssen, ggf. unter der Auflage, daß den Untererbbauberechtigten die Pflichten gegenüber dem *Obererbbauberechtigten* obliegen.

[44] Natürlich nur solche, die den Obererbbauberechtigten beschränken, nicht solche, die seine Befugnisse erweitern, denn selbstverständlich ist es zulässig, daß der Untererbbauberechtigte *weniger* darf als der Obererbbauberechtigte. Insbesondere obliegt ihm die Bauverpflichtung, die im Obererbbaurechtsvertrag am besten gar nicht erwähnt werden sollte.

[45] So im Ergebnis auch *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 27. Auf die Frage, welche Folgen ein Verstoß gegen die unter c) genannten Bedingungen hat, soll hier nicht eingegangen werden. Es spricht einiges dafür, das Untererbbaurechtsverhältnis vom Inhalt des Obererbbaurechts lediglich überlagert sein zu lassen, so daß dessen Inhalt den Inhalt des Untererbbaurechts mitbestimmt. Denkbar ist aber auch die völlige Unwirksamkeit des Untererbbaurechts.

[46] So zutreffend *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 3.30.

[47] *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 3.23.

Konsequenterweise sind die Banken – vor allem wegen des Risikos des Heimfalls des Obererbbaurechts – mit der Beleihung von Untererbbaurechten sehr zurückhaltend[48].

Um eine Beleihbarkeit zu erreichen, muß das Heimfallrisiko im Obererbbaurechtsverhältnis ausgeschaltet, zumindest begrenzt werden. Daraus folgt zunächst, daß Obererbbauberechtigter nur eine Person sein kann, die nicht konkursfähig ist. Bereits von daher kommen als Obererbbauberechtigte ausschließlich juristische Personen des Öffentlichen Rechts in Frage[49]. Nur bei diesen besteht auch eine ausreichend sichere Gewähr dafür, daß den vertraglichen Pflichten – insbesondere den Zahlungspflichten – genügend nachgekommen wird und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das Erbbaurecht nicht drohen. Hier zeigt sich im übrigen ein weiterer Vorteil der Befreiung des Obererbbauberechtigten von verschiedenen Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag, vgl. oben Abschn. III.3: Gegen Pflichten, die gar nicht erst bestehen, kann der Obererbbauberechtigte auch nicht – mit der Folge des Heimfalls – verstoßen. Wer will, kann weiter eine Verpflichtung des Obererbbauberechtigten aufnehmen, das Erbbaurecht nicht zu übertragen, damit sichergestellt ist, daß der „optimale Vertragspartner" auf Dauer erhalten bleibt. Notwendig scheint mir eine solche Vereinbarung aber nicht.

Mit diesem Umstand gaben sich die Banken jedoch noch nicht zufrieden, da sie immer noch ein gewisses „Restrisiko" befürchteten, das sicherlich nicht zu leugnen ist. Die Banken forderten unisono, daß ihnen als weitere Sicherheit „die Ansprüche des Untererbbauberechtigten aus § 32 ErbbauVO abgetreten" würden. Dies ist für den Fall des Heimfalls des *Unter*erbbaurechts auch kein Problem[50]; relevant wird die Frage aber erst beim Heimfall des *Ober*erbbaurechts. Hier bestehen, wie eben gezeigt, Ansprüche aus § 32 ErbbauVO gerade nicht, sondern allenfalls solche aus § 325 BGB. Es ergibt sich folglich die Notwendigkeit, im Untererbbaurechtsvertrag für den Fall des Heimfalls des Obererbbaurechts die Geltung des § 32 ErbbauVO zugunsten des Untererbbauberechtigten ausdrücklich zu vereinbaren[51]. Dann steht dem Untererbbauberechtigten beim Heimfall des Obererbbaurechts ein verschuldensunabhängiger Anspruch zu, der im Rahmen der Grundschuldbestellung problemlos an die Bank als weitere Sicherheit abgetreten werden kann. Als Alternative oder Ergänzung hierzu kann der Obererbbauberechtigte auch *seinen* Anspruch aus § 32 ErbbauVO an den Untererbbauberechtigten abtreten[52], der ihn sodann weiter an die Bank abtritt. Eine dingliche Sicherung dieser Ansprüche scheint entbehrlich.

Auf diesem Weg kann eine ausreichende Absicherung der Grundpfandrechtsgläubiger erreicht werden. so daß im Ergebnis die volle Beleihbarkeit des Untererbbaurechts gegeben ist.

Der weitere Vorschlag der Banken[53], eine Vereinbarung zu treffen, wonach sich der Obererbbauberechtigte verpflichtet, beim Erlöschen des Untererbbaurechts die daran lastenden Grundpfandrechte am Obererbbaurecht neu zu bestellen (ggf. bereits durch Vormerkung gesichert), verstößt gegen Art. 72 Abs. 3 BayGO und ist nicht gangbar. Gleiches gilt für die Idee, der Grundstückseigentümer solle beim Heimfall/ Erlöschen des Obererbbaurechts dem Untererbbaurechtigten ein eigenes – originäres – Erbbaurecht bestellen; wenn sich der Eigentümer hierauf einläßt, ist das Untererbbaurecht ohnehin von Anfang an unnötig.

Die Höhe der Beleihbarkeit richtet sich – wie bei Erbbaurechten üblich – nach den Entschädigungssätzen beim Heimfall, so daß bei Wohngebäuden eine Beleihbarkeit von in der Regel 66 2/3% erzielbar ist. Bei entsprechender Bonität des Kunden waren im Einzelfall aber auch Beleihungen von 80% und sogar 100% möglich. Allerdings gibt es auch Banken, die wegen der spezifischen Restrisiken beim Untererbbaurecht nur bis zu 50% beleihen wollen. Bei entsprechender Konkurrenzsituation am Ort wird sich diese Einstellung zwar nicht durchsetzen, jedoch kann sich im Einzelfall die Beleihung eines Untererbbaurechts als problematisch darstellen.

VI. Fazit

Das Untererbbaurecht stellt für manche Sonderfälle der Kautelarpraxis ein Instrument dar, den Interessen aller Beteiligter gerecht zu werden. Bei der Vertragsgestaltung sind beide Erbbaurechtsverträge aufeinander abzustimmen, was z.T. erhebliche Korrekturen an den üblichen Erbbaurechtsvertragsmustern erforderlich macht. Bei entsprechender vertraglicher Gestaltung ist auch die Beleihbarkeit des Untererbbaurechts gegeben. Allerdings kommen in praxi als Obererbbauberechtigte ausschließlich juristische Personen des öffentlichen Rechts in Frage.

Einige Probleme des Untererbbaurechtsverhältnisses sind noch nicht abschließend gelöst, so daß sich manche Vereinbarungen als unwirksam herausstellen könnten: der Ausschluß des § 139 BGB darf daher in keinem Untererbbaurechtsvertrag fehlen.

---

[48] Der Verfasser hat bei der Durchführung von Untererbbaurechtsverträgen mehrere große Banken angeschrieben und jeweils Stellungnahmen der Rechtsabteilungen erhalten. Eine Bank hat die Beleihbarkeit grundsätzlich abgelehnt, die anderen sahen bei Beachtung gewisser Punkte – dazu sogleich im Text – die Beleihbarkeit durchaus als gegeben an. Bei vernünftiger Vertragsgestaltung dürfte ein Untererbbaurecht sonach nicht an der Beleihbarkeit scheitern.

[49] Denkbar allenfalls noch große Industrieunternehmen oder Banken, insbesondere, wenn eine konzernmäßige Verbundenheit mit dem Grundstückseigentümer und/oder dem Untererbbauberechtigten besteht.

[50] Die Abtretbarkeit des Anspruchs aus § 32 ErbbauVO folgt allgemeinen Regeln, vgl. BGH NJW 1976, S. 895. Anders bei § 27 ErbbauVO.

[51] Im Obererbbaurechtsvertrag ist klarzustellen, daß die aufgrund dieser Vereinbarung an den Untererbbauberechtigten gezahlten Beträge im Rahmen der Vergütung nach § 32 ErbbauVO zu berücksichtigen sind.

[52] So *Staudinger/Ring*, § 11, Rdnr. 12.

[53] Dazu auch *von Oefele/Winkler*, Rdnr. 3.33. Er übersieht aber das Problem, daß Obererbbauberechtigter in der Regel eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist. Weitere Vorschläge bei *Staudinger/Ring*, § 11, Rdnr. 12.

„Vorbefassung“ des hauptberuflichen Notars?

Von Notarassessor *Dr. Hansjörg Heller*, München,
und Notar a.D. *Dr. Hans-Joachim Vollrath*, München

Am 8.9.1998 trat das Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze (BGBl I 2585 ff.) in Kraft. Dieses Gesetz beinhaltet neben zahlreichen Änderungen im Bereich der Bundesnotarordnung[1] unter anderem auch weitreichende Ergänzungen des Beurkundungsgesetzes[2].

Dieser Beitrag befaßt sich ausschließlich mit dem neu in das Beurkundungsgesetz eingefügten Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 und der Frage- und Dokumentationspflicht des § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG n.F. Dieser Vorschrift zufolge soll ein Notar an einer Beurkundung nicht mitwirken, wenn es sich handelt um Angelegenheiten einer Person, für die der Notar außerhalb seiner Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war oder ist, es sei denn, diese Tätigkeit wurde im Auftrag aller Personen ausgeübt, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen. Der Tätigkeit des Notars steht diejenige einer Person gleich, mit der er sich zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG n.F. hat der Notar vor Beurkundung nach einer Vorbefassung im Sinn der Nummer 7 des § 3 Abs. 1 Satz 1 zu fragen und in der Urkunde die Antwort der Beteiligten zu vermerken.

Zum besseren Verständnis dieser weitreichenden und – jedenfalls für den hauptberuflichen Notar – auf den ersten Blick überraschenden Vorschrift soll zunächst die Entstehungsgeschichte dieser Regelung näher betrachtet werden. Anschließend kann beurteilt werden, ob diese Vorschriften für den hauptberuflichen Notar Anwendung finden.

I. Entstehungsgeschichte

1. Vorschläge der Bundesnotarkammer vom 28.1.1993

Diese Vorschläge der Bundesnotarkammer an das Bundesministerium der Justiz zur Neufassung des § 3 BeurkG sahen vor, daß ein Notar an einer Beurkundung nicht mitwirken soll, wenn es sich handelt um Angelegenheiten einer Person, für die der Notar in *parteilicher Interessenwahrnehmung* tätig ist oder gewesen ist. Dem Notar sollte eine Person gleichstehen, mit der er sich zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat. Ziel der Regelung war es, den Gefährdungen der notariellen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, die sich aus den heutigen Organisationsformen der beruflichen Zusammenarbeit im Anwaltsnotariat ergeben, entgegenzuwirken.

2. Arbeitsvorschläge des Bundesministeriums der Justiz vom 30.12.1994

Die Arbeitsvorschläge des Bundesministeriums der Justiz vom 30.12.1994 übernahmen das Tatbestandsmerkmal der „parteilichen Interessenwahrnehmung“ nicht. Um gleichwohl die vorherige Tätigkeit des Anwalts und/oder Steuerberaters als Ausschlußgrund für ein Tätigwerden des Notars festzuschreiben, wurde statt der von der Bundesnotarkammer vorgeschlagenen positiven Formulierung der umgekehrte Weg beschritten. Ausschlußgrund sollte *jede* vorherige Tätigkeit in derselben Angelegenheit, ausgenommen eine notarielle Tätigkeit sein. In diesem Sinne ist in der Begründung zu diesem Arbeitsvorschlag ausgeführt, daß „eine etwaige vorsorgende Rechtsbetreuung durch den Anwaltsnotar nicht von dem Verbot erfaßt wird.“

Beispiel:

V bittet den hauptberuflichen Notar N in München darum, einen Entwurf für den Verkauf einer Eigentumswohnung an den Interessenten A zu erstellen. Nach Übersendung des Entwurfes zerschlägt sich der Verkauf. Ein halbes Jahr später soll N den Verkauf dieser Eigentumswohnung an den Interessenten B beurkunden. Ist N an der Beurkundung gehindert?

Ergebnis:

Nein, da N zwar in „derselben Angelegenheit“ (Verkauf der Eigentumswohnung) bereits tätig war, jedoch als Notar, d.h. nicht außerhalb seiner Amtstätigkeit.

Abwandlung:

V bittet den Steuerberater S in München um Klärung der steuerlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Verkauf der im Betriebsvermögen gehaltenen Eigentumswohnung. Interessent B in Frankfurt besteht darauf, daß der Kauf der Eigentumswohnung an seinem Wohnort beurkundet wird. Darf der mit S überörtlich soziierte Notar AN in Frankfurt beurkunden?

Ergebnis:

Nein, da S in „derselben Angelegenheit“ (Verkauf der Eigentumswohnung) bereits tätig war und diese Tätigkeit nicht als Notar vorgenommen hat, die Tätigkeit mithin außerhalb der Amtstätigkeit erfolgte. Hätte der Notar selbst die steuerlichen Fragen ohne Einschaltung von S geklärt (vgl. § 4 Nr. 1 StBerG i.V.m. § 24 BNotO), dürfte er beurkunden; V hätte Beratungskosten gespart.

Ferner enthielten die Arbeitsvorschläge erstmals die Pflicht des Notars, nach einer Vorbefassung zu fragen. Es sollte dem bisherigen § 3 Abs. 1 BeurkG folgende Nummer 6 angefügt werden:

„6. Angelegenheiten einer Person, für die der Notar außerhalb seiner Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits beruflich, geschäftlich oder in sonstiger Weise tätig geworden ist. Dem Notar steht eine Person gleich, mit der er sich zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder

[1] Vgl. hierzu *Vaasen/Starke*, Zur Reform des notariellen Berufsrechts, DNotZ 1998, 661 ff. und *Eylmann*, Bewegung im Berufsrecht der Notare, NJW 1998, 2229 ff.

[2] Siehe hierzu ebenfalls *Vaasen/Starke* a.a.O. und *Eylmann* a.a.O. sowie zu § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG n.F.: *Wagner*, DNotI-Report 1998, Heft 18, S. 184 und zu § 17 Abs. 2a BeurkG n.F.: *Brambring*, DNotI-Report 1998, Heft 18, 184 ff.

mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat oder hatte. Der Notar soll vor der Beurkundung nach einer Vorbefassung im Sinn von Satz 2 fragen und in der Urkunde vermerken, daß dies geschehen ist."

In dieser Fassung bezog sich die Fragepflicht also nur auf eine Vorbefassung der mit dem Notar beruflich verbundenen Personen.

3. Vorentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 26.7.1995

Im Vorentwurf wurde die detaillierte Beschreibung des Tätigwerdens des Notars („beruflich, geschäftlich oder in sonstiger Weise") nicht übernommen. Ferner wurde die Pflicht des Notars begründet, auch die Antwort auf die Frage nach einer Vorbefassung in der Urkunde zu vermerken. Außerdem sollte die Fragepflicht des Notars ausweislich der amtlichen Begründung durch eine neue Formulierung („hat" statt „soll") „verstärkt" werden. Beibehalten wurde dagegen die Regelung, daß – wie bereits in den Arbeitsvorschlägen vorgesehen – nur nach einer Vorbefassung des Sozius' gefragt werden mußte. Die Vorbefassungsregelung hatte im Vorentwurf folgenden Wortlaut:

> „7. Angelegenheiten einer Person, für die der Notar außerhalb seiner Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war oder ist. Dem Notar steht eine Person im Sinne von Nummer 6 *(= Person, mit der er sich zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder gemeinsame Geschäftsräume hat oder hatte/d.A.)* gleich. Der Notar hat vor der Beurkundung nach einer Vorbefassung dieser Person zu fragen und in der Urkunde die Antwort zu vermerken."

4. Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21.3.1996

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21.3.1996 (BT-Drs. 13/4184) sah demgegenüber folgende Regelung vor:

> „7. Angelegenheiten einer Person, für die der Notar außerhalb seiner Amtstätigkeit oder eine Person im Sinne der Nummer 4 *(= Person, mit der er sich zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder gemeinsame Geschäftsräume hat oder hatte/d.A.)* in derselben Angelegenheit bereits tätig war oder ist."

Außerdem sollte folgender Satz 3 angefügt werden:

> „Der Notar hat vor der Beurkundung nach einer Vorbefassung im Sinne der Nummer 7 zu fragen und in der Urkunde die Antwort zu vermerken."

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung beschränkte also seinem Wortlaut nach die Fragepflicht des Notars nicht mehr auf den Sozius. Gleichwohl heißt es in der amtlichen Begründung zu dieser Bestimmung[3]:

> „Durch die in dem neuen Satz 3 vorgesehene Pflicht, nach einer etwaigen Vorbefassung im Sinne der Nummer 7 zu fragen und dies sowie die Beantwortung in der Urkunde zu dokumentieren, wird dem *in einer beruflichen Verbindung* tätigen Notar die Bedeutung dieses Mitwirkungsverbots in besonderer Weise bewußt gemacht..."

Inhaltlich war daher mit der geänderten Formulierung keine Änderung beabsichtigt.

[3] BT-Drs. 13/4184 S. 37.

5. Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses vom 5.5.1998 und Gesetzestext

Die Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses vom 17.6.1998 (BT-Drs. 13/11034), die im Hinblick auf die Vorbefassungsregelung wörtlich mit dem späteren Gesetzestext übereinstimmt, beschränkte § 3 Abs. 1 Satz 1 Nummer 7 BeurkG auf die Fälle vorangegangener parteilicher Interessenwahrnehmung[4]. Die Vorbefassungsregelung erhielt folgenden Wortlaut:

> „7. Angelegenheiten einer Person, für die der Notar außerhalb seiner Amtstätigkeit oder eine Person im Sinne der Nummer 4 *(= Person, mit der sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat. Die Vergangenheitsform des Regierungsentwurfs entfiel/d.A.)* außerhalb ihrer Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war oder ist, es sei denn, diese Tätigkeit wurde im Auftrag aller Personen ausgeübt, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen."

§ 3 Abs. 1 Satz 3 des Regierungsentwurfs (Fragepflicht des Notars) wurde zu § 3 Abs. 1 Satz 2. Der Wortlaut blieb unverändert.

Entsprechend der Motivlage des Gesetzgebers nennt die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs vom 21.3.1996[5] als Beispielsfälle für eine Vorbefassung außerhalb der Amtstätigkeit ausschließlich die Tätigkeit als Rechtsanwalt oder Steuerberater. Im gleichen Sinn beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nummer 7 BeurkG auch nach der Begründung der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses auf Fälle parteilicher Interessenwahrnehmung.

II. Die „Vorbefassung" des hauptberuflichen Notars i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG

Die Entstehungsgeschichte des neuen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG läßt also erkennen, daß die Vorschrift nur denjenigen Notar erfassen soll, der (bzw. dessen Sozien) noch weitere Berufe, besonders den des Anwalts oder des Steuerberaters ausübt[6]. Beim hauptberuflichen Notar ist diese Voraussetzung nicht gegeben, da Fälle von Parteilichkeit oder auch nur des Anscheins derselben aufgrund einer *anderweitigen* beruflichen Befassung mit einer Angelegenheit von vornherein ausgeschlossen sind. Den unabhängig von einer *anderweitigen* beruflichen Befassung auch beim hauptberuflichen Notar denkbaren Gefährdungen seiner Unparteilichkeit wird durch § 14 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Satz 2, § 16 Abs. 2 BNotO Rechnung getragen.

Daß der hauptberufliche Notar nicht Adressat des neuen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG ist, spiegelt sich im Wortlaut der Vorschrift allerdings nur unzureichend wider. Dort ist – wie im BeurkG üblich – nur vom „Notar" die Rede. Daß hiermit nur der Anwaltsnotar gemeint ist, läßt sich allenfalls daraus schließen, daß Nr. 7 eine Beurkundungstätigkeit nur dann verbietet, wenn der Notar oder eine Person im Sinne der Nr. 4 *außerhalb* der jeweiligen Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war. Dem hauptberuflichen Notar soll also eine Beurkundungstätigkeit nicht versagt sein, wenn er in derselben Angelegenheit bereits als Notar tätig war.

[4] Vgl. amtliche Begründung BT-Drs. 13/11034, S. 58.

[5] BT-Drs. 13/4184, S. 36.

[6] Vgl. die amtliche Begründung, BT-Drs. 13/4184, S. 36 r.Sp.

Zur Reichweite dieser tatbestandlichen Einschränkung in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG ist festzuhalten, daß die Amtstätigkeit des Notars neben der Beurkundungstätigkeit gemäß § 24 BNotO in weitem Umfang beratende (z.B. Entwurfsfertigung), steuerberatende (§ 4 Nr. 1 StBerG) und betreuende Tätigkeiten umfaßt, wie sie auch ein Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer erbringen könnte[7]. Ein derartiges Tätigwerden schließt den hauptberuflichen Notar aufgrund der tatbestandlichen Einschränkung des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG – entgegen der Begründung zu den Arbeitsvorschlägen (oben I 2) jedoch regelmäßig den Anwaltsnotar, vgl. § 24 Abs. 2 Satz 2 BNotO – daher *nicht* von einer späteren Beurkundungstätigkeit aus[8].

Weitergehend zielt das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG jedoch insgesamt am hauptberuflichen Notar vorbei. Grund hierfür ist, daß die Vorschrift keine der auch beim hauptberuflichen Notar vorstellbaren außeramtlichen Tätigkeiten erfaßt. Diese sind sämtlich entweder durch andere Mitwirkungsverbote abgedeckt, oder sie fallen aus dem Anwendungsbereich der generalisierenden Mitwirkungsverbote des BeurkG heraus[9]. Dies wird nachfolgend näher untersucht und begründet.

Genehmigungsfreie Nebentätigkeiten des Notars nach § 8 Abs. 4 BNotO stellen zwar Tätigkeiten des Notars außerhalb seiner Amtstätigkeit dar (sonst wären sie keine Nebentätigkeiten), sie werden aber nicht von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG erfaßt. Dies gilt für die Übernahme des Amtes als Testamentsvollstrecker oder Konkursverwalter, da diese Tätigkeiten schon nach bisherigem Recht als eigene Angelegenheiten des Notars unter § 3 Abs. 1 Satz 1 **Nr. 1** BeurkG fielen[10], der Notar somit von der Beurkundung für die Dauer der Testamentsvollstreckung oder Konkursverwaltung ausgeschlossen war. Die Amtsstellung des Testamentsvollstreckers und Konkursverwalters garantiert seine Unabhängigkeit gegenüber den an der Ausübung des jeweiligen Amtes interessierten Personen, seien dies die Erben, der Gemeinschuldner oder die Gläubiger. Damit ist es ausgeschlossen, derartige Tätigkeiten zugleich unter die fremdnützigen Tätigkeiten im Sinn der Nr. 7 zu fassen. Gleiches gilt für die nunmehr in § 8 Abs. 4 BNotO neu eingefügte Möglichkeit der genehmigungsfreien Übernahme des Schiedsrichter*amtes* (vgl. zum Amtscharakter nur den Wortlaut des § 1036 Abs. 1 ZPO); auch hier handelt es sich nicht um ein fremdnütziges Tätigwerden, sondern um eine gerade wegen ihrer unabhängigen Ausgestaltung aufgrund der ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers mit dem Notaramt vereinbare Tätigkeit[11]. Auch sie fällt unter Nr. 1, wird somit von Nr. 7 nicht erfaßt.

Auch die genehmigungsfreie Tätigkeit als Vormund fällt nicht unter Nr. 7, da sie als Fall der gesetzlichen Vertretungsmacht (§ 1793 BGB) bereits von **Nr. 5** erfaßt wird.

Die weiteren genehmigungsfreien Nebentätigkeiten (wissenschaftliche, künstlerische oder Vortragstätigkeit, vgl. § 8 Abs. 4 BNotO) befassen sich schon begrifflich nicht mit Angelegenheiten einer fremden Person.

Genehmigungspflichtige Nebentätigkeiten des Notars sind im Falle des § 8 Abs. 3 Satz 1 **Nr. 2** BNotO entweder von § 3 Abs. 1 Satz 1 **Nr. 6** BeurkG (Zugehörigkeit zu einem vertretungsberechtigten Organ) erfaßt, oder sie sollten nach dem Willen des Gesetzgebers überhaupt nicht mit einem generalisierenden beurkundungsrechtlichen Mitwirkungsverbot belegt werden (Zugehörigkeit zu einem Aufsichtsorgan, Beirat o.ä.)[12]. Unberührt hiervon bleibt die Möglichkeit der Aufsichtsbehörde, in derartigen Fällen im Wege der Auflage ein *nebentätigkeitsrechtliches Mitwirkungsverbot* zu statuieren[13].

Genehmigungspflichtige Nebentätigkeiten des hauptberuflichen Notars nach § 8 Abs. 3 Satz 1 **Nr. 1** BNotO haben einerseits das Verbot des § 8 Abs. 2 BNotO zu beachten, wonach der Notar keinen anderen Beruf ausüben darf. Eine außeramtliche berufliche Betätigung des Notars ist daher von vornherein ausgeschlossen. Andererseits sind sie nur genehmigungsfähig, soweit Kollisionen mit notariellen Amtspflichten ausgeschlossen sind. Zu diesem Zweck sehen § 8 Abs. 3 Sätze 2 bis 4 BNotO nunmehr entsprechend der bisherigen Praxis[14] vor, daß Auflagen verhängt werden können, soweit diese erforderlich sind, um Gefährdungen der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit vorzubeugen. Ebenso wie in Fällen der Aufsichtsratstätigkeit kommt auch hier die Auflage, sich jeglicher Beurkundungstätigkeit mit Bezug zu der Nebentätigkeit zu enthalten, in Betracht[15]. Dieses *nebentätigkeitsrechtliche Mitwirkungsverbot* ist mit Blick auf die Amtstätigkeit des Notars ausreichend, um die Einhaltung der Amtspflichten zu sichern. Das beurkundungsrechtliche Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG hat vor diesem Hintergrund auch insoweit keinen Anwendungsbereich.

Eine Tätigkeit des hauptberuflichen Notars *außerhalb der Amtstätigkeit und außerhalb der genehmigungspflichtigen sowie der genehmigungsfreien Nebentätigkeiten* ist nur unter zwei Gesichtspunkten denkbar: zum einen als private Raterteilung, zum anderen mit Blick auf Tätigkeiten *vor* Verleihung des Notaramtes.

Die private Raterteilung etwa gegenüber Verwandten oder Freunden ist beim hauptberuflichen Notar ebenso wie beim Anwaltsnotar aus dem Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG auszunehmen; der Anwendungsbereich der Nr. 7 ist nur eröffnet, soweit es sich um Tätigwerden mit einer gewissen Außenwirkung handelt[16]. Gegenstand der be-

---

[7] Hiervon geht ausdrücklich auch die amtliche Begründung aus, BT-Drs. 13/4184, S. 36 r.Sp.

[8] Allerdings muß auch der hauptberufliche Notar aufgrund der Änderung in § 16 BNotO nunmehr die übrigen Mitwirkungsverbote im Rahmen *jeglicher* Amtstätigkeit beachten. Künftig ist also z.B. auch die Entwurfsfertigung in einer Angelegenheit der Sozius verboten.

[9] Dem Novellengesetzgeber war klar, daß die generalisierenden Mitwirkungsverbote nicht jede denkbare Gefährdungslage erfassen können und infolge des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes auch nicht erfassen dürfen, vgl. die amtliche Begründung der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses vom 17.6.1998, BT-Drs. 13/11034, S. 58.

[10] Vgl. nur *Keidel/Kuntze/Winkler,* BeurkG, 13. Aufl. 1997, § 3 Rdnr. 19.

[11] Zur Unabhängigkeit als entscheidendem Kriterium vgl. die amtliche Begründung des RegE BT-Drs. 13/4184, S. 22 l.Sp.

[12] Vgl. die amtliche Begründung der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses vom 17.6.1998, BT-Drs. 13/11034, S. 58.

[13] Im Zusammenhang mit der Aufsichtsrats-/Beiratstätigkeit BGH DNotZ 1969, 312 (316), *Seybold/Schippel,* BnotO, 6. Aufl. 1995, § 8 Rdnr. 30.

[14] Zur Anlehnung an die bisherige Praxis vgl. die amtliche Begründung zum RegE, BT-Drs. 13/4184, S. 22 l.Sp.

[15] Vgl. für die Mitgliedschaft im Aufsichtsorgan BGH DNotZ 1969, 312 (316), *Seybold/Schippel,* BNotO, 6. Aufl. 1995, § 8 Rdnr. 30.

[16] Die amtliche Begründung zum RegE BT-Drs. 13/4184, S. 37 l.Sp. nennt zur Abgrenzung den Fall, daß der Anwaltsnotar zwar als Notar beauftragt ist, zur Klärung etwa einer steuerlichen Frage jedoch intern Rücksprache mit dem soziierten Steuerberater nimmt und lehnt für diesen Fall ein Eingreifen des Mitwirkungsverbots der Nr. 7 ab.

urkundungsrechtlichen Mitwirkungsverbote ist die Privatsphäre des Notars nur nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 BeurkG.

Tätigkeiten *vor* der Ernennung zum Notar sind zwar beim hauptberuflichen Notar durchaus denkbar, etwa als Nebentätigkeiten während des juristischen Vorbereitungsdienstes in abhängiger Stellung (z.B. in der Rechtsabteilung eines Unternehmens, bei einem Rechtsanwalt oder einem Steuerberater) oder die selbständige Tätigkeit als Rechtsanwalt vor der Übernahme in den Anwärterdienst[17]. Sie sind jedoch aus dem Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG ebenfalls ausgenommen, da es sich um in der Vergangenheit liegende Sachverhalte handelt. Zwar bezieht Nr. 7 auch die in der Vergangenheit liegende Vorbefassung ein; Grund hierfür ist es jedoch, „willkürliche Mandatsniederlegungen" mit dem Ziel der Umgehung eines rein gegenwartsbezogenen Beurkundungsverbots auszuschließen[18]. Derartige Umgehungsversuche sind im Bereich des hauptberuflichen Notariats ausgeschlossen, so daß auch insoweit das beurkundungsrechtliche Mitwirkungsverbot Nr. 7 nicht einschlägig ist. Unberührt bleiben auch hier die Befangenheitsvorschrift des § 16 Abs. 2 sowie das Tätigkeitsverbot des § 14 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 BNotO.

Zwischenergebnis:
Tätigkeiten „außerhalb der Amtstätigkeit" sind beim hauptberuflichen Notar abschließend von anderen beurkundungsrechtlichen Mitwirkungsverboten oder aber von nebentätigkeitsrechtlichen Mitwirkungsverboten erfaßt. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG hat beim hauptberuflichen Notar keinen Anwendungsbereich.

III. Erforschung der „Vorbefassung" gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG

Vom Mitwirkungsverbot als solchem zu unterscheiden ist die andere Neuregelung zum Thema „Vorbefassung". § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG ordnet an, daß der Notar vor der Beurkundung nach einer Vorbefassung im Sinne der Nummer 7 zu fragen hat und das Ergebnis der Befragung in der Urkunde zu vermerken hat. Den Notar trifft also (a) eine Erforschungspflicht und (b) eine Dokumentationspflicht.

Wie schon beim Mitwirkungsverbot, so spiegelt sich auch hier die Intention des Gesetzgebers im Wortlaut der Vorschrift nicht vollständig wider. Dies betrifft zunächst die Unterscheidung zwischen der eigenen Vorbefassung des Notars und derjenigen seiner Sozien. Aus der Entstehungsgeschichte ist klar erkennbar (vgl. oben I.), daß die Erforschungspflicht nur die mögliche Vorbefassung von mit dem Notar beruflich verbundenen Personen betreffen sollte. Dies kommt aufgrund der zahlreichen Fassungsänderungen der Vorschrift im Verlauf des Entwurfs- und des Gesetzgebungsverfahrens nicht mehr klar zum Ausdruck, ist aber schon aus rein praktischen Erwägungen evident: als Beleg hierfür mögen neben der unmißverständlichen amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs[19] die Erfahrungsberichte derjenigen Notare dienen, die in den ersten Wochen nach Inkrafttreten aus einer verständlichen Unsicherheit über die Reichweite der Regelung heraus den Versuch einer Erforschung ihrer eigenen Vorbefassung unternommen haben: Die Reaktionen der Beteiligten reichen vom verständnislosen Blick über – in Abhängigkeit von der vermuteten Pensionsreife des Amtsträgers graduell unterschiedliche – Mitleidsbezeugungen („Ja Herr Notar, wenn Sie schon *das* selber nicht mehr wissen..."), bis hin zum (kollegialen) Gelächter von Vertretern befreundeter rechtsberatender Berufe angesichts der Blüten, die das notarielle Streben nach Richtigkeitsgewähr so treibt.

Vor diesem Hintergrund sollte klar sein, daß § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG auf den Einzelnotar – sei dies ein zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellter Notar oder ein Anwaltsnotar – keine Anwendung findet. Die Anwendung von Satz 2 auf den in einer Einzelpraxis tätigen Berufsträger würde der Lächerlichkeit preisgegeben. Dieses Ergebnis kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Weitergehend – und hier trennt sich der Weg des hauptberuflichen Notars von demjenigen des Anwaltsnotars – trifft Satz 2 aber auch den in einer Berufsverbindung tätigen Nurnotar zumindest solange nicht, wie die Bundesnotarordnung eine Berufsverbindung mit anderen Berufen als dem des Notars (vgl. § 9 Abs. 1 BNotO) nicht vorsieht. Anders als beim Anwaltsnotar ist eine „Vorbefassung" des hauptberuflichen Notars im Sinne der Nr. 7 nicht denkbar (oben II). Ihn trifft – anders als den Anwaltsnotar – insoweit kein generalisierendes Mitwirkungsverbot. Es verbleibt bei den sonstigen berufs- und beurkundungsrechtlichen Tätigkeits- bzw. Mitwirkungsverboten.

Konsequenz der insoweit unterschiedlichen Anforderungen an den hauptberuflichen Notar und an den Anwaltsnotar ist ein unterschiedliches Erscheinungsbild notarieller Urkunden aus dem Bereich der jeweiligen Notariatsverfassung. Für das rechtsuchende Publikum wird dies besonders augenfällig am Beglaubigungsvermerk, der im Bereich des Anwaltsnotariats ebenfalls der Pflicht aus § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG Rechnung tragen muß. Um insoweit der Verwirrung auf Seiten der Verwender und Empfänger notarieller Urkunden vorzubeugen, wäre eine Klarstellung der unter IV zusammengefaßten Ergebnisse in der DONot zweckmäßig. Dies würde einerseits Fehlinterpretationen auf Seiten der Aufsichtsbehörden vorbeugen, andererseits die Gründe für das unterschiedliche Erscheinungsbild von Urkunden aus dem Bereich des hauptberuflichen Notariats und Urkunden aus dem Bereich des Anwaltsnotariats dokumentieren.

IV. Ergebnis

Den hauptberuflichen Notar trifft die Pflicht aus § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG nicht, da bei ihm jede Möglichkeit einer „Vorbefassung" im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG ausgeschlossen ist.

Ebensowenig trifft die Pflicht aus § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG den nicht in einer Berufsverbindung i.S.d. § 9 BNotO tätigen Anwaltsnotar.

---

[17] Aufgrund des in Bayern praktizierten Prüfungsjahrgangsprinzips sind derartige Fälle in Bayern zwar fast nicht anzutreffen, außerhalb Bayerns erfolgt die Übernahme in den Anwärterdienst jedoch regelmäßig *nicht* unmittelbar im Anschluß an das Zweite Juristische Staatsexamen.

[18] Vgl. die amtliche Begründung zum RegE, BT-Drs. 13/4184, S. 36 r.Sp.

[19] BT-Drs. 13/4184, S. 37 l.Sp.

Das Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz (MHbeG) im Überblick

von Notar *Prof. Dr. Wolfgang Reimann,* Passau

I. Ausgangssituation

Das Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger (MHbeG) vom 25.8.1998[1] tritt am 1.1.1999 in Kraft. Auslöser für ein langwieriges Gesetzgebungsverfahren und das jetzt verabschiedete Gesetz war der Beschluß des BVerfG vom 13.5.1986[2], wonach es mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sei, daß *Eltern* im Zusammenhang mit der Fortführung eines zu einem Nachlaß gehörenden Handelsgeschäftes *ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung* zu Lasten ihrer Kinder Verbindlichkeiten eingehen können, die über deren Haftung mit dem ererbten Vermögen hinausgehen. Die Entscheidung des BVerfG wurde seinerzeit als „Sensation" empfunden.[3]

II. Gesetzgeberische Konzeption

1. Der Gesetzgeber hatte die Wahl, dem in den bisherigen §§ 1629 Abs. 1, 1643 Abs. 1 BGB liegenden Verfassungsverstoß entweder

– durch Ausweitung des Katalogs der genehmigungspflichtigen Geschäfte oder aber

– durch Einführung einer Möglichkeit zur Beschränkung der Haftung des Minderjährigen für die durch seinen gesetzlichen Vertreter begründeten Verbindlichkeiten

zu beheben.

Der Gesetzgeber hat sich für die *zweite* Variante entschieden. Der Katalog der genehmigungspflichtigen Tatbestände wurde *nicht* ausgeweitet.

Die gewählte Lösung geht über den vom BVerfG erteilten Auftrag hinaus, nämlich insoweit, als

a) in die Haftungsbeschränkung auch Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die *sonstige* vertretungsberechtigte Personen für das Kind eingehen, einbezogen werden,

b) sowie solche, zu denen die Eltern die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erhalten haben,

c) ferner Verbindlichkeiten, die aufgrund eines während der Minderjährigkeit erfolgten Erwerbs von Todes wegen angefallen sind.

2. Die Haftungsbeschränkung wurde durch folgende gesetzgeberische Maßnahmen realisiert:

a) Dem volljährig Gewordenen wird die Möglichkeit eingeräumt, sich auf die Beschränkung seiner Haftung zu berufen. Tut er dies, dann sind die Rechtsfolgen der §§ 1990, 1991 BGB gegeben (Modell der beschränkten Erbenhaftung). Durch die Verweisung auf § 1990 BGB wird dem volljährig Gewordenen die sog. Erschöpfungseinrede gewährt. Er kann die Befriedigung eine Altgläubigers insoweit verweigern, als der Bestand des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens nicht ausreicht; das Gesetz greift somit die vom BVerfG erwähnte Regelungsmöglichkeit, die Minderjährigen „nicht über den Umfang des ererbten Vermögens hinaus zu Schuldnern werden zu lassen" (BVerfG MittBayNot 1986, 187, 190) nicht auf, es haftet also den Altgläubigern das gesamte bei Volljährigkeit vorhandene Vermögen, nicht nur das geerbte. Die Verweisung auf § 1991 BGB bewirkt u.a., daß der volljährig Gewordene, wenn er von seinem Recht zur Haftungsbeschränkung Gebrauch macht, den Gläubigern für die Verwaltung des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens wie ein Beauftragter verantwortlich ist (§§ 1991 Abs. 1, 1978 Abs. 1, 662 ff. BGB). Er haftet also für die ordnungsgemäße Verwaltung und Erhaltung des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens (§§ 662, 276 BGB) und ist auf Verlangen verpflichtet, Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen (§ 666 BGB). Von einer Erweiterung der Verweisung auf die §§ 1993 ff. BGB mit der Folge, daß der volljährig Gewordene zur Inventarerrichtung verpflichtet wäre, wurde im Gesetz abgesehen.

b) Der volljährig Gewordene hat darüberhinaus künftig auch das Recht, aus einer Personengemeinschaft auszuscheiden oder seine bisherige Position im Geschäftsleben aufzugeben. Dies wurde durch die Einführung eines außerordentlichen Kündigungsrechtes des volljährig Gewordenen verwirklicht. Gesetzestechnisch wurde das außerordentliche Kündigungsrecht des volljährig Gewordenen in § 723 Abs. 1 BGB eingefügt. Es gilt über §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB auch für OHG und KG.

c) Die Minderjährigkeit eines Einzelkaufmanns oder eines persönlich haftenden Gesellschafters ist eine rechtserhebliche Tatsache des Handelsverkehrs. Sie ist demgemäß in das Handelsregister einzutragen. Sondervorschriften wurden insoweit nicht mehr erlassen, da nach dem am 1.7.1998 in Kraft getretenen Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998[4] ohnehin ab 1.1.1999 das Geburtsdatum eingetragen wird (§ 24 Abs. 1 Handelsregisterverfügung).

III. Beurteilung

1. Wichtig ist für die notarielle Praxis zunächst einmal, daß der Gesetzgeber am bisherigen System der genehmigungspflichtigen Tatbestände nichts geändert hat. Das Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz tangiert also die Behandlung von Verträgen, die unter Einschluß von Minderjährigen abgeschlossen werden, zunächst nicht. Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß die Haftungsbeschränkungsmechanismen, die nunmehr gelten, auch Rechtsgeschäfte erfassen, die vormundschaftsgerichtlich genehmigt waren. Die Gründe, die das BVerfG in seinem Beschluß aufgeführt hat, sind aber im Genehmigungsverfahren zu beachten. Das Gericht hat in der Begründung übermäßiger Verpflichtungen zu Lasten des Minderjährigen eine Verletzung der Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG festgestellt. Diese Gesichtspunkte könnten über das, was der Gesetzgeber gemacht hat, weiterhin gültig sein und zu einer restriktiven Genehmigungspraxis führen. Hinzuweisen ist darauf, daß nach § 1643 Abs. 1 BGB in der Fassung des Kind-

[1] BGBl 1998 I. S 2487.

[2] MittBayNot 1986, 187.

[3] *K. Schmidt* BB 1986, 1238; *Laum/Dylla-Krebs,* FS Vieregge, 1995, 513.

[4] BGBl 1998 I, S. 1474.

schaftsrechtsreformgesetzes vom 16.12.1997[5] ab 1.7.1998 für die Genehmigung von Verträgen, die Eltern für ihre Kinder abschließen, nicht mehr das Vormundschaftsgericht, sondern das Familiengericht zuständig ist.

2. Das Kündigungsrecht des volljährig Gewordenen steht neben der Haftungsbeschränkung für Altverbindlichkeiten. Die Ausübung des Kündigungsrechtes ist nicht zur Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung gemacht worden. Die Haftungsbeschränkung bleibt auch möglich, wenn der volljährig Gewordene sein außerordentliches Kündigungsrecht nicht ausübt. Zu Gunsten der Gläubiger von Verbindlichkeiten aus derartigen Verhältnissen sind zwei Vermutungstatbestände vorgesehen (§ 1629 a Abs. 4 BGB): Hat das volljährige Mitglied einer Erbengemeinschaft bei der Gesellschaft nicht binnen drei Monaten nach Eintritt der Volljährigkeit die Auseinandersetzung des Nachlasses verlangt oder die Kündigung der Gesellschaft erklärt, ist im Zweifel anzunehmen, daß die aus einem solchen Verhältnis herrührende Verbindlichkeit *nach* dem Eintritt der Volljährigkeit entstanden ist. Dies gilt für den volljährig gewordenen Inhaber eines Handelsgeschäftes, der dieses nicht binnen drei Monaten nach der Volljährigkeit einstellt, in gleicher Weise. Unter den obigen Voraussetzungen wird auch vermutet, daß das gegenwärtige Vermögen des volljährig Gewordenen bereits bei Eintritt der Volljährigkeit vorhanden war.

3. Das Haftungsbeschränkungsmodell greift massiv in die Rechte vor allem der ungesicherten Gläubiger des Minderjährigen ein, es versagt ihnen den Zugriff auf das nach Eintritt der Volljährigkeit erworbene Vermögen. Die Einführung der Haftungsbeschränkung wirkt demnach ähnlich wie die in §§ 286 ff. InsO vorgesehene Restschuldbefreiung, indem sie dem Schuldner die Chance eines finanziellen Neubeginns gewährt. Nicht anders als bei Eintritt eines Erbfalls unter Einleitung haftungsbeschränkender Maßnahmen durch den Erben kommt es mit Eintritt der Volljährigkeit zu einer Zäsur mit entsprechender Trennung von Alt- und Neugläubigern.[6] Die Haftung des volljährig Gewordenen beschränkt sich nach § 1629 a Abs. 1 BGB auf den Bestand des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens des Kindes. Die Haftungsbeschränkung führt dazu, daß das Kind im ungünstigsten Fall bei Eintritt der Volljährigkeit kein Vermögen hat.

Es muß aus Sicht der Altgläubiger als widersprüchliches Verhalten erscheinen, wenn sich der volljährig Gewordene trotz Fortsetzung seines unternehmerischen Engagements auf die Haftungsbeschränkung berufen und damit die Altgläubiger auf das im Zeitpunkt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen verweisen kann.[7] Im Verhältnis zu den Altgläubigern wird schon nach allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung dem volljährig Gewordenen zuzumuten sein, bei Geltendmachung der Haftungsbeschränkung das Vorliegen einer Altverbindlichkeit und die Zugehörigkeit des Gegenstands der Zwangsvollstreckung zum Neuvermögen zu beweisen. Aus der Sicht der Neugläubiger kann die Regelung aber nicht befriedigen: Zu ihren Lasten wird vermutet, daß das Vermögen des volljährig Gewordenen Altvermögen ist und damit ein Zugriff auf dieses entsprechend § 784 Abs. 2 ZPO vom Schuldner abgewehrt werden kann.

4. Problematisch ist die Kumulierung des Minderjährigenschutzes vor allem im Bereich des Kapitalgesellschaftsrechtes. Die dem Minderjährigen, der sich mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes an der Gründung einer GmbH oder AG beteiligt hat, eingeräumte Möglichkeit der Haftungsbeschränkung kollidiert mit den Grundsätzen der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung. Die Gesellschaft als Gläubiger des Minderjährigen sieht sich um den Zugriff auf das Neuvermögen des volljährig Gewordenen gebracht und würde somit mit offenen Einlageforderungen oder Forderungen aus §§ 31, 32 a GmbHG, 32 a KO ausfallen, obschon das Vormundschafts- bzw. – nach dem 1.7.1998 – das Familiengericht der Gesellschaftsgründung zugestimmt hat.[8]

5. Fraglich ist, was gilt, wenn eine Gesellschaft ausschließlich aus minderjährigen Gesellschaftern bzw. Komplementären besteht. Es besteht hier die Gefahr, daß sämtliche Gesellschafter die Haftungsbeschränkung nach § 1629 a BGB geltend machen und der Gläubiger es somit mit einer Personengesellschaft ohne unbeschränkt haftende Person als Gesellschafter zu tun hat. Der Charakter der Gesellschaft als möglicherweise haftungsbeschränkte Gesellschaft ergibt sich dann lediglich aus den Geburtsdaten der Gesellschafter. Es wird wohl unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten zu fordern sein, einen die mögliche Haftungsbeschränkung andeutenden Zusatz entsprechend § 19 Abs. 5 HGB zu verlangen. Die Rechtsprechung hierzu bleibt abzuwarten.

6. Wichtig ist, daß nicht nur das Handeln der Eltern in die Regelung einbezogen wurde, sondern auch dasjenige sonstiger vertretungsberechtigter Personen im Rahmen ihrer Vertretungsmacht. Davon betroffen sind zunächst der Testamentsvollstrecker sowie Bevollmächtigte, darunter auch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte. Nach der Begründung des Regierungsentwurfes sollen darunter aber auch Mitgesellschafter fallen. Allerdings kann diese Regelung nicht die Haftung minderjähriger Gesellschafter in der OHG oder als Komplementär einer KG oder in einer Partnerschaft tangieren. Er haftet dort gemäß §§ 128, 161 Abs. 2 HGB, § 8 Abs. 1 PartGG kraft Gesetzes für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Von den Gesellschaftern (als organschaftliche Vertreter, anders als von Bevollmächtigten) wird die Gesellschaft, nicht der minderjährige Gesellschafter vertreten. § 1629 a BGB wirkt sich insoweit also nicht aus.

IV. Die Auswirkungen des außerordentlichen Kündigungsrechtes

1. Durch das vom Gesetzgeber – über die Haftungsbeschränkung hinaus – eingeführte außerordentliche Kündigungsrecht nach § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB ergibt sich für BGB-Gesellschaften und – über §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB – auch für die OHG und die KG eine mittelfristige, jedoch zeitlich absehbare Liquiditätsgefährdung, wenn der volljährig Gewordene von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht.

Das außerordentliche Kündigungsrecht des volljährig Gewordenen gefährdet auch schon in Kraft gesetzte Vertragsgefüge ganz erheblich: Das Kündigungsrecht gilt nicht nur dann, wenn ein Minderjähriger bewußt und gewollt – durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Verfügung von Todes wegen – in eine Gesellschaft aufgenommen wurde, es entfaltet Wirksamkeit auch dann, wenn der Minderjährige – kraft Erbrechtes – in die Gesellschaft nachgerückt ist, etwa als Gesamtrechtsnachfolger seiner Eltern. Damit kann sich eine ganz unerwünschte Kettenreaktion ergeben. Wenn ein Minderjähriger an einer Personengesellschaft beteiligt werden

---

[5] BGBl 1998 I, S. 2942.

[6] *Habersack/Schneider,* FamRZ 1997, 649, 650.

[7] *Habersack/Schneider,* a.a.O., 651; *M. Wolf* AcP 187 (1987), 319.

[8] *Habersack/Schneider,* a.a.O., 652.

soll, ist also künftig erhöhte Vorsicht geboten. Besonderes Augenmerk ist aber auch in allen anderen Fällen auf das Risiko zu legen, daß ein Minderjähriger kraft Erbrechtes in die Gesellschaft eintritt und dann als Volljähriger von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht.

2. Unter kautelarjuristischen Gesichtspunkten wird künftig noch mehr darauf zu achten sein, daß die in den Gesellschaftsverträgen enthaltenen Abfindungsklauseln umsichtig, also auch unter Berücksichtigung des nunmehr gegebenen außerordentlichen Kündigungsrechtes gestaltet werden. Dies gilt sowohl für den Abfindungsmaßstab als auch die zeitliche Streckung der Abfindungszahlung. Beim Abfindungsmaßstab ist in materieller Hinsicht darauf zu achten, daß er auch unter Berücksichtigung der gegenwärtig geltenden Rechtsprechung rechtswirksam ist.[9] Allerdings dürfte unter den Gesichtspunkten, die für den Erlaß des Gesetzes maßgebend waren, ein weiter Gestaltungsspielraum bestehen. Es soll sichergestellt werden, daß der volljährig Gewordene nicht mit seinem Vermögen, das er nach der Volljährigkeit erwirbt, für Altverbindlichkeiten weiter haftet. Ein Bestandsschutz für das Vermögen, das er vor der Volljährigkeit erworben hat, wird ihm nicht zuteil. Deshalb dürfte auch ein Abfindungsausschluß für den Fall der Kündigung nach § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB unbedenklich sein.

3. Fraglich ist, ob bei der Beteiligung Minderjähriger an Gesellschaften durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Verfügung von Todes wegen das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB in irgendeiner Weise beeinflußt werden kann.

Zu denken wäre insbesondere daran, den Erwerber mit der Auflage zu beschwerfen, das Kündigungsrecht nicht auszuüben, oder Rechtsfolgen an die Ausübung des Kündigungsrechtes zu knüpfen, vor allem dadurch, daß die Wahrnehmung des Kündigungsrechtes als auflösende Bedingung der Erbeinsetzung oder als Rückhol- oder Weiterleitungstatbestand ausgestaltet wird.

Das nunmehr dem volljährig Gewordenen zustehende außerordentliche Kündigungsrecht nach § 723 BGB ähnelt in seiner Struktur demjenigen nach § 139 HGB. Hiernach kann im Fall des Ablebens eines vollhaftenden Gesellschafters jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird; wird dieser Antrag von den übrigen Gesellschaftern nicht angenommen, so ist jeder Erbe befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären, also – im Sprachgebrauch des § 723 BGB – seine Beteiligung zu kündigen. Der Gesellschaftsvertrag kann dieses außerordentliche Kündigungsrecht nicht ausschließen (§ 139 Abs 5 HGB). Dies wird man auch für das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 723 BGB annehmen müssen. Für die Wahlmöglichkeit des § 139 HGB geht man aber davon aus, daß der Erblasser den Erben jederzeit durch letztwillige Verfügung zu Gunsten seiner Mitgesellschafter belasten kann.[10] Insoweit ist aber ein struktureller Unterschied des Wahlrechtes nach § 139 HGB gegenüber demjenigen nach § 723 BGB zu beachten: Der Erbe eines vollhaftenden Gesellschafters hat die Wahl, entweder als Kommanditist in der Gesellschaft zu verbleiben oder aber aus der Gesellschaft auszuscheiden; lehnen die Mitgesellschafter die Umwandlung seiner Beteiligung in die eines Kommanditisten ab, hat der Erbe immer noch die Wahlmöglichkeit, in der Gesellschaft als Komplementär zu verbleiben. Diese Palette von Möglichkeiten hat der Erbe bei der Ausübung seines außerordentlichen Kündigungsrechtes nach § 723 BGB nicht. Kündigt er, scheidet er aus der Gesellschaft aus. Es dürfte daher nach den Vorgaben des BVerfG anzunehmen sein, daß das außerordentliche Kündigungsrecht des volljährig Gewordenen zwingend ist, so daß ein Ausschluß durch Auflage wohl kaum in Betracht kommt.

Andererseits wird man einem Schenker oder Erblasser nicht das Recht nehmen können, Sanktionen für den Fall auszusprechen, daß der volljährig Gewordene sein außerordentliches Kündigungsrecht wahrnimmt. Derartige Überlegungen werden vor allem im Hinblick darauf anzustellen sein, daß der Gesetzgeber das Kündigungsrecht nach § 723 BGB nicht in dasjenige nach § 139 HGB integriert hat. Dies wäre unter Liquiditätsaspekten sinnvoll gewesen. Bei einer solchen Integration des Kündigungsrechtes hätten die Gesellschafter entsprechend § 139 Abs. 1, Abs. 2 HGB die Wahl gehabt, ob sie dem volljährig Gewordenen die Stellung eines Kommanditisten einräumen oder ihn aus der Gesellschaft entlassen wollen. Dieses Wahlrecht besteht nunmehr für die Mitgesellschafter nicht.[11]

---

[9] vgl. dazu *Reimann* DNotZ 1992, 472.

[10] vgl. *Baumbach/Hopt,* HGB, § 139 Rdnr. 64.

[11] *Habersack/Schneider,* a.a.O., 651.

Zur bestimmten Bezeichnung einer noch nicht vermessenen Grundstücksteilfläche

von Notarassessor *Dr. Martin Böhmer, LL. M.* (Berkeley), DNotI, Würzburg

I. Vorbemerkung

Wird eine noch nicht vermessene Teilfläche eines Grundstücks veräußert, so stellt sich stets das Problem, daß diese hinreichend bestimmt bezeichnet werden muß[1]. Eine zu unbestimmte Bezeichnung der Teilfläche führt zur Nichtigkeit der Vereinbarung[2]. Dabei begründet die Rechtsprechung die Nichtigkeit der Vereinbarung jeweils damit, daß die Form der notariellen Beurkundung gem. §§ 313, 125 BGB nicht eingehalten sei[3]. Mit der Form hat die inhaltliche Bestimmtheit der Vereinbarungen jedoch nichts zu tun. Vielmehr stellt sich das Erfordernis inhaltlicher Bestimmtheit auch dann, wenn das Rechtsgeschäft nicht beurkundungsbedürftig ist, z. B. bei Verfügungen über bewegliche Sachen[4]. Wurden alle Vereinbarungen der Beteiligten mitbeurkundet, so ist der Vertrag nicht formnichtig, sondern wegen Unbestimmtheit nichtig[5].

II. Gestaltung der Flächenbezeichnung

1. Die veräußerte Grundstücksteilfläche muß so genau beschrieben werden, daß ein außenstehender Dritter aufgrund des Beschriebes die Grenzen des veräußerten Grundstücksteils einwandfrei und unschwer feststellen kann[6]. Nicht ausreichend ist dafür die bloße Größenangabe der Teilfläche[7]. Regelmäßig bezeichnen die Beteiligten die Teilfläche in der Weise, daß sie auf einem der Urkunde beigefügten Lageplan eingezeichnet wird und die Beteiligten außerdem eine Ca.-Größe der eingezeichneten Teilfläche angeben (§ 9 Abs. 1 S. 3 BeurkG)[8]. In aller Regel wird dabei die angegebene Qm-Größe von der zeichnerischen Darstellung abweichen. Die genaue Errechnung ist dann der amtlichen Vermessung vorbehalten. Deshalb geht die Rechtsprechung davon aus, daß die Beteiligten im Regelfall der zeichnerischen Darstellung den Vorrang vor der angegebenen Qm-Größe einräumen, wenn die eingezeichnete Fläche vom angegebenen Flächenmaß abweicht[9]. Daraus, daß die Flächengröße lediglich ungefähr angegeben wird, ergebe sich, daß ihr nur ergänzende Funktion zukomme. Dies gilt allerdings nur im Regelfall. Die Beteiligten müssen die Fläche nicht dadurch bestimmen, daß sie ihre Umgrenzungslinien angeben[10]. Vielmehr genügt es nach dem Urteil des BGH v. 8.11.1968[11], daß die Beteiligten die Qm-Größe der Teilfläche angeben und ihre geometrische Form beschreiben. Entsprechend haben die Beteiligten die Möglichkeit, nicht dem Zuschnitt der Teilfläche den Vorrang einzuräumen, sondern der Flächengröße[12]. Allerdings muß dann angegeben werden, von welchem Punkt aus die der geometrischen Form nach bestimmte Fläche gemessen werden soll. Denn in jedem Fall verlangt der Bestimmtheitsgrundsatz, daß aufgrund der Vereinbarung der Beteiligten die genaue Fläche ermittelt werden kann. Lediglich hinsichtlich der Art und Weise der Darstellung der Teilfläche besteht ein gewisser Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien.

2. Auf die Bestimmung im Vertrag kann nur dann verzichtet werden, wenn die Beteiligten einem der Vertragsparteien oder einem Dritten das Recht einräumen, die Bestimmung der Fläche im einzelnen vorzunehmen (§§ 315 ff. BGB). Eine derartige Vereinbarung ist hinreichend bestimmt und begründet einen vormerkungsfähigen Anspruch[13]. Sie genügt auch dem Formerfordernis des § 313 BGB, weil sie sich in der Zuweisung des Bestimmungsrechts erschöpft. Ist die Vereinbarung über Größe und Lage der Teilfläche für sich genommen nicht hinreichend bestimmt, liegt widersprüchliche Rechtsprechung zu der Frage vor, ob die konkludente Vereinbarung eines derartigen Bestimmungsrechts den vertraglichen Vereinbarungen entnommen werden kann. In seiner Entscheidung vom 8.11.1968[14] verneinte der BGH das Vorliegen einer konkludent getroffenen formwirksamen Vereinbarung nach § 315 BGB. Dem Gericht sei zum einen nicht erkennbar gewesen, daß der Wille der Vertragschließenden auf die Zuweisung eines solchen Bestimmungsrechts gerichtet gewesen sei. Zum anderen habe der Vertrag auch keine Andeutung auf ein solches Bestimmungsrecht enthalten, so daß das Beurkundungserfordernis insoweit nicht gewahrt worden sei. Dem Vertrag war im konkreten Fall nur zu entnehmen, daß die Teilflächenveräußerung zum Zweck des Straßenbaus erfolgte. Das allein genügte dem BGH nicht zur Annahme einer konkludenten Vereinbarung eines Bestimmungsrechts. Großzügiger hingegen legte der BGH die Vertragsvereinbarungen in seinem Urteil vom 27.4.1979[15] aus. Die Überlassung von Teilflächen an weichende Geschwister, die jeweils Bauplatzgrundstücke erhalten sollten, legte der BGH unter Zugrunde-

---

[1] BGH NJW 1986, 2820; 1969, 131, 132; BayObLG MittBayNot 1972, 228.

[2] BGH NJW 1988, 1262, 1263; BGH DNotZ 1969, 286.

[3] BGH, a. a. O., ihm folgen *Brambring*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl. 1997, Rdnr. A 267; jüngst *Geißel*, Der Teilflächenverkauf, MittRhNotK 1997, 333, 335.

[4] Vgl. z. B. *Palandt/Bassenge*, BGB, 57. Aufl. 1998, § 930 BGB Rdnr. 3 ff.

[5] Offengelassen in BGH NJW-RR 1988, 970, 971.

[6] BGH DNotZ 1989, 503; 1989, 41; 1987, 743; BayObLG MittBayNot 1981, 71; 1972, 228.

[7] BGH DNotZ 1987, 741, 744; 1969, 286, 287; Brandenburgisches OLG DNotI-Report 1997, 82.

[8] Dazu *Wirner*, Zur Bezeichnung noch zu vermessender Teilflächen im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz im Grundbuchrecht, MittBayNot 1981, 221 ff.

[9] BGH DNotZ 1981, 235, 236; 1971, 95, 96 f.; 1969, 286 ff.; BGH WM 1980, 1013 f.; WM 1967, 489 f.; BayObLG NJW-RR 1986, 505 f.

[10] Dies kann auch durch Bezugnahme auf bei Beurkundung in der Natur vorhandene Merkmale von gewissem Bestand wie Bäume, Grenzsteine, Pflöcke oder auch Bauwerke erfolgen; vgl. *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rdnr. 863; *Geißel*, a.a.O., S. 335.

[11] BGH DNotZ 1969, 286 ff.

[12] Einen entsprechenden Formulierungsvorschlag gibt *Geißel*, a.a.O., S. 336.

[13] BGH MittBayNot 1981, 233 ff.; BayObLG MittBayNot 1983, 119, 120; BayObLGZ 23 (1973), 309 ff.; zur Eintragungspflicht eines derartigen Bestimmungsrechts vgl. BayObLG RPfleger 1998, 241.

[14] BGH DNotZ 1969, 286, 288.

[15] BGH MittBayNot 1981, 233 ff.

legung des Sachzusammenhangs und des vereinbarten Zwecks dahingehend aus, daß den beteiligten Erwerbern konkludent jeweils ein Bestimmungsrecht eingeräumt worden sei. Die Frage der Formwirksamkeit dieser konkludenten Vereinbarung (Andeutungstheorie) problematisierte der BGH dann gar nicht mehr[16].

III. Veräußerung einer Teilfläche mit exakter Größe

1. Mitunter vereinbaren die Beteiligten insbesondere bei Tauschverträgen, daß die noch zu vermessende Teilfläche exakt abgemessen werden solle, damit sie größenmäßig dem Tauschobjekt entspricht. Geben die Beteiligten dementsprechend nicht lediglich eine Ca.-Größe hinsichtlich der im beigefügten Lageplan eingezeichneten Teilfläche an, besteht auch nach der Rechtsprechung kein Anlaß dafür, von einem Vorrang der zeichnerischen Darstellung vor der angegebenen Flächengröße auszugehen. Vielmehr ergibt sich aus der Vereinbarung, die Vertragsfläche sei exakt zu vermessen, daß dieser Vereinbarung Vorrang gegenüber der zeichnerischen Darstellung zukommen soll[17]. Der beigefügte Lageplan dient deshalb in solchen Fällen lediglich dazu, den ungefähren Lageort der Vertragsfläche als Ausgangspunkt für die Vermessung zu kennzeichnen und die geometrische Form der veräußerten Teilfläche anzugeben. Dabei wird die Teilfläche nahezu immer in einer oder zwei Richtungen an der bisherigen Grenze des Stammgrundstücks anliegen, so daß in solchen Fällen genau bestimmt ist, von welchem Punkt aus die Teilfläche zu vermessen ist. Ihre genaue Lage ergibt sich dann aus einer Nachzeichnung der Längenverhältnisse der eingezeichneten Teilfläche in der Natur unter Berücksichtigung der angegebenen exakten Grundstücksgröße. Damit sind auch in solchen Fällen das Ausmaß und die Lage der verkauften Teilfläche exakt feststellbar.

Zusätzliche Probleme ergeben sich, wenn ein entsprechendes Nachzeichnen in der Natur aufgrund natürlicher Gegebenheiten nicht möglich ist, etwa wenn die Fläche dann in eine auf diesem Grundstück geführte öffentliche Straße oder ein Nachbargrundstück hineinragen würde. Bereits beim Festlegen der Teilfläche in den vertraglichen Vereinbarungen ist darauf zu achten, daß es zu derartigen Überschneidungen nicht kommen kann. Sind sie allerdings angesichts der Lage und Größe der veräußerten Teilfläche nicht auszuschließen, sollte im Vertrag geregelt werden, wie sich die Fläche bestimmt, wenn sich bei der Vermessung herausstellen sollte, daß die Teilfläche auf Grundlage der sonstigen Vereinbarungen diese natürlichen Grenzen überschreitet.

Aus alledem folgt, daß sich die Grenzen der tatsächlich vermessenen Teilfläche gegenüber den im Lageplan eingezeichneten Grenzen verschieben können, wenn die Beteiligten das Flächenmaß genau vorgeben. Wie diese Verschiebung vorzunehmen ist, ergibt sich ebenfalls aus dem bereits zitierten Urteil des BGH v. 8.11.1968[18]. Denn wenn die geometrische Form der Teilfläche vorgegeben wird, muß sie auch bei der Vermessung in der Natur eingehalten werden. Wird eine Teilfläche mit einer exakten Qm-Größe veräußert und stimmt die Planskizze mit dieser Qm-Angabe nicht überein, dann läßt sich die geometrische Form der Teilfläche bei einer notwendig werdenden Vergrößerung oder Verkleinerung der Teilfläche in der Natur gegenüber der eingezeichneten Teilfläche regelmäßig dann erreichen, wenn mindestens zwei der Grenzen der Teilfläche variabel sind, d. h. nicht an die bisherigen Grundstücksgrenzen des Stammgrundstücks stoßen. Denn in solchen Fällen kann das Längenverhältnis der Grundstücksseiten in aller Regel dadurch beibehalten werden, daß die eingezeichneten *Grenzen parallel zu ihrem eingezeichneten Verlauf verschoben* werden. Wird z.B. eine rechteckige Teilfläche veräußert, die mit zwei Seiten an die bisherigen Grenzen des Stammgrundstücks stößt, sind die beiden im Stammgrundstück liegenden Grenzen der Teilfläche parallel zu verschieben, bis die vereinbarte exakte Größe der Teilfläche erreicht ist. Dabei kann die geometrische Form der Teilfläche erhalten werden.

Würde eine solche Parallelverschiebung der eingezeichneten Grenzen dazu führen, daß die von den tatsächlichen Gegebenheiten vorgegebenen Grenzen (z.B. benachbarte öffentliche Straßenflächen) überschritten würden, dann können die Vereinbarungen regelmäßig dahin ausgelegt werden, daß die Parallelverschiebung bis an diese Grenze erfolgt und im übrigen eine Parallelverschiebung der anderen Grenzen vorzunehmen ist. Bei dieser Vorgehensweise werden die geometrische Form der Teilfläche gewahrt und der Ansatzpunkt für die Vermessung vertragskonform so weit wie möglich beibehalten. Eine solche Auslegung der vertraglichen Bestimmungen ist jedoch nur dann angebracht, wenn sich nicht aus den Vereinbarungen ergibt, daß die Teilfläche zu einer natürlichen Grenze einen bestimmten Abstand einhalten soll. Ist das der Fall, bietet es sich allerdings an, dies im Vertrag ausdrücklich zu bestimmen.

2. Anders jedoch stellt sich die Situation dar, wenn drei Seiten der Teilfläche mit den bisherigen Grenzen des Stammgrundstückes übereinstimmen. Denn in diesem Fall ist faktisch nur eine Grenze der Teilfläche variabel, was in jedem Fall dazu führt, daß die exakt vermessene Teilfläche von der geometrischen Form der im Plan eingezeichneten Fläche abweicht. Rechtsprechung zu der Frage, ob auch in einem solchen Fall eine ausreichende Bestimmtheit der Teilfläche gegeben ist, wenn lediglich die exakte Qm-Zahl angegeben ist und die im Lageplan eingezeichnete Teilfläche dem nicht entspricht, ist – soweit ersichtlich – nicht veröffentlicht.

Die Lösung läßt sich jedoch durch konsequente Fortführung der eben genannten Grundsätze ermitteln: Auszugehen ist von der BGH-Rechtsprechung, daß zur hinreichenden Bestimmtheit die Angabe der Flächengröße und der geometrischen Form ausreichen. Die im Lageplan eingezeichneten Grundstücksgrenzen der Teilfläche sind parallel zu verschieben, wenn eine Differenz zwischen der eingezeichneten und der sich bei Vermessung ergebenden Fläche besteht. Es werden ausgehend vom Ansatzpunkt für die Vermessung jeweils soviele variable Grundstücksgrenzen parallel verschoben, wie es bei Erhaltung der geometrischen Form zur Erreichung der angegebenen Flächengröße erforderlich ist. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn dem Vertrag eine Vereinbarung über eine andere Art der Angleichung an das exakte Flächenmaß zu entnehmen ist. Ist allerdings nicht erkennbar, daß es einem Beteiligten gerade darauf ankam, daß bestimmte Grundstücksteile im Eigentum des Veräußerers bleiben bzw. bestimmte Teile in das Eigentum des Erwerbers übergehen, dann ist vielmehr den Vereinbarungen zu entnehmen, daß die Beteiligten eine Verschiebung der eingezeichneten Grenzen, die die geometrische Form am ehesten erhält, gerade in Kauf

---

[16] Zur großzügigeren Annahme der Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts im Rahmen des § 316 BGB, vgl. BGH NJW-RR, 1988, 970 ff.

[17] Nach LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1978, 105, 106 kann der Verkauf einer Teilfläche mit bestimmter Größe eine Zusicherung der Teilflächengröße darstellen.

[18] DNotZ 1969, 286 ff.

nahmen. Kann demnach bei der Vermessung nur eine Grenze verschoben werden, da nur auf diese Weise die vereinbarte Qm-Größe aus dem Grundstück des Veräußerers herausgemessen werden kann, dann ist nur diese eine Grenze parallel zu verschieben, auch wenn dadurch die geometrische Form der Teilfläche von der zeichnerischen Darstellung abweicht. Das Ausmaß zulässiger Abweichungen von der zeichnerischen Darstellung findet allerdings seine Grenzen dort, wo die Abweichung als so wesentlich anzusehen ist, daß sie nicht mehr von den vertraglichen Vereinbarungen gedeckt ist[19].

3. Diese konkludent getroffenen Bestimmungen der Beteiligten werden bei derartigen Verträgen regelmäßig durch Auslegung zu ermitteln sein. Eine solche Auslegung ist jedoch nur dann notwendig und möglich, wenn die Parteien nicht ausdrücklich Abweichendes bestimmt haben. Da die Rechtslage insoweit z. T. nicht höchstrichterlich geklärt ist, bietet es sich an, in den Vertrag ausdrückliche Regelungen dahingehend aufzunehmen, was geschehen soll, wenn die mit einer exakten Größe vereinbarte Teilfläche nicht der im Lageplan eingezeichneten entspricht. Regelmäßig wird auch dann eine Parallelverschiebung der eingezeichneten Grenzen den Parteiinteressen entsprechen. Andere Vereinbarungen, die zu einer abweichenden geometrischen Form der Teilfläche führen, sind jedoch möglich. Im Bedarfsfall kann vorsorglich, wenn noch letzte Zweifel an der Bestimmtheit bleiben, für einen Vertragsteil oder einen Dritten ein Bestimmungsrecht nach §§ 315 ff. BGB vereinbart werden.

IV. Ergebnis

Für die Gestaltung von Teilflächenverträgen ergibt sich damit:

1. Beim Teilflächenkauf genügt für eine hinreichende Bezeichnung einer noch zu vermessenden Teilfläche, daß

– entweder die Fläche nur mit einer Ca.-Angabe im Vertragstext beschrieben und im übrigen auf einen beigefügten Lageplan verwiesen wird, der die Teilfläche zeichnerisch darstellt,

– oder daß neben einer exakten Flächengröße die geometrische Form der Teilfläche in Worten oder zeichnerisch beschrieben wird, wenn dabei ausdrücklich oder konkludent angegeben wird, an welchen Punkt diese Form bei der Vermessung anzulegen ist.

2. Ergibt sich, daß die eingezeichnete Teilfläche nicht die von den Parteien angestrebte exakte Grundstücksgröße hat, dann sind bei der Vermessung die aufgrund der Lage der Teilfläche innerhalb des Stammgrundstücks variablen Grundstücksgrenzen unter Wahrung des Längenverhältnisses der Seitenkanten parallel zur eingezeichneten Teilfläche zu verschieben, damit die angegebene geometrische Form der Teilfläche erhalten bleibt.

3. Eine derartige Parallelverschiebung ist auch dann vorzunehmen, wenn drei oder mehr Kanten der Teilfläche an die Grenzen des Stammgrundstücks stoßen. Von nicht variablen Grenzen der Teilfläche ist dabei – vorbehaltlich anderslautender Vereinbarungen der Beteiligten – auch auszugehen, sobald die Teilfläche bei einer Parallelverschiebung ihrer Seitenkanten auf andere tatsächliche oder rechtliche Grenzen (z.B. öffentliche Straßenflächen) trifft. In diesem Fall ändert sich zwar u. U. die geometrische Form, das ist jedoch notwendige Folge aus der Vereinbarung, daß die Teilfläche eine exakte Grundstücksgröße in dieser Lage haben soll.

4. Diese den Vertragsvereinbarungen zu entnehmenden konkludenten Bestimmungen gelten nur dann, wenn die Beteiligten nicht etwas anderes vereinbart haben. In jedem Fall ist es ratsam, diese Fragen im einzelnen zu regeln und hinsichtlich dann noch verbleibender Unklarheiten in den Vertrag ausdrücklich ein Leistungsbestimmungsrecht einer Vertragspartei oder eines Dritten nach §§ 315 ff. BGB aufzunehmen.

---

[19] Als Beispiel dafür BGH NJW 1995, 957: zwar noch rechteckig, aber mehr als 5 m kürzer und etwa 2 m breiter sowie an einer Ecke abgeschrägt; großzügiger OLG Celle OLG-Report Celle 1994, 4 f.: Abweichung um ca. 28% (772 qm statt 600 qm) noch gedeckt; dagegen BayObLG MittRhNotK 1987, 21, 22 f.: Abweichung von 24% nicht mehr gedeckt. Weitere Beispiele: OLG München DNotZ 1974, 227: Abweichung um 32% (338 qm statt vereinbarter „ungefahr 257 qm“) noch gedeckt; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1978, 144: Abweichung um 42% (854 qm statt vereinbarter „ungefähr 600 qm“) nicht mehr gedeckt; dagegen wäre nach dieser Entscheidung eine Abweichung von 10 bis 20% noch vertragsgemäß gewesen. Enger wird die „Messungstoleranz“ im Rahmen von Gewährleistungsansprüchen gezogen. BGH MittBayNot 1984, 175: Nur 1% Abweichung noch hinnehmbar, wenn Verkäufer in besonderem Maße Vertrauen in die größtmögliche Korrektheit der im Vertrag genannten Flächenangabe für sich in Anspruch nimmt; ähnlich OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 82: Gewährleistungsansprüche bei Abweichung von 59,42 qm bei ca. 2545 qm verkaufter Fläche und Grenzverschiebung um 1,04 m. Problematisch insofern LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1978, 105: Werde trotz einer Ca.-Angabe einer Teilfläche mit exakter Größe verkauft, dann sei bei einer in allen Ziffern bestimmten Qm-Angabe („ca. 374 qm“) eine Abweichung von höchstens 1% gedeckt. Sei die Qm-Angabe gröber („ca. 370 qm“), sei auch eine höhere Abweichung gedeckt. Gegen diese Unterscheidung spricht, daß eine glatte Qm-Angabe keine Rundung nach oben oder unten bedeuten muß.

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG); Kommentar, von Heinz Rohwedder u.a., 3. Auflage, München 1997

Von Notarassessorin *Susanne Pöllmann-Budnick* und Notarassessor *Dr. Jörg Budnick*

Der nunmehr in dritter Auflage vorliegende, von den Verfassern selbst als „Handkommentar" bezeichnete „Rohwedder" zum GmbH-Gesetz ist der Intention, einen praxisnahen, übersichtlichen und leicht verständlichen Kommentar zu schaffen, auch in der Neuauflage gerecht geworden. Er hat sich bereits in den Vorauflagen neben den etablierten Kommentaren, wie z.B. dem „Scholz" oder dem „Baumbach-Hueck" gut behauptet und sollte in keiner gut ausgestatteten Bibliothek fehlen, da er exakt die Lücke zwischen den Kurzkommentaren und den Großkommentaren schließt. Insbesondere die Praxisnähe des Kommentars ist dadurch vorgegeben, daß die Mehrzahl der Autoren in Justiz und Anwaltschaft tätig ist. Besonders hervorzuheben ist die Übersichtlichkeit des Werks, die darauf zurückzuführen ist, daß jeder Kommentierung eine kurze Gliederung vorangestellt ist, an Hand derer die Suche nach der genauen Fundstelle eines Problemkreises wesentlich vereinfacht wird.

Inhaltlich besticht der Kommentar durch seine Konsequenz, dem Leser jeweils zu Beginn einer Kommentierung kurz und prägnant den Normzweck vor Augen zu führen und hierdurch das Verständnis der einzelnen Vorschrift zu erleichtern, ohne aber in juristisch theoretischer Analytik weitschweifend Hintergründe der Entstehungsgeschichte darzulegen.

Die Eignung des Kommentars für die notarielle Praxis wird bei der Ausarbeitung von komplexen Satzungsregelungen ebenso deutlich wie bei der Vorbereitung einer formellen Handelsregisteranmeldung. In beiden Fällen kann der Kommentar bei der Lösung von Problemen entsprechend weiterhelfen.

Aus praktischer Sicht ist besonders hervorzuheben, daß die Autoren in erster Linie die Rechtsprechung wiedergeben, die für die tägliche Praxis ausschlaggebend ist. Dennoch finden sich auch bei problematischen Punkten ausreichend Hinweise auf wissenschaftliche Standpunkte, die hiervon abweichen und für den Leser von Interesse sein könnten.

Als Beispiel für eine der zahlreichen übersichtlichen Kommentierungen sei hier auf die Erläuterungen zu den Zustimmungserfordernissen bei Geschäftsanteilsübertragungen (§ 15 Rdnrn. 100 ff.) verwiesen. Sie geben einen guten Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten der statuarisch festgelegten Zustimmungen durch die Gesellschaft, die Gesellschafter bzw. durch die Gesellschafterversammlung mit den hierdurch aufgeworfenen Fragen, welche Mehrheiten erforderlich sind, um die Wirksamkeit der Abtretung zu erreichen.

Gerade in diesem Bereich kann der Notar den Beteiligten wertvolle Hilfe leisten, wenn er die jeweiligen Satzungsbestimmungen prüft und darauf achtet, daß die entsprechenden Beschlüsse gefaßt bzw. die notwendigen Erklärungen von den Gesellschaftern abgegeben werden.

Positiv zu bewerten ist ferner, daß steuerliche Aspekte in die Kommentierung mit einfließen. Leider erweist sich allerdings gerade die steuerliche Kommentierung in dem für den Notar besonders wichtigen § 15 GmbHG mit nur sieben Zeilen als recht knapp. Probleme, wie z.B. die Grunderwerbsteuerpflicht bei Vereinigung sämtlicher Anteile an einer GmbH in einer Hand (§ 1 Abs. 3 GrEStG) oder die Frage der Steuerbarkeit eines Veräußerungsgewinns (§ 17 EStG) können auf die grundsätzliche Gestaltung einer Geschäftsanteilsabtretung Einfluß haben. In diesem Zusammenhang wäre auch die Frage der Umgehung durch entsprechende Teilgeschäftsanteilsabtretungen interessant und einer Erörterung würdig.

Gut gelungen hingegen ist beispielsweise die kurze Zusammenfassung der steuerrechtlichen Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung i.S.v. § 8 Abs. 2 S. 2 KStG (vgl. die Kommentierung bei § 29 Rdnrn. 104 ff.), die durch eine ganze Reihe von BFH-Urteilen konkretisiert worden ist (vgl. zuletzt BFH, Urteil vom 13.11.1996, DNotI-Report 1997, 94).

Für den Notar ist diese Problematik bei der Gestaltung von Wettbewerbsverbotsklauseln zu berücksichtigen. Bei ihnen stellt sich immer die Frage, ob aus steuerlicher Sicht eine generelle Befreiung vom Wettbewerbsverbot in der Satzung verankert werden soll oder ob man die Herbeiführung entsprechender Beschlüsse über die Befreiung vom Wettbewerbsverbot den Gesellschaftern überläßt.

Soweit Satzungen Wettbewerbsverbote nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters vorsehen, sind diese neuerdings erheblichen Angriffen durch die Rechtsprechung ausgesetzt, wie z.B. die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 23.10.1996 (MittRhNotK 1998, 62) zeigt. In diesem Fall wurde ein entschädigungsloses Wettbewerbsverbot nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft für sittenwidrig erklärt, weil es trotz zeitlicher Begrenzung auf die Dauer von zwei Jahren nicht auf das räumlich und sachlich notwendige Maß begrenzt worden war. In diesem Punkt ist die Kommentierung von *Rohwedder* in § 13 Rdnr. 14, der ein Wettbewerbsverbot nach dem Ausscheiden des Gesellschafters in recht großzügigem Umfang für möglich hält, ohne auf die durch die Rechtsprechung geforderte zeitliche, örtliche und sachliche Begrenzung näher einzugehen, nicht mehr mit der aktuellen Rechtsentwicklung in Einklang zu bringen.

Spezifisch notarrelevante Probleme werden leider nicht immer erörtert. So vermißt der Praktiker Ausführungen zu dem Problem, daß der Veräußerer eines GmbH-Geschäftsanteils noch die bis zu seinem Ausscheiden erwirtschafteten Gewinne realisieren will, die Anteilsübertragung aber bereits vor der zeitlich späteren Beschlußfassung über die Gewinnverwendung erfolgen soll. Gemäß § 20 II a EStG wird finanztechnisch der Gewinn, der zivilrechtlich noch dem Veräußerer zustehen soll, dem Erwerber zugerechnet mit der Folge, daß nicht nur der Erwerber den Gewinn als Zinseinnahme zu versteuern hat, sondern auch noch einmal der Veräußerer, wenn sein Veräußerungsgewinn steuerpflichtig ist. (vgl. hierzu auch die Ausführungen von *Huke*, BWNotZ 1997, 156 unter Verweis auf BFH, BStBl. II 1991, 574). Zum Konflikt kommt es, wenn der Erwerber, der den Gewinn wegen der zivilrechtlichen Vereinbarung in der notariellen Urkunde nicht erhält, vom Veräußerer Freistellung von den zusätzlichen Steuerlasten verlangt. Enthält der notarielle Vertrag keine Regelung darüber, daß dem Erwerber ein Ausgleich in Geld zusteht oder daß die zusätzliche Steuerbelastung des Erwerbers bei der Kaufpreisgestaltung bereits berücksichtigt ist, entsteht eine

unklare Rechtslage. Auch wenn ein einbändiger Handkommentar selbstverständlich nicht sämtliche Fallkonstellationen umfassend darstellen kann, sollte ein derartiges Problem nicht unerwähnt bleiben, auch wenn es in erster Linie steuerliche Bezüge aufweist und in besonderem Maße die notarielle Praxis betrifft.

Eine gute Übersicht für den in der Praxis tätigen Juristen bietet die Kommentierung von *Rittner* und *Schmidt/Leithoff* zum langjährig diskutierten Komplex der Qualifikation der Vor-GmbH sowie die Frage der Haftung der Gesellschafter bzw. der Handelnden in der Gründungsphase der GmbH. Auch wenn der Notar in diesem Punkt nicht vertragsgestaltend tätig wird, so muß er doch die Gesellschafter über ihre Haftung in der Gründungsphase ausführlich belehren.

Daß sich die Rechtslage in diesem Bereich ständig in Bewegung befindet, zeigt das unlängst vom 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs veröffentlichte Urteil vom 27.1.1997 (II ZR 123/94 [MittBayNot 1997, 186]). Hier wurde für den Fall, daß eine Vor-GmbH nicht zur Eintragung gelangt, eine sog. „Verlustdeckungshaftung" entwickelt, die neben der „Differenzhaftung" ein zweites Element der einheitlichen Gründerhaftung darstellt.

Mit dieser Entscheidung wurde die jahrelang streitige Frage der Haftung in der Vor-GmbH höchstrichterlich beantwortet. Danach haften die Gesellschafter einer Vor-GmbH unbeschränkt für eingetretene Verluste und nicht nur – wie nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH – bis zur Höhe ihrer Einlageverpflichtung. Die Haftung der Gesellschafter stellt sich ferner als ausschließliche Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft dar, so daß Gläubiger die Ansprüche der GmbH gegen die Gesellschafter pfänden und sich überweisen lassen müssen. Die Verlustdeckungshaftung unterscheidet sich von der Differenzhaftung darin, daß die Gründer nur die Schulden der Vor-GmbH abdecken, nicht aber darüber hinaus noch das Gesellschaftsvermögen um den Betrag des Stammkapitals erhöhen müssen, wie dies bei der Differenz- oder Unterbilanzhaftung der Fall ist. Wünschenswert wäre in diesem Zusammenhang eine systematische Zusammenschau der einzelnen Haftungstatbestände Differenzhaftung und Handelndenhaftung mit ihren unterschiedlichen Voraussetzungen und dem jeweiligen zeitlichen Ende der Haftung.

Ungeachtet des einen oder anderen Ergänzungswunsches kann das Werk sicherlich jedem empfohlen werden, der eine praxisnahe Darstellung des GmbH-Rechts sucht.

Günter Brambring, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 3. Aufl. 1997, Verlag C. H. Beck, München, 152 Seiten, DM 29,50

Das Buch von *Professor Dr. Günter Brambring* in der Reihe Beck'sche Mustertexte liegt nunmehr in der 3. Auflage vor. Die Vorauflage stammt aus dem Jahr 1993.

Das Buch enthält fünf erläuterte Vertragsmuster für verschiedene Ehetypen, nämlich

l. den (wohl von Ehegatten in zweiter Ehe meistgewünschten) Ehevertrag mit weitestmöglichem Ausschluß aller ehebedingten Rechtsfolgen sowie Erb- und Pflichtteilsverzicht

2. den Ehevertrag junger Eheleute

3. den Ehevertrag des Unternehmers oder Freiberuflers

4. die Ausländerehe mit kurzer Erläuterung der Rechtswahlmöglichkeiten und Formulierungsvorschlägen und

5. die Vermögenszuordnung unter Ehegatten.

In der Einführung werden in einem Beratungsbogen typische Fragen aufgegriffen, die für Eheleute oder Verlobte Anlaß sind, einen Ehevertrag zu schließen. Weiterhin werden die eher seltenen Vereinbarungsmöglichkeiten bzgl. der allgemeinen Wirkungen der Ehe sowie kurz die steuerlichen Auswirkungen von Eheverträgen dargestellt.

Wie sich bereits aus der Erweiterung des Titels ergibt, ist in der Neuauflage der Teil Vermögenszuordnung unter Ehegatten überarbeitet und erweitert worden.

In diesem Teil erfolgt nunmehr eine Aufgliederung in elf Beispielsfälle, die jeweils bestimmte Motivationen für die Verteilung von Vermögen unter Ehegatten aufzeigen.

Vielfach wird in der Beratungspraxis die Vereinbarung eines Rückforderungsrechts für den Fall der Scheidung, den Zugriff der Gläubiger auf das Vermögen des beschenkten Ehegatten oder den Fall der Verfügung von Todes wegen, in der ein anderer als der schenkende Ehegatte bedacht ist, gewünscht.

Im Rahmen der Vereinbarung einer solchen Widerrufsklausel geht *Brambring* davon aus, daß allein die Möglichkeit, das Widerrufsrecht durch Erklärung des Widerrufs und nicht automatisch mit dem Eintritt eines der oben genannten Fälle entstehen zu lassen, ausreicht, um die Pfändbarkeit dieses Anspruchs durch die Gläubiger des zuwendenden Ehegatten zu verhindern. Ob dies allerdings ausreicht, ist noch nicht geklärt (vgl. *Kanzleiter, Wegmann* Vereinbarungen unter Ehegatten, 5. Auflage Rdnr. 508 ff. mit ausführlicher Darstellung einer Widerrufsklausel und der Ausweichlösung, daß der Zuwendungsempfänger den zugewendeten Gegenstand nicht nur an den Zuwendenden, sondern nach seiner Wahl auch an eine andere Person, z. B. gemeinsame Kinder übertragen kann).

Bei den Steuerfragen der Vermögenszuordnung wird das neue Steuerrecht kurz dargestellt und klargestellt, daß ehebedingte Zuwendungen mit Ausnahme des zu eigenen Wohnzwecken genutzten Hauses nicht von der Schenkungsteuer ausgenommen sind. Die zumindest hälftige Zuwendung des Eigenheims unter Ehegatten stellt somit eine interessante Möglichkeit dar, Schenkungsteuer zu sparen, zumal die Steuerfreiheit des Eigenheimes nur unter Lebenden, nicht aber für letztwillige Verfügungen gilt.

Neu ist auch der Abschnitt über eine Vermögenszuordnung durch Vereinbarung von Gütertrennung. *Brambring* zeigt hier anhand von zwei Beispielen sehr gut die Risiken einer unbedachten Vereinbarung von Gütertrennung, die vor allem im Pflichtteilsrecht gefährlich sein kann, auf.

Das Buch wird seinem Anspruch, den Leser schnell und komprimiert Auskunft anhand von typischen Situationen zu geben voll gerecht. Zu begrüßen ist auch, daß die Fußnoten und die Darstellung von Meinungsstreiten sich wie bisher am Ende des Werkes befinden und somit die schnelle Information nicht behindern.

Insgesamt ist das Buch sowohl als Einstieg in die Problematik der Eheverträge als auch zur schnellen Information des Praktikers zu empfehlen, da es sehr anschaulich die verschiedenen Vereinbarungsmöglichkeiten mit Erläuterungen und Musterformulierungen verdeutlicht und dies noch zu einem sehr günstigen Preis.

Notarassessorin *Monika Busse*, Nürnberg

Bürgerliches Recht

1. BGB § 504 *(Vorkaufsfall bei „kaufähnlichem" Vertrag)*

Wendet der Eigentümer in einem „Erbvertrag" durch „Vermächtnis" seine Eigentumswohnung einem anderen gegen Zahlung eines bestimmten Betrages mit der Verpflichtung zu, zu Lebzeiten Verfügungen über das Wohnungseigentum (einschließlich Maßnahmen der Zwangsvollstreckung) zu unterlassen, und sichert er diese Unterlassungspflicht durch einen bedingten Übereignungsanspruch, der durch eine Auflassungsvormerkung bewehrt ist, sowie durch weitere Nebenabreden ab, so kann diese Vereinbarung als „kaufähnlicher" Vertrag einen Vorkaufsfall im Sinne des § 504 BGB begründen (Fortführung von BGHZ 115, 335 ff. [= MittBayNot 1992, 37 ff.]

BGH, Urteil vom 20.3.1998 – V ZR 25/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger verlangen von den Beklagten wegen eines ausgeübten Vorkaufsrechts die Herausgabe einer Eigentumswohnung und die Löschungszustimmung für mehrere Grundbucheintragungen.

Ein früher den Klägern allein gehörendes Haus wurde 1981 in zwei Eigentumswohnungen aufgeteilt. Die Wohnung im Obergeschoß erwarb Dr. U. W. Sie räumte den Klägern ein dingliches Vorkaufsrecht an ihrer Wohnung ein, das 1982 in das Grundbuch eingetragen wurde. Am 24.7.1992 schloß sie im Alter von 72 Jahren mit den Beklagten einen als „Erbvertrag" bezeichneten notariellen Vertrag. Darin „vermachte" sie den Beklagten, ersatzweise dem Längstlebenden von beiden, ersatzweise deren Tochter, ersatzweise deren Abkömmlingen, die streitgegenständliche Wohnung. Die Beklagten hatten eine Briefgrundschuld von 200.000 DM der Sparkasse M. und die hierdurch gesicherte Darlehensverbindlichkeit von „ca. 176.000 DM" zu übernehmen. Für den Fall, daß Dr. W. die Wohnung nicht mehr selbst bewohne, räumte sie den Beklagten ein Nießbrauchsrecht ein, das beim Vorversterben der Beklagten dem „Ersatzvermächtnisnehmer" zu bestellen war. Die Nießbraucher sollten alle für die Erhaltung des Grundbesitzes erforderlichen Ausbesserungen und Erneuerungen (auch über den gewöhnlichen Unterhaltungsaufwand hinaus) allein tragen, den Grundbesitz umfassend versichern und versichert halten und mit Ausnahme der Tilgungsleistungen und Zinsen für die zu übernehmende Grundschuld alle öffentlichen und privaten Lasten tragen. Die Beklagten mußten an Dr. W. einen Betrag von 50.000 DM in Raten (2 x je 15.000 DM und 2 x je 10.000 DM) und ferner monatlich ab 1.9.1992 einen Betrag von 1.600 DM bezahlen. Der monatliche Zahlungsanspruch sollte mit dem Tod von Dr. W. spätestens am 1.1.2007 enden, die Anwendung von § 323 ZPO wurde vorbehalten. Die Beklagten verpflichteten sich, an Dr. W. werterhöhende oder werterhaltende Aufwendungen, soweit diese im Einzelfall den Betrag von 5.000 DM überstiegen, zu erstatten. Dr. W. sollte über das Wohnungseigentum nur mit Zustimmung der Personen verfügen dürfen, die in diesem Zeitpunkt Vermächtnisnehmer sein würden, wobei einer rechtsgeschäftlichen Verfügung diejenige im Wege der Zwangsvollstreckung gleichgestellt wurde. Bei Verstoß gegen diese Verpflichtung hatte sie die Wohnung an die Personen zu übereignen, die im Zeitpunkt der Verfügung Vermächtnisnehmer sein würden, wobei das Vorkaufsrecht und die erwähnte Grundschuld einschließlich der gesicherten Verbindlichkeit zu übernehmen waren und Dr. W. ein dinglich zu sicherndes Nießbrauchsrecht unter Wegfall des monatlichen Zahlungsanspruchs zustehen sollte. Die aufschiebend bedingte Übereignungsverpflichtung wurde durch eine zugunsten der Beklagten eingetragene Auflassungsvormerkung gesichert.

Falls das Vermächtnis aus irgendeinem Grund nicht mehr erfüllt werden kann, wurde den Beklagten ein Rücktrittsrecht eingeräumt, wobei Dr. W. oder deren Erben verpflichtet sein sollten, die Summe aller bisher geleisteten Zahlungen nebst Zinsen in Höhe von 1% über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank (ab dem Zahlungszeitpunkt) zurückzuerstatten. Zur Sicherung dieses Anspruchs wurde eine nicht abtretbare Buchgrundschuld in Höhe von 360.000 DM nebst 15% Zinsen jährlich bestellt und eingetragen.

Die Kläger übten 1994 ihr Vorkaufsrecht gegenüber dem Betreuer der zwischenzeitlich in einem Pflegeheim untergebrachten Wohnungseigentümerin aus. Ihre auf Besitzverschaffung und Zustimmung zur Löschung der im Vollzug des Erbvertrages erfolgten Grundbucheintragungen (Nießbrauch, Auflassungsvormerkung, Grundschuld) gerichtete Klage hat in den Tatsacheninstanzen keinen Erfolg gehabt. Die Revision war erfolgreich.

Aus den Gründen:

I. 1. § 504 BGB ist wie jede andere gesetzliche Regelung einer interessengerechten Auslegung zugänglich. Es gibt Vertragsgestaltungen, die einem Kauf im Sinne des Vorkaufsrechts so nahe kommen, daß sie ihm unter Berücksichtigung der Interessen des Vorkaufsberechtigten und des Vorkaufsverpflichteten gleichgestellt werden können, und in die der Vorkaufsberechtigte zur Wahrung seines Erwerbs- und Abwehrinteresses „eintreten" kann, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen der Veräußerung zu beeinträchtigen. Bei der Frage, ob ein Vorkaufsfall gegeben ist, müssen rein formale Kriterien zurücktreten gegenüber einer materiellen Betrachtungsweise und einem interessengerechten Verständnis. Auf der Grundlage dieser vom Senat in BGHZ 115, 335 ff. [= MittBayNot 1992, 37 ff.] vertretenen Auffassung, die auch in der Literatur weitgehend Zustimmung gefunden hat (vgl. *Mayer-Maly*, EWiR 1992, 151 ff.; *Reithmann* in Anm. zu LM BGB § 504 Nr. 13; *Hegmann*s, WuB IV A § 1100 BGB 1.92; *Grunewald*, FS für Gernhuber 1993, 140 f.; kritischer, aber wohl für den vorliegenden Fall auch zustimmend, *Probst*, JR 1992, 419 ff.; *Schermaier*, AcP 196, 257) und an der festgehalten wird, ist die Auslegung und Würdigung des Vertrages vom 24.7.1992 rechtsfehlerhaft.

2. Verfehlt erscheint schon, aus der Vertragsbezeichnung ein „gewichtiges Indiz" für die Einordnung des Vertrages herzuleiten. Zwar ist deren Wortlaut nicht ohne Bedeutung, sie kann aber an der vertragstypologischen Würdigung nichts ändern, wenn nach dem Inhalt des Vertrages ein „verschleierter" Kaufvertrag angenommen werden muß. Auch im Rahmen der Abgrenzung von Kauf- und Werkvertrag hält der Bundesgerichtshof die Vertragsbezeichnung nicht für entscheidend, sondern orientiert sich am Sinn und Zweck des Vertrages, dessen wirtschaftlicher Bedeutung und der Interessenlage der Parteien (vgl. z.B. BGHZ 74, 204, 207 m.w.N.; 101, 350, 352). Demgemäß ist insbesondere anerkannt, daß auch ein Geschäft im Gewand einer letztwilligen Verfügung als Rechtsgeschäft unter Lebenden ausgelegt werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 11.1.984, IVa ZR 30/82, FamRZ 1985, 693, 695 und Urt. v. 18.5.1988, IVa ZR 36/87, NJW 1988, 2731, 2732 [= MittBayNot 1988, 185]). Zwar spricht bei notariellen Verträgen die Bezeichnung in stärkerem Maße dafür, daß sie dem materiellen Gehalt des Vertrages entspricht. Entscheidend ist aber auch insoweit nicht die Auffassung des Notars, sondern der im Vertragsinhalt zum Ausdruck gebrachte Wille der Erklärenden (vgl. auch *Palandt/Heinrichs*, BGB, 57. Aufl., § 133 Rdnr. 14; *Palandt/Edenhofer* a.a.O., § 2084 Rdnr. 3 m.w.N.; *Soergel/Loritz*, BGB, 12. Aufl., § 2084 Rdnr. 18).

Das Berufungsgericht umschreibt die Interessenlage von Dr. W. dahin, daß sie bis zu ihrem Tode in der Wohnung verbleiben und bis dahin Eigentümerin sein, andererseits zur Aufbesserung ihrer Altersbezüge aus dem Eigentum laufende monatliche Zahlungen erhalten wollte. Die daraus gezogene Schlußfolgerung, es habe sich insoweit (nur) ein entgeltlicher Erbvertrag angeboten, weil ein Verkauf der Wohnung nicht interessengerecht gewesen sei, trifft nicht zu. Mit Recht verweist die Revision darauf, daß ein Verkauf auf Rentenbasis mit einer aufschiebend auf den Tod vereinbarten Übereignungspflicht ihrem Interesse auch entsprochen hätte. Der Vorkaufsberechtigte hat zwar keinen Anspruch auf Eintritt des Vorkaufsfalles (BGHZ 110, 230, 232 ff. [= MittBayNot 1990, 165], andererseits kann im Verhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten der Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 162, 242 BGB) nicht außer Betracht bleiben. Dies hat zur Folge, daß der Vorkaufsverpflichtete sich nicht auf eine Vertragsgestaltung berufen kann, die nur dazu dienen soll, die Vorkaufsrechtsausübung unmöglich zu machen vgl. BGHZ 115, 335, 340 [= MittBayNot 1992, 37]), wenn er in Wahrheit verkaufen will und keine Gründe ersichtlich sind, die Sache anders als durch Verkauf zu veräußern.

Rechtlich unzutreffend würdigt das Berufungsgericht auch das Verfügungsverbot und dessen Folgen. Ein Verstoß gegen diese bereits lebzeitige Verpflichtung von Dr. W. begründet einen sofortigen Eigentumsübertragungsanspruch der Beklagten, der durch eine Auflassungsvormerkung gesichert ist. Das Berufungsgericht erkennt, daß damit das gesetzliche Leitbild des Erbvertrages (§§ 2286 BGB) verlassen ist, will dem aber keine Bedeutung beimessen, weil die „Erblasserin“ die für sie entscheidende Vertragstreue der Beklagten nur mit eigener Vertragstreue habe erreichen können und es deshalb in ihrem Interesse gewesen sei, sich jeder Verfügung über ihr Eigentum zu enthalten. Ein Verstoß gegen das Verfügungsverbot sei damit völlig fernliegend und die lebzeitige Bindung damit nur eine mit der „Hülle des Rechts“ umschriebenes Verhalten der Wohnungseigentümerin, mit dem ohnehin nicht zu rechnen gewesen sei. Die Sanktion habe damit lediglich vertragsstrafenähnlichen Charakter, was die Einordnung des Vertrages als Verfügung von Todes wegen nicht hindere. Diese Erwägungen gehen fehl. Unbestreitbar ist Dr. W. durch die Verpflichtung zur Verfügungsunterlassung lebzeitig gebunden (§ 137 Satz 2 BGB), ein Verstoß hiergegen garantiert über die Sicherungswirkung der Auflassungsvormerkung den lebzeitigen Eigentumserwerb der Beklagten. Auch wenn das Risiko einer Vertragsverletzung gering sein mag, kommt es auf die rechtliche Verbindlichkeit der Vereinbarung an, denn gerade hierfür ist sie getroffen. Im übrigen ist die Risikoeinschätzung des Berufungsgerichts nicht zwingend, weil Dr. W. im Falle eines Verstoßes gegen das Verfügungsverbot nur den Eigentumsverlust unter Übernahme der bestehenden Belastungen riskierte, die Möglichkeit der Nutzung kraft Nießbrauchs jedoch behielte.

Der Kaufvertragscharakter des Vertrages kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, es fehle an der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, weil die Gesamtzahlungspflicht der Beklagten (berechnet nach der Lebenserwartung von Dr. W.) bei 360.000 DM liege und damit den Wert der Wohnung (300.000 DM) erheblich übersteige. Er ist geprägt vom Synallagma der Leistungen nicht aber von deren Gleichwertigkeit. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts gäbe es keinen auf Äquivalenzstörung beruhenden sittenwidrigen Kaufvertrag. Für die vertragstypologische Einordnung ist die Äquivalenz ohne Bedeutung. Darüber hinaus ist die Begründung des Berufungsgerichts in diesem Punkt auch widersprüchlich, soweit es ausführt, der im Falle der aufgegebenen Eigennutzung eingeräumte Nießbrauch trage „schenkungsähnlichen“ Charakter. Entweder haben sich die Beklagten nämlich zu Leistungen verpflichtet, die den Wert der Wohnung übersteigen, oder das Rechtsgeschäft ist „schenkungsähnlich“.

Daß die Kläger möglicherweise in einen Vertrag „einsteigen“ können, der nunmehr durch den Auszug der Wohnungseigentümerin „finanziell günstig“ geworden ist, kann als eine bei Vertragsabschluß nicht vorhersehbare Entwicklung die rechtliche Einordnung des Vertrages nicht beeinflussen. Liegt ein Vorkaufsfall vor, hat der Vorkaufsberechtigte Vorzug vor dem Drittkäufer und erhält damit alle Vorteile der Vertragsgestaltung (§ 505 Abs. 2 BGB).

Unerheblich ist schließlich der Hinweis des Berufungsgerichts darauf, daß Dr. W. im Februar 1992 den Abschluß eines Erbvertrages mit den Klägern als möglich angesehen habe und dieses Angebot gegen die These einer Absicht zur Umgehung des Vorkaufsrechts spreche. Auf eine solche Umgehungsabsicht kommt es nach der neueren Rechtsprechung des Senats (BGHZ 115, 335 ff.) nicht mehr an.

II. Läßt sich das Berufungsurteil mit der gegebenen Begründung nicht halten, kann der Senat die notwendige Würdigung selbst vornehmen, weil weiteres Tatsachenmaterial hierzu nicht zu erwarten ist (vgl. auch BGHZ 115, 335, 342 m.w.N. [= MittBayNot 1992, 37]. Der Vertrag vom 24.7.1992 ist unter Berücksichtigung seines ganzen Inhalts ein verschleierter Kauf, der den Vorkaufsfall ausgelöst hat.

Ob ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, hängt davon ab, ob die Beteiligten schon zu Lebzeiten Rechte und Pflichten begründen wollten, auch wenn sie erst beim Tode des einen von ihnen voll wirksam werden sollten (vgl. BGHZ 8, 23, 30), oder ob eine Bindung des „Erblassers“ zu seinen Lebzeiten nicht gewollt war. Dabei kann die Entgeltlichkeit der Zuwendung für die Annahme eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden sprechen (BGHZ 31, 13, 20; BGH, Urt. v. 1.6.1983, IVa ZR 35/82, NJW 1984, 46, 47). Nach dem Gesamtbild der Vereinbarungen war hier eine lebzeitige Bindung gewollt. Entscheidend ist insoweit, daß zum Versprechen einer Eigentumsübertragung im Todesfall („Vermächtnis“) eine Verfügungsunterlassungsvereinbarung trat, abgesichert durch einen aufschiebend bedingten Übereignungsanspruch, der wiederum durch eine Vormerkung gesichert war. Diese Bindung bezog sich ausdrücklich auch auf den Fall der Zwangsvollstreckung und beließ somit der Eigentümerin keinerlei rechtliche Verfügungsmöglichkeit über die Eigentumswohnung, die für einen Erbvertrag aber charakteristisch ist (§ 2286 BGB). Die Beklagten hatten dafür die Gegenleistung in Form der einmaligen und der monatlichen Zahlungen zu erbringen, wie sie für einen Kaufvertrag typisch sind, wobei sie sich auf eine weitgehende Vorleistung zu Lebzeiten von Dr. W. ersichtlich nur deshalb eingelassen haben, weil ihr Eigentumserwerb an der Wohnung nicht mehr verhindert werden konnte. Dazu kommt, daß den Beklagten mit Aufgabe der Eigennutzung durch Dr. W. ein bedingter Nießbrauch bestellt war und sie insoweit alle Lasten und Aufwendungen tragen sollten, wobei sie schon vorher werterhöhende oder werterhaltende Aufwendungen über 5.000 DM zu erstatten hatten. Wirtschaftlich rückten sie damit weitgehend in die Stellung des Eigentümers der

Wohnung ein. Diese Position erhielten sie nur gegen die versprochenen Zahlungen. Das synallagmatische Verhältnis der beiderseitigen Leistungen wird deutlich aus der Regelung über das Rücktrittsrecht von Dr. W. (bei Ausbleiben der monatlichen Zahlungen) und das der Beklagten, falls die Vermächtniserfüllung aus irgendwelchen Gründen doch noch scheitern sollte. Die Beklagten haben in diesem Fall nicht nur einen Rückerstattungsanspruch hinsichtlich ihrer Leistungen, sondern auch einen beachtlichen Zinsanspruch, und sind insoweit dinglich durch die dafür bestellte Grundschuld abgesichert. Demnach war der übereinstimmende Wille der Vertragsschließenden darauf gerichtet, sich zur Übereignung der Wohnung gegen Zahlung eines bestimmten Preises durch eine entsprechende vertragliche Bindung zu verpflichten. Diesen Willen haben sie – mit welchen Worten und Rechtsbegriffen auch immer – zum Ausdruck gebracht. Es handelt sich deshalb um einen Kaufvertrag (vgl. auch BGHZ 25, 174, 182), den auch die Kläger erfüllen können.

Ist mithin der Vorkaufsfall eingetreten und das Vorkaufsrecht durch Erklärung gegenüber dem Betreuer der Eigentümerin wirksam ausgeübt (die fristgerechte Erklärung ist unstreitig), so ist ohne Bedeutung, daß der Eigentumsübertragungsanspruch aufschiebend bedingt ist durch den Tod von Dr. W. Mit den Klägern kommt der Vertrag in der vereinbarten Form und unter den vereinbarten Bedingungen zustande (§ 505 Abs. 2 BGB).

III. Die Klageanträge sind damit alle begründet. Den Klägern steht – auch schon vor ihrem Eigentumserwerb oder ihrer Eintragung als Nießbraucher – gegen die Beklagten ein Anspruch auf Herausgabe der Wohnung zu (vgl. BGHZ 75, 288, 293; 87, 296, 297; 115, 335, 344 ff. [= MittBayNot 1992, 37]). Aus dem für die Beklagten eingetragenen Nießbrauch folgt kein Recht zum Besitz, denn dieser Nießbrauch ist den Klägern gegenüber relativ unwirksam (§§ 1098 Abs. 2, 883 Abs. 2 BGB).

Die Kläger können von den Beklagten auch die Zustimmung zur Löschung der im Wege des Vertragsvollzugs eingetragenen Rechte verlangen (§ 888 BGB), denn diese sind den Klägern gegenüber relativ unwirksam (§ 1098 Abs. 2, 883 Abs. 2 BGB). Ihre Löschung ist nach Ausübung des Vorkaufsrechts zur Verwirklichung ihrer Rechte aus dem Vertrag erforderlich, weil nunmehr anstelle der Beklagten die Kläger als Inhaber der Auflassungsvormerkung, des Nießbrauchs und der Grundschuld einzutragen sind.

Die Beklagten können andererseits die Erfüllung der Klageanträge verweigern, bis ihnen die bisher erbrachten Gegenleistungen erstattet werden (§ 1100 BGB analog). Der Senat hält in Fortführung seiner Rechtsprechung (BGHZ 115, 335, 346 [= MittBayNot 1992, 37] auch im vorliegenden Fall einen solchen Anspruch der Beklagten für gegeben. Nach der Vertragsgestaltung sind sie zwar noch nicht als neue Eigentümer im Grundbuch eingetragen und haben hierauf auch keinen Anspruch. Müssen sie aber die Nachteile des „verschleierten" Kaufvertrages tragen, so erscheint es angemessen, ihnen auch die Vorteile einer vereinfachten Abwicklung im Verhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Erstkäufer (§ 1100 BGB) zuzubilligen. Zur Höhe des Erstattungsanspruchs und zur entsprechenden Fassung eines Zug-um-Zug-Vorbehalts bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen. Aus diesem Grunde muß der Senat die Sache an das Berufungsgericht zurückverweisen.

---

2. BGB §§ 504, 505 *(Vorkaufsrechtsausübung vor grundstücksverkehrsrechtlicher Genehmigung)*

Ein Vorkaufsberechtigter kann nach Abschluß eines Kaufvertrages über ein landwirtschaftliches Grundstück die Ausübung seines Vorkaufsrechts schon vor der Erteilung der grundstücksverkehrsrechtlichen Genehmigung mit Wirkung auf den Genehmigungszeitpunkt erklären (Abgrenzung zu BGHZ 14, 1; 32, 383, 388 [= MittBayNot 1961, 213].

BGH, Urteil vom 15.5.1998 – V ZR 89/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Dem Kläger steht ein dingliches Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall an einem landwirtschaftlichen Grundstück zu, das der Grundstückseigentümer mit notariellem Vertrag vom 14.11.1994 an den Beklagten zum Preis von 102.095,40 DM verkaufte. Der Notar teilte dem Kläger mit Schreiben vom 12.12.1994 den Kaufvertrag mit, um ihm – wie er ausdrücklich ausführt – Gelegenheit zur Ausübung des Vorkaufsrechts zu geben. Daß die Grundstücksverkehrsgenehmigung noch ausstehe, erwähnte er nicht. Am 16.12.1994 übte der Kläger sein Vorkaufsrecht aus. Die Grundstücksverkehrsgenehmigung wurde am 20.1.1995 erteilt, dem Kläger aber von niemandem bekanntgegeben.

Am 18.2.1995 schlossen die Kaufvertragsparteien einen weiteren notariellen Kaufvertrag über dasselbe Grundstück zu einem beurkundeten Preis von 150.490 DM. Dieser Vertrag enthält keine ausdrückliche Regelung über den Bestand des ersten Vertrages und erwähnt auch das Vorkaufsrecht nicht. Er wurde antragsgemäß am 27.3.1995 ebenfalls genehmigt. Dem Kläger wurde der Vertrag am 5.4.1995 zusammen mit der Tatsache der Genehmigung mitgeteilt. Er übte insoweit kein Vorkaufsrecht aus, verwies aber mit Anwaltschreiben vom 28.6.1995 darauf, daß er schon hinsichtlich des ersten Vertrages sein Vorkaufsrecht ausgeübt habe.

Der Beklagte ist inzwischen als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen und hat es auch in Besitz.

Der Kläger hält seine erste Vorkaufsrechtsausübung für wirksam und hat den Beklagten auf Übereignung des Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung von 102.095,40 DM in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die auf Zustimmung zur Eigentumsübertragung und Herausgabe des Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung von 102.095,40 DM gerichtete Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht verneint unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine wirksame Vorkaufsrechtsausübung für den ersten Kaufvertrag (14.11.1994), weil diese vor Erteilung der grundstücksverkehrsrechtlichen Genehmigung erfolgt und damit ins Leere gegangen sei. Auch nach Genehmigungserteilung habe sie keine Wirkung entfaltet. Mit dem zweiten Kaufvertrag (18.2.1995) hätten die Vertragsparteien den ersten Vertrag wirksam aufgehoben, eine erneute Vorkaufsrechtsausübung (möglicherweise durch Anwaltschreiben vom 28.6.1995) im Hinblick auf diesen Vertrag sei deshalb nicht mehr möglich gewesen.

II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Es geht um die Frage, ob ein Vorkaufsberechtigter nach Abschluß des Kaufvertrages schon vor Erteilung der zur Wirksamkeit dieses Vertrages erforderlichen Genehmigung sein Vorkaufsrecht mit Wirkung auf den Genehmigungszeitpunkt ausüben kann. In der Literatur wird diese Frage überwiegend bejaht (vgl. *Erman/Grunewald*, BGB 9. Aufl. § 504 Rdnr. 14 und § 505 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/

Westermann, 3. Aufl., § 504 Rdnr. 16; *Staudinger/Mader*, BGB 1995, § 504 Rdnr. 31; *Schurig*, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht 1975 S. 146; *Hees*, Die vertragstypologische Bestimmung des Vorkaufsfalls und die Wirkungen einzelner Vereinbarungen und Störungen des Drittvertrages für das Vorkaufsrechtsverhältnis 1991 S. 92 ff.). Das Berufungsgericht hat sich dieser Meinung mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des Senats nicht angeschlossen.

Die bisherigen Entscheidungen betrafen jedoch andere Fallgestaltungen und hatten die hier maßgebliche Frage nicht zum Gegenstand. In BGHZ 14, 1 ff. ging es allein darum, ob die Kaufvertragsparteien den Vertrag vor Erteilung der Genehmigung trotz vorliegender Ausübungserklärung wieder aufheben können. Der Senat hat dies bejaht. Mit BGHZ 23, 342 ff. [= MittBayNot 1957, 202] hat der Senat nur die Frage entschieden, daß die Ausübungsfrist (§ 510 Abs. 2 BGB) erst nach Mitteilung eines genehmigten Vertrages in Lauf gesetzt wird. Daraus folgt zunächst nur, daß der Vorkaufsberechtigte sein Recht nicht vor der Mitteilung der behördlichen Genehmigung ausüben muß (vgl. auch RGZ 106, 320 ff.; Senatsurteil vom 29.10.1993, V ZR 136/92, NJW 1994, 315, 316 [= MittBayNot 1994, 122], nicht aber, daß er es nicht kann. In BGHZ 32, 383 ff. [= MittBayNot 1961, 213 ff.] ging es schließlich allein um die Frage, ob ein gesetzliches Vorkaufsrecht auch diejenigen Verträge erfaßt, die im Zeitpunkt seiner Entstehung zwar abgeschlossen, aber behördlich noch nicht genehmigt sind, was der Senat verneint hat (ebenso schon für das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht vgl. Senatsurteil vom 10. 7.1957, V ZR 156/55, LM BGB § 1098 Nr. 4 [= MittBayNot 1957, 340]).

Dem Berufungsgericht ist zuzugeben, daß der Senat in den oben genannten Entscheidungen auch ausgeführt hat, das Vorkaufsrecht könne erst nach Erteilung der Genehmigung ausgeübt werden, weil es vorher an einem wirksamen Kaufvertrag im Sinne von § 504 BGB fehle (vgl. BGHZ 14, 1 im Leitsatz, BGHZ 32, 383, 388 [= MittBayNot 1961, 213]; vgl. auch Senatsurteil vom 29.10.1993, V ZR 136/92, NJW 1994, 315, 316 [= MittBayNot 1994, 122]. Dies erweckt den Eindruck, als halte der Senat eine Ausübungserklärung während des Schwebezustands für unzulässig mit der Folge, daß sie auch dann nicht wirksam werden kann, wenn der Vertrag schließlich – ohne zwischenzeitliche Abänderung der Vertragsparteien – genehmigt wird. Bei genauerer Betrachtung betrafen die entschiedenen Fälle aber nur die (damals allein entscheidungserhebliche) Frage, ob ohne Genehmigung die Ausübungserklärung schon wirksam werden kann. An einer weitergehenden Aussage hält der Senat nicht fest. Getrennt werden muß die Möglichkeit einer Ausübungserklärung von der Frage nach ihrem Wirksamwerden. Richtig bleibt, daß der Vorkaufsberechtigte keinen Anspruch auf Eintritt des Vorkaufsfalles hat. Die Bindung der Vertragsteile untereinander bis zur Genehmigungserteilung (BGHZ 14, 1, 2) besagt nichts über ihre Gebundenheit gegenüber dem Vorkaufsberechtigten mit der Folge, daß sie einen Genehmigungsantrag nicht stellen müssen und ihn auch wieder zurückziehen können (BGHZ 14, 1, 3) und der Vorkaufsberechtigte schließlich auch kein Beschwerderecht gegen die Verweigerung der Genehmigung hat (vgl. BGH, Beschl. v. 20.6.1991, BLw 2/91, WM 1991, 1811). Die Vertragsteile können demgemäß den Vertrag in der Schwebezeit auch einverständlich aufheben oder abändern und damit das Vorkaufsrecht gegenstandslos machen, was im vorliegenden Fall allerdings nicht geschehen ist, weil der zweite Vertrag erst nach Genehmigungserteilung, nämlich am 18.2.1994, abgeschlossen wurde. Daraus folgt aber nicht, daß eine Ausübungserklärung nach Abschluß des Vertrages (§ 504 BGB) und vor Erteilung der Genehmigung rechtlich ohne Bedeutung sein muß und auch dann ins Leere geht, wenn der Vertrag schließlich unverändert genehmigt wird. Es sind keine durchschlagenden Gründe erkennbar, eine Ausübungserklärung mit Wirkung auf den Genehmigungszeitpunkt nicht anzuerkennen. § 504 BGB verlangt seinem Wortlaut nach nur, daß mit einem Dritten ein Kaufvertrag über einen dem Vorkaufsrecht unterliegenden Gegenstand geschlossen worden ist. Dieser Abschlußtatbestand, der den Inhalt des Vertrages festlegt, ist auch schon vor Genehmigungserteilung gegeben. Wird er – wie hier – dem Vorkaufsberechtigten mitgeteilt, kennt dieser die maßgebliche Grundlage, auf der seine Entscheidung zur Ausübung des Vorkaufsrechts aufbaut.

Es entspricht ganz allgemeiner Meinung, der auch der Senat folgt, daß eine Ausübungserklärung auch im Falle eines aufschiebend bedingten Vertrages schon vor Eintritt der Bedingung abgegeben werden kann und der Vorkaufsberechtigte es hinnehmen muß, daß die Bedingung ausfällt (vgl. RGZ 98, 44, 49; 106, 320, 324; *Erman/Grunewald*, BGB 9. Aufl. § 504 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/*Westerman*n, 3. Aufl. § 504 Rdnr. 16; *Palandt/Putzo*, BGB 57. Aufl. § 504 Rdnr. 4; *Soergel/Huber*, BGB 12. Aufl. § 504 Rdnr. 19; *Staudinger/Mader*, BGB 1995, § 504 Rdnr. 29). Wie auch der Senat nicht verkennt, besteht ein begrifflicher Unterschied zwischen einem genehmigungsbedürftigen und einem aufschiebend bedingten Vertrag. Die Ausübungserklärung hat im Falle des bedingten Vertrages zur Folge, daß sofort ein Vertrag dieses Inhalts (nämlich mit der Bedingung) zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verkäufer zustande kommt (§ 505 Abs. 2 BGB), während bei einem noch nicht genehmigten Vertrag die Ausübungserklärung diese Wirkung zunächst nicht entfalten kann. Demgemäß hat das Reichsgericht den entscheidenden Unterschied darin gesehen, der bedingte Vertrag sei schon ein „fertiger rechtsgültiger Vertrag“, ein noch nicht genehmigter Vertrag entbehre aber der Rechtswirksamkeit (vgl. z.B. RGZ 98, 44, 49; 106, 320, 324). Auch bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag läßt sich jedoch nicht übersehen, daß die vertraglichen Hauptpflichten (§ 433 Abs. 1 BGB) vor Eintritt der Bedingung noch nicht entstanden sind (§ 158 Abs. 1 BGB). Auch beim nicht genehmigten Vertrag hängt das endgültige Wirksamwerden von einem ungewissen äußeren Ereignis ab. In beiden Fällen bestehen aber schon gewisse Bindungswirkungen. Auch von einem nicht genehmigten Vertrag können sich die Vertragsparteien nicht mehr einseitig lösen (vgl. BGHZ 14, 1, 2). Wenig einleuchtend erscheint damit, warum in dem einen Fall eine Ausübungserklärung für zulässig erachtet wird, in dem anderen dagegen nicht. Die Ausübungserklärung kann einen Vertrag des abgeschlossenen Inhalts zwischen dem Verkäufer und dem Vorkaufsberechtigten nur dann zustande bringen, wenn eine Genehmigung erfolgt. Die zeitliche Reihenfolge zwischen Ausübungserklärung und Genehmigung erscheint dafür ohne Bedeutung. Vor allem aber hält die rein begriffliche Begründung einer Kontrolle nach der Interessenlage aller Beteiligten nicht stand (vgl. auch *Diezel*, JR 75, 8, 10 ff.).

Dem Vorkaufsberechtigten wird mit der Möglichkeit einer Ausübungserklärung vor der Genehmigung lediglich ein Recht zum Handeln eingeräumt, nicht aber eine Verpflichtung hierzu auferlegt. Wenn er sich zu einer Ausübungserklärung im Schwebezustand entschließt, tut er dies auf eigenes Risiko. Er erlangt damit keine bessere Rechtsposition als der Dritte, weil er wie dieser von der Genehmigungserteilung abhängig

ist. Da der Vertragsinhalt feststeht, muß er keine anderen Erwägungen anstellen als nach der Genehmigung. Behalten die Vertragsbeteiligten nach Auffassung des Senats das Recht, den Vertrag bis zur Genehmigung einverständlich abzuändern oder aufzuheben (anders allerdings *Diezel*, JR 75, 8, 10), sind ihre Interessen durch die Zulassung einer Ausübungserklärung vor der Genehmigung nicht berührt. Die Beteiligten erfahren vielmehr möglichst frühzeitig den Standpunkt des Vorkaufsberechtigten. Es würde daher einen unnötigen Formalismus bedeuten, vom Vorkaufsberechtigten die Wiederholung seiner Erklärung nach Genehmigungserteilung zu verlangen. Benachteiligt wäre nur der Vorkaufsberechtigte, weil die Vertragschließenden die Möglichkeit erhielten, durch Unterlassung einer Mitteilung über die Genehmigung (wie hier) eine Wiederholung der Ausübungserklärung zu verhindern und damit den Vorkaufsberechtigten, der unter Umständen für seine Ausübungserklärung schon Kosten aufgewandt hat, leerlaufen zu lassen. Der Drittkäufer wird nicht stärker belastet, weil er keine Möglichkeit hat, die Erfüllung des Kaufvertrages an ihn sicherzustellen. Der Verkäufer kann sich ohne Zustimmung des Drittkäufers einseitig ohnehin nicht vom Vertrag lösen. Jedenfalls nach der Genehmigungserteilung und damit nach Eintritt der vollen Wirksamkeit des Vertrages hat er kein schutzwürdiges Interesse daran, das Vorkaufsrecht durch Vertragsänderung zu vereiteln, nachdem er sich vorher freiwillig zum Verkauf seines Eigentums bereit erklärt und die Bedingungen hierfür wirksam festgelegt hat. Er weiß auch von Anfang an, daß der Vorkaufsberechtigte grundsätzlich die Möglichkeit hat, sich zu diesen Bedingungen gleichsam an die Stelle des Drittkäufers zu setzen.

Läßt man eine Ausübungserklarung vor Genehmigung mit Wirkung auf den Genehmigungszeitpunkt zu, so steht dem auch die grundsätzliche Bedingungsfeindlichkeit dieser Erklärung (vgl. BGHZ 32, 375, 383) nicht entgegen. Der Erklärungsempfänger soll nicht im Ungewissen über den durch die Willenserklärung des Berechtigten neu zu schaffenden Rechtszustand sein, die grundsätzliche Bedingungsfeindlichkeit dient also seinem Schutz. Wie beim Rücktrittsrecht schafft der Erklärende aber durch eine sogenannte Rechtsbedingung, d.h. durch die Abhängigkeit seiner Erklärung von der behördlichen Genehmigung (vgl. z.B. *Palandt/ Heinrichs*, BGB Einf. vor § 158 Rdnr. 5), keine untragbare Ungewißheit über den neuen Rechtszustand (vgl. BGHZ 97, 264, 267). Mit dieser Maßgabe ist mithin der Rechtssatz eingeschränkt, daß Gestaltungsrechte *grundsätzlich* keinen Schwebezustand vertragen (vgl. BGHZ 114, 360, 366; BGH, Urteil vom 14.11.1996, I ZR 201/94, NJW 1997, 1150, 1151 ff.).

Hatte der Kläger mit Wirkung auf den Genehmigungszeitpunkt sein Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt und ist damit zwischen ihm und dem Eigentümer ein Kauf mit dem Inhalt des Vertrages vom 14.11.1994 zustande gekommen (§ 1098 Abs. 1; § 505 Abs. 2 BGB), dann konnten die Vertragsbeteiligten ihm diese Position durch Vertrag vom 18.2.1995 nicht mehr entziehen.

Es kommt nach allem nicht mehr darauf an, ob – wie die Revision weiter meint – der Kläger sein Vorkaufsrecht in bezug auf den ersten Kaufvertrag mit Anwaltschreiben vom 28.6.1995 oder auch schon durch eine behauptete mündliche Erklärung im März 1995 jedenfalls wirksam ein zweites Mal ausgeübt hat.

2. Nach allem ist die Klage begründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten unabhängig von der Eigentumslage einen Anspruch auf Herausgabe (BGHZ 115, 335, 345 m.w.N. [= MittBayNot 1992, 37] und einen Anspruch darauf, daß dieser der Eigentumsumschreibung zustimmt (§ 1098 Abs. 2; § 888 Abs. 1 BGB). Er hat seine Klageanträge selbst dahin eingeschränkt, daß er dem Zahlungsanspruch des Beklagten auf Erstattung des erbrachten Kaufpreises in Höhe von 102.095,40 DM (§ 1100 Satz 1 BGB) nachkommen will. Der Beklagte kann vom Kläger dagegen nicht Erstattung des darüber hinausgehenden Kaufpreises in Höhe von 150.490 DM verlangen, denn dieser folgt erst aus dem Vertrag vom 18.2.1995, der hier nicht maßgeblich ist.

———

3. MietRVerbG Art. 10 § 3 *(Verstoß gegen das Koppelungsverbot)*

Ist der Erwerb eines Grundstücks rechtlich oder tatsächlich nur durch den Nachweis oder die Vermittlung eines Maklers möglich, und macht der Makler den Erwerb des Grundstücks von einem Auftrag an einen Architekten abhängig, dann verstößt der mit dem Architekten geschlossene Vertrag gegen das Koppelungsverbot des Mietrechtsverbesserungsgesetzes.

BGH, Urteil vom 19.2.1998 – VII ZR 236/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der beklagten Bauträgergesellschaft Architektenhonorar in Höhe von 394.749,01 DM.

Im Juni 1991 schlossen die Parteien einen Architektenvertrag für ein Bauvorhaben in M., in dem sich der Kläger verpflichtete, eine genehmigungsfähige Planung zu erstellen.

Das Landgericht hat der Klage, mit der der Kläger ursprünglich nur einen Teilbetrag verlangt hatte, in Höhe von 118.292,10 DM stattgegeben.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung des Klägers hat das Berufungsgericht den Beklagten zur Zahlung von 348.052,19 DM nebst Zinsen verurteilt. Hinsichtlich des Betrags von 46.696,82 DM hat es die Klage abgewiesen und die Anschlußberufung zurückgewiesen. Für den Kläger hat das Berufungsgericht die Revision zugelassen.

Die Beklagte erstrebte mit ihrer Revision die Abweisung der Klage. Der Kläger verfolgte mit seiner Anschlußrevision die Verurteilung der Beklagten zu einem weiteren Betrag in Höhe von 46.696,82 DM. Die Revision und die Anschlußrevision hatten Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (…)

2. Das Berufungsgericht hat die vom Senat zum Koppelungsverbot entwickelten Grundsätze verkannt und entscheidungserheblichen Sachvortrag der Beklagten nicht berücksichtigt.

a) Nach Artikel 10 § 3 MRVG ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die der Erwerber eines Grundstückes sich im Zusammenhang mit dem Erwerb verpflichtet, bei der Planung oder Ausführung eines Bauwerkes auf dem Grundstück die Leistungen eines bestimmten Ingenieurs oder Architekten in Anspruch zu nehmen. Die Vorschrift des Artikel 10 § 3 MRVG richtet sich gegen eine Bindung, die den Wettbewerb unter Ingenieuren und Architekten beeinträchtigt, sofern diese Bindung mit dem Erwerb des Grundstücks zusammenhängt; ein derartiger Zusammenhang besteht bei jeder Verpflichtung des Erwerbers zur Inanspruchnahme von Ingenieur- und

Architektenleistungen, ohne die er rechtlich oder tatsächlich das Grundstück nicht hätte bekommen können (vgl. BGH, Urteil vom 24.6.1982 – VII ZR 253/81 = BauR 1982, 512, 513 = ZfBR 1982, 219; Urteil vom 7.10.1982 – VII ZR 24/82 = BauR 1983, 93, 94).

b) Nach diesen Grundsätzen ist es für einen Zusammenhang zwischen dem Erwerb des Grundstücks und dem Architektenvertrag nicht erforderlich, daß der Veräußerer den Erwerb des Grundstücks rechtlich oder tatsächlich davon abhängig macht, daß der Käufer einem bestimmten Architekten einen Auftrag erteilt. Es genügt, daß der Erwerber das Grundstück aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nur unter der Voraussetzung erwerben konnte, daß er mit einem bestimmten Architekten einen Architektenvertrag abschließt.

c) Der Beklagte hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Tatsachen vorgetragen, die geeignet sind, einen Zusammenhang im Sinne des Artikel 10 § 3 MRVG zu begründen. Da das Berufungsgericht diesen Sachvortrag nicht berücksichtigt hat, ist er für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellen.

Die Beklagte hat vorgetragen, daß sie ohne einen Vertrag mit der Maklerfirma S. keine Chance gehabt hätte, das Grundstück zu erwerben und daß die Maklerfirma S. die Vermittlung des Grundstücks von dem Auftrag an den Kläger abhängig gemacht habe. Die Maklerfirma S., die eng mit dem Kläger zusammengearbeitet habe, habe die Vermittlung von Grundstücken generell davon abhängig gemacht, daß der Kläger einen Auftrag erhalten würde. Auch ihr – der Beklagten – gegenüber seien der Kläger und der Makler auf die gleiche Weise vorgegangen.

Dieser von der Beklagten behauptete Sachverhalt ist geeignet, einen Verstoß gegen das Koppelungsverbot zu begründen. Sollte sich als zutreffend erweisen, daß der Erwerb des Grundstücks rechtlich oder tatsächlich nur durch den Nachweis oder die Vermittlung der Maklerfirma S. möglich war und daß die Maklerfirma den Erwerb des Grundstücks von einem Auftrag an den Kläger abhängig gemacht hat, wäre ein Zusammenhang im Sinne des Artikel 10 § 3 MRVG gegeben. Daß das Grundstück im Eigentum einer Gemeinde stand, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

———

4. GBO §§ 20, 71; BeurkG § 13 Abs. 1 *(Keine Auswirkung der Unwirksamkeit des Kaufvertrags auf die in der gleichen Urkunde enthaltene Auflassung)*

1. **Hinsichtlich des an das Grundbuchamt gerichteten Antrags, eine beantragte Grundbucheintragung nicht vorzunehmen, tritt mit dem Vollzug des Eintragungsantrags Hauptsacheerledigung ein.**
2. **Eine nicht den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes entsprechende Beurkundung eines Kaufvertrages mit Auflassung berührt die Wirksamkeit der Auflassung grundsätzlich nicht.**

BayObLG, Beschluß vom 9.4.1998 – 2Z BR 64/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Mit notarieller Urkunde vom 7.12.1993 kauften die Beteiligten zu 1 von der Beteiligten zu 2 unter anderem eine Eigentumswohnung. In der Urkunde ist die Auflassung erklärt. Zugunsten der Beteiligten zu 1 wurde am 15.2.1994 eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen.

Die Beteiligten zu 1 haben beim Grundbuchamt beantragt, dem Antrag des Notars, die Auflassung einzutragen, nicht stattzugeben und einen entsprechenden Widerspruch in das Grundbuch einzutragen. Zur Begründung haben sie vorgetragen, der Vertrag vom 7.12.1993 sei wegen Verstoßes gegen das Beurkundungsgesetz nichtig. Durch Beschluß vom 17.9.1997 hat das Grundbuchamt die Anträge abgewiesen und am selben Tag die Beteiligten zu 1 unter gleichzeitiger Löschung der Auflassungsvormerkung als Eigentümer im Grundbuch eingetragen; außerdem wurde hinsichtlich einer Grundschuld ein Mithaftvermerk eingetragen. Die Beteiligten zu 1 haben gegen den Beschluß vom 17.9.1997 und die an diesem Tag vorgenommenen Grundbucheintragungen sowie eine Kostenrechnung Erinnerung eingelegt. Grundbuchrechtspflegerin und Grundbuchrichter haben der Erinnerung gegen den Beschluß des Grundbuchamts vom 17.9.1997 nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde gegen den Beschluß vom 17.9.1997 zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Die Beteiligten zu 1 haben sowohl gegen den Beschluß des Grundbuchamts vom 17.9.1997 als auch gegen die Grundbucheintragungen von diesem Tag und gegen eine damit im Zusammenhang stehende Kostenrechnung Erinnerung eingelegt. Die Nichtabhilfeentscheidung der Grundbuchrechtspflegerin und des Grundbuchrichters beschränken sich auf die Erinnerung gegen den Beschluß des Grundbuchamts vom 17.9.1997. Nur insoweit lag dem Landgericht damit durch die Vorlage seitens des Grundbuchrichters eine Beschwerde zur Entscheidung vor (§ 11 Abs. 2 Satz 4, 5 RPflG). Das Landgericht hat in seinem Beschluß auch nur über die Beschwerde gegen den Beschluß des Grundbuchamts vom 17.9.1997 entschieden.

2. Das Landgericht hätte die Beschwerde als unzulässig verwerfen müssen. Durch die mit dem Beschluß des Grundbuchamts vom 17.9.1997 abgewiesenen Anträge sollte die Eigentumsumschreibung verhindert werden. Dieses Verlangen ist mit der Eintragung der Beteiligten zu 1 als Eigentumer am 17.9.1997 gegenstandslos geworden. Insoweit ist Erledigung der Hauptsache eingetreten, weil eine Entscheidung über die Anträge nach der Eigentumsumschreibung nicht mehr ergehen konnte (vgl. *Demharter* GBO 22. Aufl. § 1 Rdnr. 54). Nach Hauptsacheerledigung konnte ein zulässiges Rechtsmittel im Sinn des § 71 GBO nicht mehr eingelegt werden. Die Beschwerde hätte daher verworfen werden müssen (*Demharter* § 1 Rdnr. 56). Mit dieser Maßgabe wird die weitere Beschwerde zurückgewiesen.

3. Über die weiteren von den Beteiligten zu 1 eingelegten Erinnerungen, unter anderem gegen die Grundbucheintragungen vom 17.9.1997, ist bisher von den Vorinstanzen nicht entschieden worden. Insoweit ist daher für eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts kein Raum; in Betracht kommen nur unverbindliche Hinweise für eine noch zu treffende Entscheidung.

Gegen die Eigentumsumschreibung durch Eintragung der Beteiligten zu 1 als Eigentümer ist unbeschadet der Frage eines Rechtsschutzbedürfnisses der Beteiligten zu 1 eine Erinnerung/Beschwerde nur mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs zulässig (§ 71 Abs. 2 GBO). Voraussetzung hierfür ist, daß die Eintragung vom Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen wurde und dadurch das Grundbuch unrichtig geworden ist (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO). Eine Grundbuchunrichtigkeit (vgl.

§ 894 BGB) käme nur in Betracht, wenn die Auflassung (vgl. § 925 BGB, § 20 GBO) nichtig wäre. Selbst eine Nichtigkeit des Kaufvertrags als des Grundgeschäfts wegen des behaupteten Verstoßes gegen § 13 Abs. 1 BeurkG würde sich grundsätzlich nicht auf die Wirksamkeit der Auflassung als Erfüllungsgeschäft auswirken (*Demharter* § 20 Rdnr. 31; vgl. dazu auch § 19 Rdnr. 18 ff.; KEHE/*Ertl* Grundbuchrecht 4. Aufl. Einl. Rdnr. A 41). Im übrigen ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Auflassung nicht die Beurkundung. Die Auflassung ist daher, wenn sie den Anforderungen des § 925 BGB entspricht, auch dann wirksam, wenn die Beurkundung unterblieben ist oder nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht (*Demharter* Rdnr. 27, KEHE/*Ertl* Rdnr. 114, jeweils zu § 20 und jeweils m.w.N.).

———

5. BGB §§ 145, 326, 545 ff. *(Abgrenzung eines (Miet-)Vorvertrages von einem Optionsrecht)*

Vereinbaren Käufer und Verkäufer eines Mietobjektes, daß jede Partei ab einem bestimmten Zeitpunkt zu einem vorbestimmten Preis eine Anmietung desselben durch den Verkäufer verlangen kann, so handelt es sich rechtlich um einen Vorvertrag, nicht um ein Optionsrecht.

Bei der Auslegung einer derartigen Vereinbarung geht ein übereinstimmender Wille beider Parteien dem Wortlaut des Vertrages und jeder anderweitigen Interpretation vor (ständige Rechtsprechung des BGH vgl. u.a. BGH DRsp-ROM Nr. 1994/1133 = NJW 1994, 1528 = MDR 1994, 480 [= MittBayNot 1994, 247]).

OLG Köln, Urteil vom 15.09.1997 – 19 U 210/96 –, mitgeteilt von *Lothar Jaeger,* Vors. Richter am OLG Köln

———

6. GBO § 53 Abs. 1 Satz 2; BGB § 883 *(Unzulässigkeit einer Auflassungsvormerkung infolge Unbestimmtheit der Lage der Teilfläche)*

Eine im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung ist inhaltlich unzulässig, wenn sich aus dem Eintragungsvermerk und der in Bezug genommenen einstweiligen Verfügung nur die Größe der Teilfläche ergibt, auf die sich der Übereignungsanspruch bezieht, nicht aber deren Lage auf dem Grundstück. Ist insoweit dem Berechtigten der Auflassungsvormerkung ein Bestimmungsrecht eingeräumt, muß sich dies aus dem Eintragungsvermerk oder der in Bezug genommenen einstweiligen Verfügung ergeben.

BayObLG, Beschluß vom 8.1.1998 – 2Z BR 160/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Das Grundstück des Beteiligten zu 1 ist im Grundbuch mit einer „Auflassungsvormerkung bezüglich einer Teilfläche“ zugunsten der Beteiligten zu 2 „gemäß einstweiliger Verfügung des Amtsgerichts Freising vom 21.2.1967“ belastet. Die einstweilige Verfügung lautet wie folgt:

> Im Grundbuch ... ist an bereiter Stelle eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Antragstellerin auf Übertragung des Eigentums an einem halben Tagwerk Grund aus der im Eigentum der Antragsgegnerin stehenden FlurNr. 603 der Gemarkung ... einzutragen.

Von dem Grundstück Flst. 603 wurde in der Folgezeit eine Teilfläche von 361 m² abgetrennt und dem Grundstück des Beteiligten zu 1 als Bestandteil zugeschrieben. In diesem Zusammenhang wurde die bei dem Grundstück Flst. 603 eingetragene Auflassungsvormerkung mitübertragen.

Der Beteiligte zu 1 hat beantragt, die Auflassungsvormerkung zu löschen. Das Grundbuchamt hat dies abgelehnt. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen und dem Beteiligten zu 1 die Kosten des Verfahrens auferlegt. Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (…)

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Eine Grundbucheintragung ist unter anderem dann inhaltlich unzulässig im Sinn des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, wenn sie in einem wesentlichen Punkt so unbestimmt ist, daß die Bedeutung des Eingetragenen auch bei zulässiger Auslegung nicht erkennbar ist. Dabei muß sich die inhaltliche Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk selbst und der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben; sonstige Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (allg. Meinung; BayObLGZ 1988, 390/393; *Demharter* GBO 22. Aufl. § 53 Rdnr. 42 und 49, jeweils m. w. Rechtsprechungsnachweisen). Bei einer Auflassungsvormerkung wie hier muß der schuldrechtliche Anspruch auf Eigentumsübertragung, der durch die Vormerkung gesichert werden soll, nach Inhalt und Umfang zweifelsfrei bestimmt oder doch bestimmbar sein (allg. Meinung; BayObLGZ 1992, 40/42 [= MittBayNot 1992, 199]; *Demharter* Anhang zu § 44 Rdnr. 87).

b) Nach diesen Grundsätzen erweist sich die Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 als inhaltlich unzulässig, weil der Umfang des schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs nicht eindeutig bestimmt oder bestimmbar ist. In dem Eintragungsvermerk ist lediglich die Größe der Teilfläche festgelegt, auf die sich der Übereignungsanspruch erstreckt, nicht aber deren Lage auf dem Grundstück. Das Erfordernis der Bestimmtheit wäre zwar erfüllt, wenn einem Dritten, insbesondere der Beteiligten zu 2 als Berechtigter der Auflassungsvormerkung, das Recht eingeräumt wäre, insoweit eine Bestimmung zu treffen (BayObLGZ 1992, 40/42 [= MittBayNot 1992, 199]). Ein derartiges Bestimmungsrecht ergibt sich aber weder aus dem Eintragungsvermerk selbst noch aus der in Bezug genommenen einstweiligen Verfügung, die hier an die Stelle der Bewilligung als Eintragungsgrundlage tritt (§ 885 BGB). Der Überlassungsvertrag, aus dem sich nach Ansicht des Landgerichts ein solches Bestimmungsrecht ergibt, ist in dem Eintragungsvermerk nicht in Bezug genommen worden; auf ihn kann daher nicht zurückgegriffen werden. Auch im Weg der Auslegung der Grundbucheintragung ergibt sich ein Bestimmungsrecht der Beteiligten zu 2 nicht. Bei der Auslegung einer Grundbucheintragung ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk und der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Dabei dürfen andere Umstände nur berücksichtigt werden, wenn sie für jedermann nach den Umständen des Einzelfalles ohne weiteres erkennbar sind

(*Demharter* § 53 Rdnr. 4 m.w. Rechtsprechungsnachweisen). Danach ergibt sich ein Bestimmungsrecht hinsichtlich der Lage der Teilfläche nicht als nächstliegende Bedeutung, weil auf den Überlassungsvertrag nicht zurückgegriffen werden kann.

Die inhaltliche Unzulässigkeit, die bereits die Eintragung der Auflassungsvormerkung bei dem Grundstück Flst. 603 betraf, wurde durch die bloße Mitübertragung nicht beseitigt.

---

7. BGB § 139; WEG §§ 4, 6 Abs. 1, § 7 Abs. 3, § 8; GBO § 53 Abs. 1 Satz 2 *(Unterteilung von Wohnungseigentum)*

1. **Von der Unterteilung eines Wohnungseigentums dürfen nur die Räume erfaßt werden, die Sondereigentum dieses Wohnungseigentums sind. Weist der Unterteilungsplan und, durch Bezugnahme darauf, das Grundbuch Räume als Sondereigentum einer der neugebildeten Einheiten aus, die nach dem ursprünglichen Aufteilungsplan gemeinschaftliches Eigentum sind, so liegt insoweit eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung vor. Dabei kommt es nicht darauf an, ob bei der Eintragung des neugebildeten Wohnungseigentums nur auf die Unterteilungsbewilligung nebst Unterteilungsplan, oder auch auf die ursprüngliche Bewilligung und den ursprünglichen Aufteilungsplan Bezug genommen wird (Fortführung von BayObLGZ 1987, 390 [= MittBayNot 1988, 35]; 1995, 399 [= MittBayNot 1996, 104]).**
2. **Ob der durch die Unterteilung geschaffene Grundbuchinhalt im übrigen richtig oder unrichtig ist, richtet sich nach der Wirksamkeit des zugrundeliegenden materiellrechtlichen Restgeschäfts; diese ist wiederum nach § 139 BGB zu beurteilen.**

BayObLG, Beschluß vom 19.3.1998 – 2Z BR 113/97 = BayObLGZ 1998 Nr. 21 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage. Mit Teilungserklärung vom 7.7.1978 bildeten die damaligen Eigentümer des Grundstücks A und B zwei Wohnungseigentumsrechte, darunter einen Miteigentumsanteil von $^{800}/_{1000}$, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 2 bezeichneten Wohnung samt Nebenräumen. Die Wohnung Nr. 1 wurde im Jahre 1979 veräußert und 1982 weiterveräußert; jetzt gehört sie den Beteiligten zu 3 und 4.

Mit notariell beurkundetem „Nachtrag zur Teilungserklärung vom 7.7.1978“ teilten A und B am 27.1.1981 das Wohnungseigentum Nr. 2 in drei Wohnungseigentumsrechte auf. Unter anderem bildeten sie einen Miteigentumsanteil von $^{600}/_{1000}$, „verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 2 bezeichneten Wohnung und den nicht zu Wohnzwecken dienenden, mit Nr. 2 bezeichneten Räumen (Garage, Keller, Keller/Hobbyraum, Dusche, Zählerraum, Müllbox)“. In das Grundbuch wurde die neugebildete „Wohnung Nr. 2 laut Aufteilungsplan“ ebenso wie die beiden anderen neugebildeten Einheiten, die nunmehr der Beteiligten zu 2 gehören, am 4.5.1981 „gemäß Bewilligung vom 27.1.1981“ eingetragen. In dem zusammen mit dem Nachtrag eingereichten Aufteilungsplan zum Untergeschoß sind ein „Abstellraum/Hobbyraum“ und ein mit „ZR“ bezeichneter Raum sowie ein Raum außerhalb des Gebäudes (Müllbox) jeweils mit der Nr. 2 gekennzeichnet. Diese Kennzeichnung fehlte im ursprünglich eingereichten Aufteilungsplan bei den beiden erstgenannten Räumen; der Raum außerhalb des Gebäudes ist in dem ursprünglichen Plan nicht eingezeichnet.

Im Jahre 1985 überließ A die neugebildete Wohnung Nr. 2 seiner Ehefrau.

Am 10.11.1988 trug das Grundbuchamt im Grundbuch des Wohnungseigentums Nr. 2 von Amts wegen zugunsten der anderen Wohnungseigentümer einen Widerspruch dagegen ein, daß der im neuen Aufteilungsplan als „Abstellraum/Hobbyraum“ bezeichnete Raum dem neugebildeten Miteigentumsanteil von $^{600}/_{1000}$ als Sondereigentum zugeordnet ist.

Im Jahre 1989 veräußerte die Ehefrau des A die Wohnung Nr. 2 an den Beteiligten zu 1. Am 9.11.1995 trug das Grundbuchamt einen Amtswiderspruch dagegen ein, daß der Zählerraum („ZR“) und die Müllbox im Aufteilungsplan als zum Wohnungseigentum Nr. 2 gehörendes Sondereigentum ausgewiesen sind.

Der Beteiligte zu 1 hat im Februar 1997 Beschwerde gegen die beiden Amtswidersprüche eingelegt; er beantragt, diese zu löschen. Grundbuchrechtspfleger und -richter haben nicht abgeholfen, das Landgericht hat das Rechtsmittel zurückgewiesen. Der Beteiligte zu 1 hat dagegen weitere Beschwerde eingelegt. Das zulässige Rechtsmittel des Beteiligten zu 1 hatte in der Sache keinen Erfolg. Es führte aber zu der Anweisung an das Grundbuchamt, die Amtswidersprüche sowie in allen von der Unterteilung betroffenen Wohnungsgrundbüchern diejenigen Eintragungen zu löschen, die sich auf die drei in den Amtswidersprüchen genannten Räume beziehen.

Aus den Gründen:

1. (…)

2. Da das Rechtsbeschwerdegericht die inhaltliche Unzulässigkeit einer Eintragung von Amts wegen beachten muß, ist die Löschung anzuordnen, auch wenn der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsmittel ein anderes Ziel erstrebt; das Verbot der Schlechterstellung des Beschwerdeführers gilt hier nicht (vgl. BayObLGZ 1984, 239/246 m.w.N.)

a) Das nunmehr im Grundbuch eingetragene Wohnungseigentum Nr. 2 ist durch Unterteilung des früheren Wohnungseigentums Nr. 2 entstanden. Wie das Landgericht zutreffend ausführt, konnte an den drei Räumen durch die Unterteilung kein Sondereigentum entstehen, diese Räume hatten nach der ursprünglichen Aufteilung bei Begründung des Wohnungseigentums nicht zum Wohnungseigentum Nr. 2 gehört, sondern waren – soweit es sie überhaupt schon gegeben hatte – nach der Beschreibung im Grundbuch und der Kennzeichnung im Aufteilungsplan nicht Sondereigentum, sondern gemeinschaftliches Eigentum. Eine Unterteilung kann jedoch rechtlich nur solche Räume erfassen, die zum Sondereigentum des aufgeteilten Wohnungseigentums gehören (BayObLGZ 1987, 390/398 [= MittBayNot 1988, 35]).

b) Die Ausweisung der drei Räume als Sondereigentum im Unterteilungsplan und damit im Grundbuch (§ 8 Abs. 2 Satz 1, § 7 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 WEG) macht das Grundbuch nicht nur unrichtig; sie stellt vielmehr eine inhaltlich unzulässige Eintragung dar (vgl. dazu allgemein *Demharter* GBO 22. Aufl. § 53 Rdnr. 42 ff.). Das jetzige Wohnungseigentum Nr. 2 ist, wie sich aus dem Grundbuch ergibt, durch die Unterteilung eines größeren Wohnungseigentums entstanden. Eine Unterteilung kann nur die Räume erfassen, die zum Sondereigentum des unterteilten Wohnungseigentums gehört haben. Entsprechend können auch nur diese Räume im Unterteilungsplan behandelt werden. Hier weist dieser Plan Räume, die nicht zum Wohnungseigentum Nr. 2 gehörten, sondern gemeinschaftliches Eigentum sind, nunmehr als Sondereigentum der neugebildeten Wohnung Nr. 2 aus. Damit verlautbart das Grundbuch insoweit einen Rechtszustand, den es als Ergebnis einer Unterteilung nicht geben kann. Zur Bestimmung dessen, welche Räume von der Unterteilung erfaßt werden können und müssen, ist ein Vergleich mit dem ursprünglichen

Aufteilungsplan erforderlich; insoweit muß dieser Plan zur Bestimmung des jetzigen Grundbuchinhalts mit herangezogen werden. Dabei ist es entgegen der Ansicht von *Rapp* (*Staudinger/Rapp* WEG 12. Aufl. § 6 Rdnr. 4) nicht entscheidungserheblich, ob bei der Eintragung der Unterteilung auf beide Eintragungsbewilligungen und auf den alten und neuen Aufteilungsplan Bezug genommen wird oder wie im vorliegenden Fall nur auf die Unterteilungsbewilligung und den Unterteilungsplan. Auch ohne nochmalige ausdrückliche Bezugnahme auf die frühere Eintragungsbewilligung gibt der ursprüngliche Aufteilungsplan als nach wie vor aktueller Grundbuchinhalt Auskunft darüber, welche Räume in die Unterteilung einbezogen werden durften und ob auch alle Räume im Sondereigentum wiederum als Sondereigentum ausgewiesen sind. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich um eine inhaltlich unzulässige Eintragung. Die inhaltliche Unzulässigkeit ergibt sich auch aus dem Widerspruch, der in der Kennzeichnung eines Raums als gemeinschaftliches Eigentum im ursprünglichen, als Sondereigentum im neuen Aufteilungsplan liegt (vgl. zu allem BayObLGZ 1987, 390/393 ff. [= MittBayNot 1988, 35]; 1995, 399/402 ff. [= MitBayNot 1996, 104] – hier hat sich der Senat auch mit der Kritik von *Röll* in MittBayNot 1988, 22 ff. auseinandergesetzt –; BayObLG Rpfleger 1988, 256).

c) Die im neuen Aufteilungsplan erstmals als Sondereigentum ausgewiesenen Räume sind, wie das Landgericht weiter zutreffend ausführt, im Zusammenhang mit der Unterteilung nicht von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum übergeführt worden. Dazu hätte es, da es sich um die nachträgliche Einräumung von Sondereigentum handelt, nach § 4 Abs. 1 WEG der Einigung aller damaligen Wohnungseigentümer als Beteiligte in der Form der Auflassung und der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bedurft (BayObLGZ 1991, 313/316 f. m.w.N. [= MittBayNot 1992, 50]; *Weitnauer* WEG 8. Aufl. § 4 Rdnr. 3). Der Eigentümer der Wohnung Nr. 1 hätte zwar bei der Einigung von den Eigentümern der Wohnung Nr. 2, die die Unterteilung vornahmen, vertreten werden können; doch fehlt sowohl für die Einigung selbst als auch für ein Handeln im fremden Namen jeder Anhaltspunkt in der notariellen Urkunde; das Grundbuchverfahren verlangt jedoch klare und eindeutige Erklärungen. Das Handeln „zugleich für den Wohnungseigentümer der Wohnung Nr. 1“ in Abschnitt VII der Urkunde betrifft nur die Zuweisung eines Sondernutzungsrechts. Weiter fehlt die für die Begründung von Sondereigentum erforderliche Eintragung der Auflassung in das Grundbuch; durch die Einzeichnung der Nr. 2 im Unterteilungsplan bei Räumen, die gemeinschaftliches Eigentum sind, kann die Eintragung der Auflassung nicht ersetzt werden. Da die Umwandlung der drei Räume in Sondereigentum Voraussetzung für deren Einbeziehung in die Unterteilung war, hätte sie spätestens gleichzeitig mit dieser in das Grundbuch eingetragen werden müssen. Es kommt daher, wie das Landgericht gleichfalls zutreffend feststellt, weder darauf an, wozu die vom Käufer der Wohnung Nr. 1 erteilte Vollmacht die Eigentümer der Wohnung Nr. 2 ermächtigte, noch darauf, daß die Zweitkäufer der Wohnung Nr. 1 im Herbst 1981 „die Erklärungen in der Nachtragsurkunde vom 27.1.1981“ ausdrücklich genehmigten.

d) (1) Die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung erfaßt unmittelbar nur die drei Räume, die im ursprünglichen Aufteilungsplan als gemeinschaftliches Eigentum bzw. als Teil des gemeinschaftlichen Grundstücks, im Unterteilungsplan als Sondereigentum ausgewiesen sind. Dies hätte die inhaltliche Unzulässigkeit der ganzen im Zusammenhang mit der Unterteilung bewirkten Eintragungen nur dann zur Folge, wenn dem Rest der Eintragungsvermerke ein wesentliches Erfordernis fehlte (BGH NJW 1966, 1656 f.; BGH WPM 1968, 10878 f.; BayObLGZ 1973, 21/27; KG KGJ 42 A, 257/260; *Demharter* Rdnr. 58, KEHE/*Eickmann* GBR 4. Aufl. Rdnr. 20; *Meikel/Streck* GBR 8. Aufl. Rdnr. 121, jeweils zu § 53). Hier weist die Eintragung der neugebildeten Einheiten, wenn die drei zugleich als gemeinschaftliches und als Sondereigentum ausgewiesenen Räume unberücksichtigt bleiben, keinen Mangel, sondern alle Erfordernisse inhaltlich zulässiger und wirksamer Eintragungen aus. Der Miteigentumsanteil des früheren Wohnungseigentums Nr. 2 von $^{800}/_{1000}$ ist in vollem Umfang aufgeteilt, mit jedem daraus neugebildeten Anteil das Sondereigentum an bestimmten Räumen verbunden und es sind alle Räume, die als Sondereigentum zum früheren Wohnungseigentum Nr. 2 gehörten, wiederum als Sondereigentum ausgewiesen.

Der Fall unterscheidet sich insoweit von den bisher vom Senat entschiedenen Fällen, in denen jeweils Sondereigentum des unterteilten Wohnungseigentums im Unterteilungsplan als gemeinschaftliches Eigentum ausgewiesen war. Eine Lokalisierung des Eintragungsmangels auf bestimmte Räume oder auf bestimmte durch die Unterteilung entstandene Einheiten war dort nicht möglich. Die Löschung der im Zusammenhang mit der Unterteilung vorgenommenen Eintragung nur bei dem Raum, der Sondereigentum war, im Unterteilungsplan aber als gemeinschaftliches Eigentum ausgewiesen wurde, hätte zur Folge gehabt, daß dieser Raum als Sondereigentum im Grundbuch eingetragen gewesen wäre (was auch der wirklichen Rechtslage entsprach). Dieses Sondereigentum wäre dann aber nicht mit einem Miteigentumsanteil verbunden gewesen, und dies hätte wiederum wegen § 6 Abs. 1 WEG gegen zwingendes Recht verstoßen und zu einer inhaltlich unzulässigen Eintragung geführt (vgl. BayObLGZ 1987, 390/395 [= MittBayNot 1988, 35]; 1995, 399/404 [= MittBayNot 1996, 104] – a.A. *Staudinger/Rapp* a.a.O.). Die inhaltliche Unzulässigkelt erfaßte somit dort alle Räume, die nach wie vor als Sondereigentum eingetragen waren und bei deren Bildung durch Unterteilung der zum ursprünglichen Wohnungseigentum gehörende Miteigentumsanteil „aufgebraucht“ worden war.

(2) Die Frage, ob die Eintragung von 1981 über die Unterteilung im übrigen unrichtig ist, da an den drei Räumen kein Sondereigentum begründet werden konnte, braucht hier nicht entschieden zu werden. Dies hängt von der Teilwirksamkeit oder völligen Nichtigkeit des materiellen Rechtsgeschäfts ab, dies wiederum gemäß § 139 BGB davon, ob anzunehmen ist, daß die damaligen Eigentümer die Unterteilung in dieser Weise, vor allem mit der Bildung von Miteigentumsanteilen in dieser Größe, auch vorgenommen hätten, wenn die drei Räume nicht Teil des neuen Wohnungseigentums Nr. 2 wurden (vgl. KG KGJ 43 A 223 f.). Im letzten Fall wäre das mit der Unterteilung vorgenommene Rechtsgeschäft insgesamt unwirksam und die darauf beruhenden Eintragungen, soweit sie nicht inhaltlich unzulässig sind, vorbehaltlich eines gutgläubigen Erwerbs, unrichtig.

e) Durch die Veräußerungen des Wohnungseigentums Nr. 2 in den Jahren 1985 und 1989 konnte nicht kraft guten Glaubens (§ 892 BGB) Sondereigentum an den drei Räumen erworben werden. Der an sich mögliche gutgläubige Erwerb des Sondereigentums an Räumen, die in Wirklichkeit gemeinschaftliches Eigentum sind (vgl. BayObLGZ 1995, 399/401 [= MittBayNot 1996, 104]; *Weitnauer* § 3 Rdnr. 40; *Staudinger/Rapp* a.a.O.), scheidet hier aus; denn eine inhalt-

lich unzulässige Eintragung kann nicht Grundlage für gutgläubigen Erwerb sein (BayObLGZ 1995, 399/403 m.w.N., *Staudinger/Rapp* § 3 Rdnr. 67).

3. Zum Zweck der Löschung wird in den Grundbüchern kenntlich zu machen sein, daß die drei Räume (Abstellraum/Boot bzw. Abstellraum/Hobbyraum, Zählerraum bzw. Raum „2 ZR“ und Müllbox) nicht als Sondereigentum zum Wohnungseigentum Nr. 2 gehören; damit sind diese Räume aufgrund des ursprünglichen Aufteilungsplans wieder als gemeinschaftliches Eigentum ausgewiesen. Da eine inhaltlich unzulässige Eintragung nicht die Grundlage weiterer Eintragungen sein kann (BayObLGZ 1987, 390/393 [= MittBayNot 1988, 35];1995, 399/403 [= MittBayNot 1996, 104]; BayObLG Rpfleger 1988, 256; *Meikel/Streck* § 53 Rdnr. 123) und sich die beiden Widersprüche allein gegen die Eintragung der drei Räume als Sondereigentum, also gegen den inhaltlich unzulässigen Teil des ganzen Eintragungsvermerks richten, sind auch sie von Amts wegen zu löschen.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. zu dieser Thematik auch den Beitrag von *Dr. Rapp*, Unterteilungen und Neuaufteilungen von Wohnungseigentum, MittBayNot 1996, 344.

———

8. GBO § 53 *(Unauflösbarer Widerspruch zwischen Eintragungsvermerk und in Bezug genommener Urkunde)*

Ist ein Sondereigentum im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs als „Wohnung“ bezeichnet, ergibt sich aber aus den in Bezug genommenen Eintragungsbewilligungen, daß es sich bei dem Sondereigentum um einen Hobbyraum handelt und somit Teileigentum vorliegt, ist die Eintragung als inhaltlich unzulässig zu löschen.

BayObLG, Beschluß vom 13.2.1998 – 2 Z BR 158/97–, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

———

9. GBO § 9; BGB § 914 Abs. 2 *(Keine Eintragungsfähigkeit des Verzichts auf Überbaurente beim rentenberechtigten Grundstück)*

Die Eintragung des Verzichts auf eine Überbaurente beim rentenpflichtigen Grundstück kann nicht beim rentenberechtigten Grundstück im Grundbuch vermerkt werden.

BayObLG, Beschluß vom 25.6.1998 – 2Z BR 100/98 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Hans-Frieder Krauß*, Hof und *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte ist Eigentümerin des Grundstücks Flst. 34, das von der Gemeinde als Eigentümerin des Nachbargrundstücks Flst. 34/1 teilweise mit einem Feuerwehrhaus überbaut wurde.

Durch Vertrag vom 28.5./2.6.1997 verzichtete die Beteiligte gegenüber der Gemeinde auf die Zahlung einer Überbaurente.

Die Gemeinde hat die Eintragung des Verzichts auf dem Grundbuchblatt ihres Grundstücks bewilligt. Die Beteiligte hat beantragt, diese Eintragung auf ihrem Grundstück zu vermerken. Das Grundbuchamt hat den Verzicht auf die Überbaurente am 2.10.1997 auf dem Blatt des Grundstücks der Gemeinde eingetragen. Am 30.9.1997 hat es den Antrag der Beteiligten abgewiesen, diese Eintragung bei deren Grundstück zu vermerken. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht zurückgewiesen.

Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde der Beteiligten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (…)

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

a) Das Recht auf eine Überbaurente gemäß § 912 Abs. 2 BGB lastet auf dem Grundstück, von dem aus überbaut wurde, zugunsten des jeweiligen Eigentümers des überbauten Grundstücks aufgrund der gesetzlichen Vorschrift des § 913 BGB. Es geht allen anderen Rechten an dem belasteten Grundstück vor (§ 914 Abs. 1 Satz 1 BGB), kann aber nicht in das Grundbuch eingetragen werden (§ 914 Abs. 2 Satz 1 BGB). Dagegen bedarf ein Verzicht auf die Überbaurente als Aufgabe des Rechts gemäß § 875 Abs. 1 Satz 1 BGB der Eintragung in das Grundbuch (§ 914 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der Verzicht ist nach inzwischen allgemeiner Meinung auf dem Grundbuchblatt des rentenpflichtigen Grundstücks einzutragen (BayObLG Rpfleger 1976, 180 [= MittBayNot 1976, 24]; KG JFG 4, 387; Rpfleger 1968, 52; OLG Bremen Rpfleger 1965, 55; OLG Düsseldorf Rpfleger 1978, 16 [= MittBayNot 1978, 6]; *Palandt/Bassenge* BGB 57. Aufl. § 914 Rdnr. 3; *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 1168; *Demharter* GBO 22. Aufl. Anhang zu § 13 Rdnr. 18).

b) Ob der beim rentenpflichtigen Grundstück eingetragene Verzicht auf die Überbaurente gemäß § 9 GBO auf dem Grundbuchblatt des rentenberechtigten Grundstücks vermerkt werden kann, wird nicht einheitlich beantwortet. Bejaht wird dies von der Rechtsprechung (KG Rpfleger 1968, 52/54; OLG Bremen Rpfleger 1965, 55/56; LG Düsseldorf Rpfleger 1990, 288) und Teilen des Schrifttums (*Palandt/Bassenge* § 914 Rdnr. 3; MünchKomm/*Säcker* BGB 3. Aufl. § 914 Rdnr. 5, RGRK/*Augustin* BGB 12. Aufl. § 914 Rdnr. 4; KEHE/*Ertl/Albrecht* Grundbuchrecht 4. Aufl. Einleitung Rdnr. D 9). In der grundbuchrechtlichen Literatur wird die Eintragungsfähigkeit eines Vermerks gemäß § 9 GBO überwiegend verneint (*Demharter* § 9 Rdnr. 5; *Meikel/Böttcher* Grundbuchrecht 8. Aufl. § 9 Rdnr. 25; *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 1168; KEHE/*Eickmann* § 9 Rdnr. 6). Der Senat schließt sich dieser Meinung an.

c) Es gibt keine gesetzliche Bestimmung, die allgemeine Grundsätze darüber enthält, unter welchen Voraussetzungen eine Eintragung in das Grundbuch vorgenommen werden darf. Grundsätzlich dürfen nach allgemeiner Meinung nur solche Eintragungen vorgenommen werden, die das Gesetz vorschreibt oder zuläßt. Dabei ist eine Zulassung auch darin zu sehen, daß das Gesetz an die Eintragung bestimmte Rechtswirkungen anknüpft (BGHZ 116, 392/399 f.; *Demharter* Anhang zu § 13 Rdnr. 14, KEHE/*Ertl* Einleitung Rdnr. B 2, jeweils m.w.N.). Für die Wirksamkeit eines Verzichts auf eine Überbaurente ist nach der gesetzlichen Regelung die Eintragung des Verzichts bei dem rentenpflichtigen Grundstück Voraussetzung. Einen Vermerk dieser Eintragung beim rentenberechtigten Grundstück schreibt das Gesetz dagegen weder vor noch sind davon irgendwelche Rechtswirkungen abhängig. Das Gesetz läßt den Vermerk auch nicht ausdrücklich zu.

(1) Nach § 9 Abs. 1 GBO kann ein subjektiv-dingliches Recht auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks auf Antrag vermerkt werden. Um ein dem jeweiligen Eigentümer des überbauten Grundstücks zustehendes Recht handelt es sich bei einem Verzicht auf die Überbaurente nicht. Ein solches kraft Gesetz bestehendes, allerdings nicht eintragungsfähiges Recht stellt die Überbaurente dar (§ 913 Abs. 1 BGB). Der Verzicht darauf ist kein Recht, vielmehr das Gegenteil, nämlich die Aufgabe eines Rechts.

(2) Allerdings hat das Kammergericht in seiner Entscheidung vom Jahr 1926 (JFG 4, 387/388) in vertraglichen Abmachungen über eine Änderung des gesetzlichen Rechtszustands in bezug auf die Überbaurente die Begründung einer Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt gesehen, daß die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen gegenüber ergibt (§ 1018 Fall 3 BGB). In seiner Entscheidung vom Jahr 1967 (Rpfleger 1968, 52) hat das Kammergericht diesen Gesichtspunkt nicht mehr aufgegriffen. Wollte man ihm folgen, müßte diese Grunddienstbarkeit bei dem rentenberechtigten Grundstück eingetragen werden. Dann könnte die Eintragung eines Vermerks gemäß § 9 GBO in Betracht kommen, aber auf dem Grundbuchblatt des rentenpflichtigen Grundstücks. Dieser Fall ist hier nicht gegeben, weil der Verzicht beim rentenpflichtigen Grundstück eingetragen ist und der Vermerk beim rentenberechtigten Grundstück eingetragen werden soll.

d) Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum die Eintragungsfähigkeit eines Vermerks über die Eintragung des Verzichts auf die Überbaurente bejaht wird, überzeugt die dafür gegebene Begründung nicht. Das Kammergericht (Rpfleger 1968, 52/54) ist der Meinung, aus der Eintragung des Verzichts in Abteilung II des Grundbuchs für das rentenpflichtige Grundstück folge, daß auf Antrag ein Vermerk nach § 9 GBO im Grundbuch des rentenberechtigten Grundstücks einzutragen sei. Dies trifft indes nicht zu, weil es sich bei dem Verzicht nicht um ein subjektiv-dingliches Recht handelt, das nach § 9 GBO Voraussetzung für die Eintragung des Vermerks ist. Das OLG Bremen (Rpfleger 1965, 55/56) meint, die „Schwierigkeiten des Erwerbers eines von vielen Nachbargrundstücken umgebenen Grundstücks, sich über den Bestand von Rentenrechten zu vergewissern, und über die angebliche Schmälerung seines Gutglaubensschutzes“ ließen sich durch die Eintragung eines Vermerks gemäß § 9 GBO beheben. Diese Gesichtspunkte begründen, gemessen an den Voraussetzungen, unter denen eine Grundbucheintragung zulässig ist, nicht die Eintragungsfähigkeit eines Vermerks entsprechend § 9 GBO, dessen gesetzliche Voraussetzungen vom Wortlaut her nicht erfüllt sind. Dasselbe gilt für die Begründung des LG Düsseldorf (Rpfleger 1990, 288). Das Gericht meint, aufgrund eines Vermerks stehe für jeden fest, daß der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks aus dem Überbau kein Recht herleiten könne; allein dieser Umstand begründe die Eintragungsfähigkeit des Vermerks und ein schutzwürdiges Interesse an der Eintragung; abgesehen davon diene die Eintragung eines Vermerks dem Rechtsfrieden. Alle diese Überlegungen rechtfertigen eine Eintragungsfähigkeit nicht. Wären sie für eine Eintragung ausreichend, würde das Grundbuch mit einer Vielzahl von Eintragungen überladen, die das Grundbuch unübersichtlich machten, so daß dieses seine Aufgabe nicht mehr erfüllen könnte, über die Rechtsverhältnisse eines Grundstücks zuverlässig Auskunft zu geben (vgl. *Demharter* Einleitung Rdnr. 1 m.w.N.). Zu Recht wurden daher gegen die Argumentation des LG Düsseldorf in einer Anmerkung der Schriftleitung (Rpfleger 1990, 288) Bedenken geäußert. Im wesentlichen in dieselbe Richtung geht die Begründung von *Säcker* (MünchKomm a.a.O.), mit Eintragung des Vermerks stünde für den Rechtsverkehr fest, daß kein Recht aus dem Überbau zustehe. Dies steht allein aufgrund der Eintragung des Verzichts auf dem Grundbuchblatt des rentenpflichtigen Grundstücks fest.

e) Außer dem Umstand, daß der Wortlaut des § 9 GBO die Eintragung des Vermerks verbietet, spricht gegen eine damit allenfalls in Betracht kommende entsprechende Anwendung des § 9 GBO der Normzweck der Bestimmung. Dieser erschließt sich aus § 21 GBO. Zur Aufhebung eines subjektiv-dinglichen Rechts ist materiellrechtlich die Eintragung der Löschung des Rechts im Grundbuch und dazu die Aufgabeerklärung des Berechtigten, also des Eigentümers des herrschenden Grundstücks gemäß § 875 Abs. 1 BGB erforderlich, sowie die Zustimmung der dinglich Berechtigten an diesem Grundstück gemäß § 876 Satz 2 BGB. Verfahrensrechtliche Voraussetzung der Löschung ist grundsätzlich gemäß § 19 GBO eine Eintragungsbewilligung des Eigentümers und der dinglich Berechtigten. Insoweit ergibt sich jedoch aus § 21 GBO eine Einschränkung. Danach ist die Eintragungsbewilligung der dinglich Berechtigten an dem herrschenden Grundstück nur dann erforderlich, wenn das subjektiv-dingliche Recht auf dem Blatt des herrschenden Grundstücks vermerkt ist. Die zur Rechtsänderung sachlichrechtlich notwendige Zustimmung der dinglich Berechtigten wird dadurch nicht berührt. Die Löschung ohne Zustimmung der dinglich Berechtigten würde das Grundbuch unrichtig machen mit der Gefahr eines Rechtsverlustes der dinglich Berechtigten durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb des belasteten Grundstücks. Dies können die dinglich Berechtigten dadurch verhindern, daß sie die Eintragung des subjektiv-dinglichen Rechts auf dem herrschenden Grundstück gemäß § 9 GBO vermerken lassen. Dazu ist ihnen in § 9 Abs. 1 Satz 2 GBO ein Antragsrecht eingeräumt. Ist auf die Überbaurente verzichtet und der Verzicht im Grundbuch des rentenpflichtigen Grundstücks eingetragen, dann ist das Recht auf die Überbaurente bereits aufgehoben. Ein Vermerk des Verzichts bei dem herrschenden Grundstück könnte also die ihm zukommende Wirkung, für den Fall der Aufhebung eines subjektiv-dinglichen Rechts sicherzustellen, daß dies nicht ohne Eintragungsbewilligung der dinglich Berechtigten geschieht, gar nicht erfüllen. Der Verzicht, der die Aufhebung des Rechts auf die Überbaurente enthält, setzt zur Eintragung in das Grundbuch des rentenpflichtigen Grundstücks die Zustimmung der dinglich Berechtigten voraus (§ 876 Satz 2 BGB) und grundbuchrechtlich ihre Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO). Diese liegen hier vor. Damit ist für einen Vermerk entsprechend § 9 GBO kein Raum mehr.

f) In den Entscheidungen des Kammergerichts (Rpfleger 1968, 52) und des OLG Bremen (Rpfleger 1965, 55) wurde die Frage nach der Zulässigkeit eines Vermerks gemäß § 9 GBO nur beiläufig erörtert. In diesen Entscheidungen ging es um die Frage, wo der Verzicht auf die Überbaurente einzutragen ist. Die Entscheidungen beruhen daher nicht auf der Aussage, der beim rentenpflichtigen Grundstück eingetragene Verzicht auf die Überbaurente könne gemäß § 9 GBO beim rentenberechtigten Grundstück vermerkt werden. Aus diesem Grund braucht der Senat die Sache nicht gemäß § 79 Abs. 2 GBO dem Bundesgerichtshof vorzulegen.

———

10. WEG §§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 1, 2; 7 Abs. 3; BGB §§ 134, 138, 242 *(Bestimmtheit der als Inhalt des Sondereigentums eingeräumten Befugnis zur Begründung von Sondernutzungsrechten)*

1. **Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz erfordert, daß die Befugnis zur Begründung von Sondernutzungsrechten aus sich heraus verständlich, nicht widersprüchlich und möglichst nicht auslegungsbedürftig ist.**
2. **Das Grundbuchamt darf eine in einer Teilungserklärung enthaltene Vereinbarungsregelung nur an dem sich aus §§ 134, 138, 242 BGB ergebenden Prüfungsmaßstab messen.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Frankfurt a.M., Beschluß vom 2.3.1998 – 20 W 54/98 –

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 a und b waren als Gesellschafterinnen bürgerlichen Rechts (im folgenden als „Bauträgerin" bezeichnet) Eigentümer des Grundstücks Flurstück 116. Sie beabsichtigten, auf diesem Grundstück eine Eigentumswohnanlage, bestehend aus drei Häusern und einer Tiefgarage, zu errichten. Mit Teilungserklärung vom 1.11.1996 teilten sie das Eigentum in 52 Wohnungs- und 39 Teileigentumsrechte auf. In der Gemeinschaftsordnung (GO) wurden bestimmten Wohnungen näher beschriebene Sondernutzungsrechte (an Terrassen- und Gartenflächen sowie an Kellerräumen) zugewiesen.

In Abschnitt A II § 16 der GO behielt sich die Bauträgerin unter der Überschrift „Änderungsvorbehalte" das wie folgt beschriebene Recht vor:

1. Die Vertretene ist berechtigt, ohne Zustimmung der anderen Miteigentümer, die vorstehenden Vereinbarungen abzuändern, zu ergänzen oder durch andere zu ersetzen, soweit sie sich auf die Innenaufteilung der Häuser A, B und C, auf die Zahl und Anordnung der Pkw-Stellplätze und die Gestaltung der nicht überbauten Flächen beziehen.
2. Die Vertretene ist ferner auch berechtigt, ohne Zustimmung der anderen Miteigentümer bestehende Sondernutzungsrechte am gemeinschaftlichen Eigentum (insbesondere an bestimmten Kellerräumen) einer anderen Sondereigentumseinheit zuzuweisen und bestehende Bauordnungen zu ändern. Die Vertretene ist in gleicher Weise auch befugt, die Flächen bestehender Sondernutzungsrechtsgegenstände zu ändern und weitere Sondernutzungsrechte am Gemeinschaftseigentum zu begründen und daran bestehende Sondernutzungsrechte aufzuheben.
3. Die Vertretene ist ferner befugt, im Wege der Gebrauchsregelung (§ 15 Abs. 1 WEG) die Benutzung der im Teileigentum stehenden Doppelparker in der Tiefgarage zu regeln, insbesondere dahingehend, daß Erwerbern von Bruchteilen einer Teileigentumseinheit das alleinige Nutzungsrecht an einem Pkw-Stellplatz in der Doppelparkeranlage eingeräumt wird.
4. In bezug auf die vorstehenden Bestimmungen in diesem Paragraphen wird der Vertretenen ein Sonderrecht eingeräumt. Es erlischt mit der Veräußerung der letzten Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheit (Ersterwerber) und der Stellung des Antrages auf Eigentumsumschreibung auf den Käufer dieser Einheit.

   Das Sonderrecht gestattet jedoch nicht,

   – die Lastenverteilung nach den oben genannten Untergemeinschaften abzuändern oder aufzuheben,
   – die Lastenverteilung anders zu regeln als nach den oben genannten Bestimmungen,
   – die Bildung und Zuständigkeiten der oben genannten Eigentümeruntergemeinschaften abzuändern oder aufzuheben,
   – die Summe der Miteigentumsanteile, die jeweils auf die Häuser A, B und C entfallen, abzuändern.

   Alle Kosten im Zusammenhang mit der Ausübung des vorstehenden Sonderrechts trägt ausschließlich die Vertretene.

Die Teilungserklärung wurde am 6.3.1997 grundbuchamtlich vollzogen; die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher sind angelegt.

In notarieller Urkunde vom 24.10.1997 hat die Bauträgerin die beiden Dachgeschoßwohnungen des Hauses C mit den Nrn. 13 und 14 sowie zwei in der Tiefgarage gelegene Pkw-Stellplätze an die Beteiligten zu 2 a und b zu je ½ Idealanteil verkauft, den beiden Dachgeschoßwohnungen gemäß der ihr in Abschnitt A II § 16 der GO vorbehaltenen Befugnis das mitverkaufte gemeinschaftliche Sondernutzungsrecht an der zwischen diesen Wohnungen liegenden (in einem als Anlage beigefügten Plan näher gekennzeichneten) Treppenhausfläche zugewiesen sowie bewilligt und beantragt, eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 a und b und die Zuordnung des Sondernutzungsrechts an der Treppenhausfläche zu den Wohnungen C 13 und 14 in das Grundbuch einzutragen.

Der beurkundende Notar hat dem Grundbuchamt unter dem 28.10.1997 eine Ausfertigung seiner Urkunde vom 24.10.1997 mit dem Antrag vorgelegt, die bewilligte Auflassungsvormerkung und die Zuteilung des Sondernutzungsrechts an der Treppenhausfläche im Grundbuch einzutragen. Die Grundbuchrechtspflegerin hat den Eintragungsantrag durch Zwischenverfügung beanstandet. Sie hat die Ansicht vertreten, der gesetzlich vorgesehene Mitgebrauch der Wohnungs- und Teileigentümer an der jetzt den Wohnungen C 13 und 14 zugewiesenen Treppenhausfläche sei nicht schon durch die GO ausgeschlossen worden. Die der Bauträgerin in Abschnitt A II § 16 der GO vorbehaltene Änderungsbefugnis sei inhaltlich unbestimmt, weil sie auch im Wege der Auslegung nicht zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führe, und deshalb für eine Eintragung in das Grundbuch keine geeignete Grundlage. Sie hat daher unter Setzung einer Frist von acht Wochen die Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer und ihrer dinglichen Gläubiger sowie derjenigen Erwerber, zu deren Gunsten Auflassungsvormerkungen in den Grundbüchern eingetragen sind, verlangt und zur Vorlage der Zustimmungserklärungen in der Form des § 29 GBO eine Frist von acht Wochen gesetzt. Der gegen die Zwischenverfügung gerichteten Erinnerung des Notars haben die Rechtspflegerin und der Richter des Grundbuchgerichts nicht abgeholfen.

Die zulässige weitere Beschwerde ihatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Zur beantragten Eintragung der Zuweisung des Sondernutzungsrechts an der zwischen den Wohnungen C 13 und 14 liegenden Treppenhausfläche zu diesen beiden Wohnungen ist die Bewilligung der anderen Wohnungseigentümer, der an den anderen Wohnungseigentumseinheiten berechtigten Dritten und der Auflassungsvormerkungsberechtigten nicht erforderlich.

Wird wie hier der Gebrauch einer im Gemeinschaftseigentum befindlichen Fläche in der Weise geregelt, daß sie einem Miteigentümer zur ausschließlichen Benutzung zugewiesen wird, und soll diese Gebrauchsregelung gemäß § 15 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 WEG durch Grundbucheintragung Inhalt des Sondereigentums werden, so bedeutet diese dann dinglich wirkende Vereinbarung eines Sondernutzungsrechts eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums im Sinn des § 877 BGB. Die materielle Wirksamkeit der Zuweisung des Sondernutzungsrechts an der Treppenhausfläche zwischen den Dachgeschoßwohnungen C 13 und 14 zu diesen Wohnungen hängt somit von der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer und derjenigen Erwerber, zu deren Gunsten Auflassungsvormerkungen in den Grundbüchern eingetragen sind, sowie von der der dinglich Berechtigten an allen Wohnungen mit Ausnahme der begünstigten Wohnungen C 13 und 14 ab. Dem entspricht die Notwendigkeit einer Bewilligung der betroffenen Wohnungseigentümer, Auflassungsvormerkungsberechtigten und Drittberechtigten nach § 19 GBO (BGHZ 91, 343 = NJW 1984, 2409 [= MittBayNot 1984, 129] = JZ 1984, 1113 mit Anm. *Weitnauer* = DNotZ 1984, 695 mit Anm. *Schmidt* = Rpfleger 1984, 408 mit Anm.

Hörer in Rpfleger 1985, 108; BayObLG DNotZ 1996, 297 = MittBayNot 1996, 27 mit Anm. *Schmidt*; BayObLG WE 1997, 235 [= MittBayNot 1997, 36] = Rpfleger 1997, 63; OLG Hamm Rpfleger 1997, 376 [= MittBayNot 1997, 229]; *Palandt/Bassenge* BGB 57. Aufl. § 10 WEG Rdnr. 4 und 5).

Im Fall der Vorratsteilung nach § 8 WEG kann der teilende Alleineigentümer Sondernutzungsrechte auch einseitig durch entsprechende Regelung in der TE begründen. Zur nachträglichen Begründung von Sondereigentum kann ein Dritter bevollmächtigt werden; auch kann sich der teilende Eigentümer dies vorbehalten (BayObLGZ 1985, 124 = DNotZ 1986, 87 mit Anm. *Herrmann* = Rpfleger 1985, 292 = DWE 1985, 61 = MittBayNot 1985, 74 mit Anm. *Schmidt*; BayObLG WE 1997, 235 [= MittBayNot 1997, 36] = Rpfleger 1997, 63; OLG Düsseldorf ZMR 1993, 179 = Rpfleger 1993, 193; *Schneider* Rpfleger 1998, 53/61)

Im Streitfall ist der Bauträgerin in Abschnitt A II § 16 Nr. 2 der GO bis zur Veräußerung der letzten Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheit und der Stellung des Antrags auf Eigentumsumschreibung auf den Erwerber dieser Einheit das Sonderrecht eingeräumt worden, u.a. weitere Sondernutzungsrechte zu begründen, die in der GO selbst nicht näher beschrieben sind. Die Bauträgerin ist also befugt, bezüglich aller auf dem Grundstück befindlichen, im Gemeinschaftseigentum stehenden Flächen insoweit eine Gebrauchs- und Nutzungsregelung zu bestimmen und gegenüber der Gemeinschaft aller Wohnungs- und Teileigentümer rechtsverbindlich festzulegen, als in der Gemeinschaftsordnung selbst noch keine Sondernutzungsrechte begründet worden sind. Diese ihr eingeräumte Befugnis ist nach § 7 Abs. 3 WEG wirksam in das Grundbuch eingetragen worden. Denn im Bestandsverzeichnis aller Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuchblätter wird wegen des Gegenstandes und des Inhalts des Sondereigentums auf die Bewilligung vom 1.11.1996 Bezug genommen. Diese Bewilligung ist die von der teilenden Bauträgerin nach § 8 WEG errichtete TE vom 1.11.1996. Das der Bauträgerin eingeräumte Sonderrecht wirkt daher mit seiner Eintragung als Inhalt des Sondereigentums (vgl. Senat in 20 W 71/96 = FGPrax 1997, 221 = MDR 1997, 1017 = ZMR 1997, 660 = Rpfleger 1998, 20 = ZfIR 1997, 665 = OLG-Rp 1998, 2, *Ertl* DNotZ 1979, 267/275; *Schneider* Rpfleger 1998, 53/63 zu III 2 e). Danach ist mit der Eintragung der TE in das Grundbuch das Recht der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer zur Mitbenutzung von im Gemeinschaftseigentum stehenden Flächen von vornherein in der Weise eingeschränkt, daß es im Umfang der Zuordnung zu einem bestimmten Wohnungs- oder Teileigentumsrecht durch die Bauträgerin dann entfällt, wenn die Bauträgerin eine entsprechende Erklärung abgibt.

Richtig ist allerdings, daß die Wirkungen der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bei der Eintragung im Grundbuch (§ 7 Abs. 3 WEG) nach dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz und dem Gebot der Klarheit der Grundbucheintragungen es erfordern, daß die der Bauträgerin eingeräumte Befugnis zur Begründung weiterer Sondernutzungsrechte eindeutig sein muß (vgl. BayObLGZ 1994, 244 [= MittBayNot 1994, 529] = DNotZ 1995, 610 mit Anm. *Röll*; BayObLG DNotZ 1996, 297 = MittBayNot 1996, 27 mit Anm. *Schmidt*; BayObLG DNotZ 1997, 473 mit Anm. *Brambring* = WE 1997, 110 = ZfIR 1997, 175; KG FGPrax 1996, 178 = WE 1996, 388; OLG Düsseldorf FGPrax 1997, 129 = NJWE-MietR 1997, 157 = Rpfleger 1997, 305 = MittRhNotK 1997, 131 = DWE 1997, 77 = ZfIR 1997, 302; *Schmidt* in *Bärmann/Seuß* Praxis des Wohnungseigentums 4. Aufl. 1997 A 266 S. 106; *Basty* Der Bauträgervertrag 3. Aufl. 1997 S. 35 unter A V Rdnr. 58). Der Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchverfahrens verlangt, daß die aus dem Grundbuch ersichtlichen Verhältnisse aus sich heraus verständlich, nicht widersprüchlich und möglichst nicht auslegungsbedürftig sind (*Kehrer/Bühler* Notar und Grundbuch Formular-Hdbch. 2. Aufl. 18. Lfg. 1997 § 6 K S. 29). Diese Voraussetzung ist hier entgegen der Annahme der Vorinstanzen erfüllt.

Die GO legt in Abschnitt A II § 16 Nr. 2 fest, daß die Bauträgerin befugt ist, weitere Sondernutzungsrechte an im Gemeinschaftseigentum stehenden Flächen, zu begründen. Damit ist unmißverständlich klar, daß diese Befugnis sich auf alle Flächen erstreckt, an denen Sondernutzungsrechte wirksam begründet werden können. Die Bauträgerin wollte sich damit ersichtlich einen unbeschränkten Gestaltungsspielraum in bezug auf Sondernutzungsrechte erhalten, um auf die Wünsche späterer Erwerber eingehen zu können (vgl. dazu OLG Stuttgart MittBayNot 1997, 370 mit Anm. *Munzig*; *Röll* DNotZ 1994, 237; *Basty* a.a.O. S. 34; *Deckert* ETW Gruppe 2 S. 2384). Der Umstand, daß der mögliche Ausübungsbereich der Sondernutzungsrechte, deren Begründung der Bauträgerin vorbehalten worden ist, in der GO nicht näher festgelegt ist, nimmt der der Bauträgerin vorbehaltenen Befugnis nicht die genügende Bestimmtheit. Gerade weil diese Befugnis der Bauträgerin im Außenverhältnis – also auch dem Grundbuchamt gegenüber – uneingeschränkt verliehen worden ist, ist sie für das Grundbuchverfahren „beanstandungsfest“ (vgl. *Brambring* DNotZ 1997, 478/479; *Rapp* in Beck’sches Notarhandbuch 2. Aufl. 1997 A III Rdnr. 154 S. 321; *Schmidt* in MünchVertragsHdbch Bd. 4 Halbbd I.31 zu Anm. 34 = S. 299). Der weite Umfang der Berechtigung berührt die Frage ihrer Bestimmtheit nicht.

Eine ganz andere Frage ist die, ob die uneingeschränkte Befugnis der Bauträgerin zur Begründung von Sondernutzungsrechten den Erwerbern von Wohnungs- und Teileigentum wegen der Mißbrauchsgefahr zumutbar ist. Diese Frage hat das Landgericht verneint. Dem kann aus Rechtsgründen nicht beigetreten werden.

Das Landgericht hat eine rechtliche Vorschrift, auf die es seine Ansicht hätte stützen können, nicht angeführt. Sollte es angenommen haben, das Grundbuchamt sei zur Überprüfung der Eintragungsbewilligung anhand des AGB-Gesetzes aufgerufen, so wäre dies unzutreffend. Die im Bereich des formellen Konsensprinzips als Eintragungsgrundlage allein in Betracht kommende Eintragungsbewilligung ist eine einseitige, rein verfahrensrechtliche Erklärung. Schon dies verbietet eine Anwendung der Vorschriften des BGB-Gesetzes auf sie (*Demharter* GBO 22. Aufl. § 19 Rdnr. 41). So wird denn auch in der Rechtsprechung der Obergerichte die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf Gemeinschaftsordnungen entweder verneint (BayObLG NJW-RR 1992, 83 = WE 1992, 140 = DWE 1992, 162 = WuM 1991, 365; OLG Hamburg FGPrax 1996, 132 = ZMR 1996, 443) oder dahingestellt sein lassen (OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 651 = Rpfleger 1987, 412; OLG Köln NJW-RR 1989, 780 = Rpfleger 1989, 405 mit Anm. *Böttcher*; OLG Düsseldorf NJW-RR 1990, 154; der BGH hat gleichfalls die Frage offen gelassen, aber deutliche Bedenken gegen die ABGB-Anwendbarkeit angemeldet in BGHZ 99, 90 = NJW 1987, 650 [= MittBayNot 1987, 84] = DNotZ 1988, 24 = JZ 1987, 463 mit Anm. *Weitnauer* = Rpfleger 1987, 106). Auch im Schrifttum zum Grundbuch- und Wohnungseigentumsrecht wird eine Inhaltskontrolle des Grundbuchamts nach den Vorschriften des ABGB über-

wiegend abgelehnt (KEHE/*Ertl* GBR 4. Aufl. Einl. Rdnr. C 75 ff.; *Demharter* a.a.O. § 19 Rdnr. 41; *Haegele/Schöner/-Stöber* GBR 11. Aufl. Rdnr. 2815; *Röll* in MünchKomm-BGB 3. Aufl. Rdnr. 24, *Palandt/Bassenge* a.a.O. Rdnr. 2, je zu § 10 WEG; *Staudinger/Rapp* BGB 12. Bearbeitung § 7 WEG Rdnr. 35; *Augustin* in RGRK-BGB 12. Aufl. § 8 WEG Rdnrn. 23, 29; *Bärmann/Pick/Merle* WEG 7. Aufl. § 8 Rdnr. 16; *Weitnauer* WEG 8. Aufl. § 7 Rdnr. 25 ff.; *Deckert* ETW Gruppe 3 S. 141; *Röll* DNotZ 1978, 720 und Rpfleger 1997, 108; *Ertl* Rpfleger 1980, 1/7 ff. und DNotZ 1981, 149 ff.; a.A. *Meikel/Böttcher* GBR 7. Aufl. Anh. zu § 18 Rdnr. 127 ff.).

Das Grundbuchamt, das mit dem Antrag auf Wahrung einer TE oder – wie hier – mit der Auslegung einer im Grundbuch eingetragenen TE befaßt ist, hat jedoch nach allgemeiner Meinung zu prüfen, ob eine in der TE enthaltene Vereinbarungsregelung gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt. In diesem Fall würde nämlich das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig; dabei darf das Grundbuchamt nicht mitwirken. Als Prüfungsmaßstab kommen insbesondere die §§ 134, 138 BGB sowie § 242 BGB in Betracht (OLG Zweibrücken MittBayNot 1994, 44; BayObLG ZMR 1997, 369 [= MittBayNot 1997, 227] = Rpfleger 1997, 375; KEHE/*Ertl/Albrecht* a.a.O. Einl. Rdnr. E 86; *Demharter* a.a.O. Anh. zu § 3 Rdnr. 20; *Röll* in MünchKomm-BGB a.a.O. § 10 WEG Rdnr. 24; *Staudinger/Rapp* a.a.O. § 7 WEG Rdnr. 32; *Weitnauer* a.a.O. § 7 Rdnr. 24, 29 und 30 und § 10 Rdnr. 26; *Bärmann/Pick/Merle* a.a.O. § 10 Rdnr. 52; *Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 2315; *Röll* Rpfleger 1997, 108/109; vgl. auch OLG Hamburg FGPrax 1996, 132 = ZMR 1996, 443). Dabei ist es jedoch keinesfalls Aufgabe des Grundbuchamts zu erforschen, ob die Interessen der Wohnungseigentümer in gebührendem Maße berücksichtigt sind (*Augustin* in RGRK-BGB a.a.O. § 7 WEG Rdnr. 22) oder ob die Rechtsstellung der Wohnungseigentümer in unangemessener Weise ausgehöhlt wird (OLG Düsseldorf DNotZ 1973, 552). Das Grundbuchamt darf daher die Eintragung nur ablehnen, wenn zweifelsfrei feststeht, daß das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde; bloße Zweifel genügen nicht (*Demharter* a.a.O. Anh. zu § 13 Rdnr. 29). Sofern die Prüfung, wie insbesondere eine solche anhand des § 242 BGB, eine wertende Beurteilung unter Berücksichtigung aller Umstände erfordert, ist das Grundbuchamt dazu wegen der Beweismittelbeschränkung im Eintragungsantragsverfahren in der Regel nicht in der Lage; alsdann muß es die rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit einer Vereinbarung dem FGG-Richter im Verfahren nach § 43 WEG überlassen (OLG Düsseldorf DNotZ 1973, 552; BayObLG ZMR 1997, 369 [= MittBayNot 1997, 227] = Rpfleger 1997, 375; *Demharter* a.a.O. Anh. zu § 3 Rdnr. 20; *Bärmann/Pick/Merle* a.a.O. Rdnr. 76, *Niedenführ/Schulze* WEG 4. Aufl. Rdnr. 32, je zu § 7; *Augustin* in RGRK-BGB § 8 WEG Rdnr. 58; *Staudinger/Rapp* a.a.O. Rdnr. 38, *Palandt/Bassenge* a.a.O. Rdnr. 5, je zu § 7 WEG; *Kehrer/Bühler* a.a.O. § 6 K S. 29).

Der unter Berücksichtigung der dargelegten Grundsätze vom Grundbuchamt vorzunehmenden Prüfung hält im vorliegenden Fall die hier maßgebliche Bestimmung der GO, nach der die Bauträgerin namens aller Wohnungs- und Teileigentümer ohne deren Mitwirkung neue Sondernutzungsrechte begründen kann, stand. Diese Regelung verstößt weder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) noch gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Gegen die Annahme, daß sie offenbar grob unbillig ist und offensichtlich die sich aus dem BGB ergebenden allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit überschreitet (§ 242 BGB), spricht schon der Umstand, daß jedenfalls bei der Wahrung der TE im Grundbuch das Grundbuchamt selbst augenscheinlich keine Bedenken in dieser Hinsicht gehabt hat. Denn es hat den Antrag auf Eintragung der TE weder durch Zwischenverfügung beanstandet noch zurückgewiesen. Hiervon abgesehen ergibt sich aus dem Inhalt der Grundakte kein sicherer Anhaltspunkt dafür, daß die Begründung des Sondernutzungsrechts an der Treppenhausfläche zwischen den beiden Dachgeschoßwohnungen C 13 und 14 die übrigen Wohnungs- und Teileigentümer in einem Umfang beeinträchtigt, der sich als ein gegen Treu und Glauben verstoßender Fehlgebrauch der der Bauträgerin in der GO verliehenen Befugnis darstellen würde. Bei der Aufteilung des Grundstückseigentums in Wohnungseigentumsrecht ist es nicht ungewöhnlich, den Dachgeschoßwohnungen eine ihnen räumlich benachbarte Treppenhausfläche zur alleinigen Nutzung zuzuordnen. Den Feststellungen der Vorinstanzen läßt sich schließlich nicht entnehmen, daß mit der Begründung des Sondernutzungsrechts, um dessen Eintragung es geht, Nachteile verbunden sind, die von den übrigen Wohnungs- und Teileigentümern keinesfalls hingenommen werden müssen.

---

11. WEG §§ 1, 8; ErbbauVO § 1 (*Aufteilung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks in Wohnungseigentum)*

1. **Es ist nicht schlechthin ausgeschlossen, Miteigentum in der Form des Raumeigentums nach dem WEG an einem mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstück zu begründen.**
2. **Das setzt jedoch voraus, daß das auf Grund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk und das in Wohnungseigentum aufgeteilte Bauwerk unterschiedliche Gebäude sind.**
3. **Im Hinblick auf § 10 ErbbauVO darf an der Grundstücksfläche, auf die sich die Ausübung des Erbbaurechts erstreckt, kein Sondereigentum oder Sondernutzungsrecht eines Wohnungseigentümers bestehen.**

OLG Hamm, Beschluß vom 27.3.1998 – 15 W 332 /97 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vors. Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte ist als Eigentümer eines 4.460 qm großen Grundstücks eingetragen. Das Grundstück ist mit einem Wohnhaus, einem ehemaligen Werkstattgebäude und einem davon angebauten Stallgebäude bebaut.

In Abteilung II des Grundbuchs ist am 11.2.1997 an rangerster Stelle ein Erbbaurecht auf die Dauer von 99 Jahren eingetragen worden. Das Nutzungsrecht dieses Erbbaurechts ist mit dinglicher Wirkung auf eine Teilfläche des Grundstücks in einer Größe von ca. 1250 qm beschränkt, auf der sich das ehemalige Werkstattgebäude befindet.

In einer notariell beurkundeten Erklärung vom 19.2.1997 teilte der Beteiligte das in seinem Eigentum stehende Grundstück in Miteigentumsanteile in der Weise auf, daß mit einem Anteil von 76/100stel das Sondereigentum an den Wohnungen in dem Wohnhaus und mit einem Anteil von 24/100stel das Sondereigentum an den Räumen des oben genannten Stallgebäudes verbunden sein sollten. In § 2 der Teilungserklärung sind dem jeweiligen Teil- bzw. Wohnungseigentümer Sondernutzungsrechte an Außenflächen zugewiesen worden. Die Grundstücksflächen, auf die sich die Sondernutzungsrechte erstrecken, und die Fläche, auf die sich das Nutzungsrecht des Erbbauberechtigten bezieht, erfassen die gesamte Grundstücksfläche, über-

schneiden sich aber nicht. In § 17 der notariellen Urkunde beantragte der Beteiligte, die Teilung des Eigentums und die Sondernutzungsregelungen in das Grundbuch einzutragen.

Das Amtsgericht wies den Antrag des Beteiligten und den vom Urkundsnotar nach § 15 GBO gestellten Antrag auf Bildung von Wohnungseigentum gemäß § 8 WEG zurück. Der hiergegen eingelegten Erinnerung half das Amtsgericht nicht ab. Das Landgericht wies die mit Vorlage als Beschwerde geltende Erinnerung mit dem angefochtenen Beschluß zurück.

Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das auf dem – gesamten – Grundstück lastende Erbbaurecht ist mit dinglicher Wirkung in seiner Ausübung auf den im Erbbaugrundstück im einzelnen bezeichneten Teil des Grundstücks begrenzt, auf dem sich das im Eigentum des Erbbauberechtigten stehende frühere Werkstatt- und jetzige Wohngebäude befindet. Diese dingliche Beschränkung des Erbbaurechts war in zulässiger Weise vereinbart und im Grundbuch in Abteilung II unter laufender Nr. 1 durch Bezugnahme (§ 14 Abs. 2 ErbbauVO) auf das Erbbaugrundbuch eingetragen worden (Senat OLGZ 1972, 189; BayObLG Z 1984, 105, 108 [= MittBayNot 1984, 132]; Pfälz. OLG Zweibrücken FG Prax 1996, 131 [= MittBayNot 1996, 299]; *Staudinger/Ring*, BGB, 13. Bearbeitung, § 1 ErbbauVO Rdnr. 16; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Auflage, § 1 ErbbauVO Rdnr. l; *Palandt/Bassenge*, 57. Auflage, § 1 ErbbauVO Rdnr. 5; *Demharter* a.a.O., § 7 Rdnr. 21). Der Zulässigkeit stand nicht entgegen, daß auf dem Grundstück bereits mehrere Bauwerke errichtet waren, von denen eines rechtlich dem Erbbaurecht und das andere dem Grundstückseigentum zugeordnet wurde. Denn die Ausübung des Erbbaurechtes kann auch auf eines von mehreren Gebäuden beschränkt werden, die sich auf dem mit ihm belasteten Grundstück befinden (BayObLG DNotZ 1958, 409; Pfälz. OLG Zweibrücken a.a.O. m.w.N. [= MittBayNot 1996, 299]).

Durch die beabsichtigte Begründung von Wohnungseigentum durch Teilung nach § 8 WEG soll die *gesamte* Grundstücksfläche nicht mehr im Alleineigentum des Beteiligten stehen, sondern Gemeinschaftseigentum aller Wohnungseigentümer werden. Dies steht im Einklang mit § 1 Abs. 5 WEG, wonach das Grundstück unabdingbar (Palandt/Bassenge, 57. Auflage, § 1 WEG Rdnr. 10) Gemeinschaftseigentum ist, und widerspricht nicht § 1 ErbbauVO. Danach ist es unerheblich, wer Grundstückseigentümer ist, ob also das Grundstück einem allein oder mehreren Miteigentümern in Bruchteilsgemeinschaft oder zur gesamten Hand zusteht. Wohnungs- bzw. Teileigentum ist nach § 1 Abs. 1 – 3 WEG Miteigentum zu Bruchteilen an einem Grundstück, verbunden mit Sondereigentum an Räumen auf dem Grundstück. Es ist daher, soweit es um den Miteigentumsanteil geht grundsätzlich nicht anders als sonstiges Miteigentum zu behandeln (vgl. hierzu auch das Gutachten des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 1998, 13, *Weidnauer*, WEG, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 83).

Nach der Teilungserklärung vom 19.2.1997 ist es nicht so, daß nur Teile des Grundstücks in Miteigentumsanteile aufgeteilt werden, wie das Landgericht angenommen hat. Dies wäre unzulässig, weil das Wohnungseigentumsgesetz von der Aufteilung des ganzen Grundstücks in Miteigentumsanteile ausgeht. In § 1 der Teilungserklärung heißt es aber unmißverständlich, daß der Beteiligte als Grundstückseigentümer gemäß § 8 WEG das ihm gehörende Grundstück teile und Wohnungseigentum gebildet werden solle jeweils aus einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an bestimmten Räumen. Die andere Auslegung des Landgerichts beruht auf einem Mißverständnis der Vorbemerkung zur Teilungserklärung. Wenn es dort heißt, Gegenstand der Aufteilung seien nicht die Gebäudeteile, die zum bestellten Erbbaurecht gehörten, sondern nur die restlichen Gebäude, so ist damit nur zum Ausdruck gebracht worden, daß innerhalb der Ausübungsfläche des Erbbaurechts kein Sondereigentum eines Wohnungseigentümers oder Teileigentümers und auch kein Sondernutzungsrecht bestehen solle. Diese Sätze dienten nur zur Klarstellung einer an sich bestehenden Selbstverständlichkeit, die sich aus der Eintragung des Erbbaurechts ergibt. Keineswegs sollte aber mit der Vorbemerkung zum Ausdruck gebracht werden, daß sich die Teilungserklärung nur auf einen realen Grundstücksteil beziehen solle.

Der Eintragung der Teilung des Eigentums steht nicht entgegen, daß sich auf dem Grundstück ein Gebäude befindet, das nicht Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümer werden soll. Denn bei dem Erbbaurecht handelt es sich gerade um ein Rechtsgebilde, durch das als Ausnahme von den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches (§ 93, 94 BGB) ein von dem Eigentum am Grundstück völlig getrenntes Eigentum an einem darauf stehenden Gebäude geschaffen wurde. Das hier im Eigentum des Erbbauberechtigten stehende Haus ist von den in Wohnungseigentum aufgeteilten Bauwerken völlig getrennt. Dies ist auch erforderlich (vgl. DNotI-Report 1998, 13, 14), weil sonst das Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümer von dem Eigentum des Erbbauberechtigten nicht mehr getrennt werden könnte.

---

12. BGB § 1105 Abs. 1, § 1108 Abs. 1 *(Eintragungsfähigkeit einer Leistungsverweigerungseinrede bei einer Sicherungsreallast)*

1. **Die persönliche Haftung des Grundstückseigentümers nach § 1108 Abs. 1 BGB zur Erbringung der Leistungen, auf welche die Reallast nach § 1105 Abs. 1 BGB gerichtet ist, ist von der mit der Reallast verbundenen schuldrechtlichen Verpflichtung des Bestellers zur Erbringung einer wiederkehrenden Leistung scharf zu unterscheiden. Die Reallast ist in ihrer Entstehung und ihrem Bestand von der schuldrechtlichen Verpflichtung unabhängig und in diesem Sinne abstrakt.**
2. **Sie kann indes inhaltlich dahin eingeschränkt werden, daß dem Eigentümer des Grundstücks ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, soweit die schuldrechtliche Verpflichtung erfüllt ist. Diese Leistungsverweigerungseinrede ist im Grundbuch einzutragen.**

OLG Hamm, Beschluß vom 22.9.1997 – 15 W 207/97 –

---

13. WEG § 15 *(Fehlende Angabe der Nutzungsart des Sondereigentums)*

In der Teilungserklärung muß nicht festgelegt werden, ob das gebildete Sondereigentum einer Nutzung als Wohnraum oder einer sonstigen Nutzung zugeführt werden soll.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG Koblenz, Beschluß vom 31.3.1998 – 2 T 107/98 –, mitgeteilt von *Frank-Michael Goebel*, Richter am LG Koblenz

Aus dem Tatbestand:

Die notarielle Teilungserklärung enthält keine Bestimmung, ob das gebildete Sondereigentum als Wohnraum genutzt werden soll bzw. darf oder ob eine sonstige Nutzung zulässig sein soll.

Mit Zwischenverfügung vom 11.12.1997 hat der zuständige Rechtspfleger beanstandet, daß die jeweilige Nutzungsart der einzelnen Einheiten nicht angegeben sei und um Vorlage einer Nachtragserklärung gebeten.

Der Notar ist dem entgegengetreten und hat ausgeführt, daß derzeit allein die Wohneinheit Nr. II 4 über ein Bad, Küche, Schlaf- und Wohnzimmer verfüge und damit als Wohnung genutzt werden könne. Hier seien die Voraussetzungen zur Eintragung als Wohnungseigentum gegeben. Im übrigen sei dies nicht der Fall, so daß die Eintragung als Teileigentum vorzunehmen sei. In der Teilungserklärung sei bewußt auf eine Bestimmung der Nutzungsart verzichtet worden, um für die Zukunft auf Vermietungsmöglichkeiten flexibel reagieren zu können.

Mit einer weiteren Zwischenverfügung vom 18.12.1997 hat der Rechtspfleger seine Ansicht aus der Verfügung vom 11.12.1997 bekräftigt und ausgeführt, daß die Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum und umgekehrt eine Änderung des durch die Gemeinschaftsordnung festgelegten Gebrauchs und folglich eine Inhaltsänderung bedeute, so daß das gewünschte flexible Reagieren ohnehin nicht möglich sei.

Hiergegen wendet sich der Notar mit seiner Beschwerde, mit der er geltend macht, daß die Eigentümer nach § 15 WEG eine Gemeinschaftsordnung vereinbaren könnten, daß es ihnen aber auch freistehe, dies zu unterlassen. Insofern bestehe keine Pflicht zur Bestimmung der Nutzungsart der einzelnen Miteigentumsanteile nebst dem Sondereigentum.

Die Beschwerde hatte in der Sache Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Parteien der notariellen Teilungserklärung sind als Miteigentümer nicht verpflichtet, die Nutzungsart der einzelnen Sondereigentumseinheiten festzulegen. Nach Auffassung der Kammer richtet sich § 7 Abs. 1 S. 1 WEG allein an das Grundbuchamt, nicht aber an die Eigentümer.

Grundsätzlich sind die Eigentümer zwar berechtigt nach §§ 5 IV, 10 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 15 WEG, u.a. die Nutzungsart der einzelnen Sondereigentumseinheiten zu regeln. Aus dem Gesetz ergibt sich dabei allerdings nicht, daß sie hierzu auch verpflichtet sind. Fehlt es aber an einer solchen Verpflichtungsnorm, dann kann das Grundbuchamt auch eine entsprechende Inhaltsbestimmung nicht verlangen.

Eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus der Überlegung des Rechtspflegers, daß eine Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum und umgekehrt eine Änderung des durch die Gemeinschaftsordnung festgelegten Gebrauches und folglich eine Inhaltsänderung i.S. von § 5 IV WEG darstelle und damit jeweils der Zustimmung aller Eigentümer bedürfe. Diese Überlegung setzt nämlich bereits im Ansatz voraus, daß in der Gemeinschaftsordnung eine entsprechende Festlegung getroffen wurde. Gerade dies ist aber nicht der Fall und auch nicht gewollt, da die Vertragsparteien gerade die von dem Rechtspfleger genannte Rechtsfolge einer Bestimmung der Nutzungsart in der Teilungserklärung bzw. der Gemeinschaftsordnung vermeiden wollen, um verschiedene – möglichst weitgehende – Nutzungsmöglichkeiten zuzulassen, ohne daß es der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedarf. Würden die Vertragsparteien die Sondernutzungseinheiten näher bezeichnen, gingen sie gerade das nicht gewollte Risiko ein, Nutzungsbeschränkungen zu unterliegen (vgl. insoweit beispielshaft OLG Hamm, Beschluß vom 8.3.1993 – 15 W 244/92 – = NJW-RR 1993, 786). Die Kammer vermag – auch und gerade aus grundbuchrechtlicher Sicht – keinen Grund erkennen, der dazu zwingt, die Nutzungsart festzulegen und damit zugleich andere Nutzungsarten auszuschließen.

Auch aus § 7 WEG läßt sich eine Pflicht zur Bestimmung der Nutzungsart der einzelnen Einheiten nicht ableiten. § 7 WEG wendet sich – wie sich bereits aus der Überschrift ergibt – zunächst an das Grundbuchamt selbst. § 7 Abs. 1 S. 1 bestimmt insofern, daß für jeden Miteigentumsanteil *von Amts wegen* ein besonderes Grundbuchblatt in Form eines Wohnungs- oder Teileigentumsgrundbuches anzulegen ist.

Die Frage, welche Art des Grundbuches anzulegen ist, ist allein vom Grundbuchamt als Adressat der Norm zu beantworten, wobei die vorgelegten Verträge und Urkunden auszulegen sind. Das Grundbuchamt wird sich dabei nach dem überwiegenden Zweck der Räume zu entscheiden haben, ob die Bezeichnung Wohnungsgrundbuch oder Teileigentumsgrundbuch gewählt werden soll (vgl. *Pick*, in: *Bärmann/Pick/Merle*, Wohnungseigentumsgesetz, 7. Auflage, § 1 Rdnr. 29; *Hans Diester*, Wichtige Rechtsfragen des Wohnungseigentums, München 1974, Rdnr. 174 und ausdrücklich Rdnr. 175; *Horst Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, München 1986, Rdnr. 88; BayObLG, Rpfl. 1973, 139, 140 [Ziff. 6]). Bei gemischten Nutzungen – die grundsätzlich möglich sind (*Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Auflage, München 1997, Rdnr. 2801, 2862) – wird sogar eine Bezeichnung als Wohnungs – und Teileigentumsgrundbuch für möglich erachtet (*Pick*, a.a.O., § 7 Rdnr. 3 WEG; *Weitnauer*, Wohnungseigentumsgesetz, 8. Auflage, München 1995, § 7 Rdnr. 34). Eine solche Regelung sieht auch die Verordnung über die Anlegung und Führung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher (Wohnungsgrundbuchverfügung – WGV) vom 1.8.1951 (BAnz Nr. 152 vom 9.8.1951) in § 2 S.2 ausdrücklich vor. Für die Auslegung ist daher die bauliche Eignung und Zweckbestimmung maßgeblich, wie sie sich aus der Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Plänen ergibt. Soweit die einzutragenden Miteigentumsanteile sich danach zu Wohnzwecken wie zu sonstigen Zwecken eignen, mag eine Eintragung als Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch gewählt werden. Gerade dieser Sonderfall zeigt, daß den Vertragsparteien eine konkrete Festlegung auf den Nutzungszweck nicht abverlangt werden kann.

Entgegen der offensichtlichen Ansicht des Rechtspflegers besagt die Bezeichnung des Grundbuches auch nichts über das Recht zur entsprechenden Nutzung, so daß sich aus einer entsprechenden konstitutiven Wirkung der Bezeichnung die Notwendigkeit ergeben würde, daß die Vertragsparteien die Nutzungsart festlegen. Die Eintragung im Grundbuch oder die Bezeichnung schlechthin als Wohnungseigentum für gewisse Räume schließt deren Nutzung zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken nicht aus, sofern nicht die Vereinbarungen der Wohnungseigentümer eine solche Nutzung verbieten (*Pick* a.a.O., § 1 Rdnr. 29; *Horst Müller*, a.a.O., Rdnr. 87). Die Bezeichnung des einzelnen Miteigentumsanteils nebst dem Sondereigentum nimmt nach richtiger Ansicht nämlich nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil (*Wolf/Raiser* § 37 I, 1, § 31 I, 1, § 45 I, 1; *Pick* a.a.O., § 1 Rdnr. 29; *Hans Diester*, a.a.O., Rdnr. 176).

Auch der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz verlangt keine Bezeichnung der Nutzungsart. Insoweit ist allein erforderlich und gesetzlich vorgeschrieben, daß die Abgrenzung zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum vorgenommen wird. Die konkrete Nutzung ist dagegen

– ebenso wie beim herkömmlichen Grundbuch – zur Bestimmtheit nicht erforderlich, sondern allein beschreibender Natur, ungeachtet der Möglichkeit, diese auch grundbuchrechtlich zu fixieren. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß die unrichtige Bezeichnung letztlich unschädlich wäre, da nach § 1 Abs. 6 WEG die Vorschriften über das Wohnungseigentum entsprechend für das Teileigentum gelten.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß es weder erforderlich noch gesetzlich vorgeschrieben ist, daß der oder die Teilenden eine Bestimmung der Nutzungsart bezüglich des Sondereigentums treffen. Vielmehr können sie dies offenlassen, so daß das Grundbuchamt die Anlage der einzelnen Grundbuchblätter und deren Bezeichnung unter Berücksichtigung der vorgelegten Urkunden, des Aufteilungsplans und der sich daraus ergebenden baulichen Eignung und Zweckbestimmung vorzunehmen hat.

---

14. BGB §§ 1093 *(Eintragung eines Wohnrechtes)*

1. **Für die Eintragung eines Wohnrechtes ist es nicht erforderlich, daß die belasteten Räume jeweils genau umschrieben sind. Es ist ausreichend, wenn sich der Umfang des Rechtes aufgrund objektiver Merkmale feststellen läßt.**
2. **Zum Wohnrecht kann auch die Mitbenutzung eines Gartens zählen.**
3. **Ein unbebautes Grundstück kann weder isoliert noch im Wege der Gesamtbelastung mit einem Wohnrecht belastet werden, wenn nicht die gleiche Art der Nutzung auf allen Grundstücken gesichert werden soll.**

LG Koblenz, Beschluß vom 19.12.1997 – 2 T 784/97 –, mitgeteilt von *Frank-Michael Goebel*, Richter am LG Koblenz

---

15. BGB §§ 167 Abs. 2, 1410 *(Zur Formbedürftigkeit einer Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages)*

Die widerruflich erteilte Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages bedarf grundsätzlich keiner notariellen Beurkundung.

BGH, Urteil vom 1.4.1998 – XII ZR 278/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 23.8.1958 die Ehe, aus der vier inzwischen erwachsene Söhne hervorgingen. Der Antragsteller, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, war als Geschäftsführer einer GmbH tätig, deren Alleingesellschafterin die Antragsgegnerin war.

Nachdem die Parteien sich bereits getrennt hatten, schlossen sie zu notarieller Urkunde vom 21.11.1989 einen Ehevertrag, in dem es heißt:

> Für unsere Ehe haben wir durch notariellen Vertrag die Gütertrennung eingeführt.
>
> Den notariellen Gütertrennungsvertrag heben wir hiermit auf.
>
> Die Gütertrennung heben wir hiermit rückwirkend auf, so daß von Beginn unserer Ehe an der Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelten soll.

Bei der Beurkundung war die Antragsgegnerin durch eine Angestellte des beurkundenden Notars vertreten, der sie am 19.10.1989 eine notariell beglaubigte Vollmacht erteilt hatte.

Im Scheidungsverbundverfahren stellten beide Parteien Stufenanträge zum Zugewinnausgleich.

Widerklagend beantragte die Antragsgegnerin festzustellen, daß die Parteien während ihrer Ehe nicht im Güterstand der Zugewinngemeinschaft, sondern in Gütertrennung gelebt hätten. Sie vertrat die Auffassung, der Ehevertrag vom 21.11.1989 sei unwirksam, weil die Vollmacht der Notariatsangestellten nicht notariell beurkundet worden sei.

Das Amtsgericht – Familiengericht – erließ ein Teilurteil, durch das es das als Zwischenfeststellungswiderklage (§ 256 Abs. 2 ZPO) beurteilte Begehren der Antragsgegnerin abwies. Dagegen legte die Antragsgegnerin Berufung ein, die erfolglos blieb (Veröffentlichung in NJWE-FER 1997, 221).

Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (…)

2. Soweit die Parteien durch notariellen Ehevertrag vom 21.11.1989 vereinbart haben, daß die Gütertrennung rückwirkend aufgehoben werde und von Beginn der Ehe an der Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelten solle, bedeutet dies, daß der neue Güterstand nicht nur für die Zukunft Wirkungen entfalten soll, sondern daß insbesondere im Rahmen eines etwaigen Zugewinnausgleichs für das Anfangsvermögen (§ 1374 Abs. 1 BGB) nicht der Vertragsabschluß, sondern der Zeitpunkt der Eheschließung maßgebend sein soll. Eine solche Gestaltung begegnet im Hinblick auf die in § 1408 Abs. 1 BGB statuierte Vertragsfreiheit keinen rechtlichen Bedenken (herrschende Meinung, vgl. etwa MünchKomm/*Kanzleiter* 3. Aufl. § 1408 Rdnr. 15; s. a. Senatsurteil vom 26.3.1997 – XII ZR 250/95 – FamRZ 1997, 800 [= MittBayNot 1997, 231]).

3. Die Revision wendet sich vornehmlich gegen die Beurteilung des Oberlandesgerichts, der Ehevertrag vom 21.11.1989 sei formgerecht zustande gekommen. Sie macht geltend, die Anforderungen des § 1410 BGB seien tatsächlich nicht eingehalten. Wortlaut und Schutzzweck dieser Vorschrift legten die Auslegung nahe, daß beim Vertragsschluß beide Teile persönlich anwesend sein müßten. Vorliegend sei die Antragsgegnerin aber durch eine Notariatsangestellte vertreten gewesen. Sofern eine Vertretung zulässig sei, sei § 167 Abs. 2 BGB, wonach die Erteilung der Vollmacht nicht der für das Vertretergeschäft geltenden Form bedürfe, im Wege der teleologischen Reduktion einschränkend dahin auszulegen, daß die Erteilung der Vollmacht jedenfalls für einen Ehevertrag der notariellen Beurkundung bedürfe. Ein solcher Vertrag greife regelmäßig tief in die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten ein und habe langfristige und weitreichende Auswirkungen. Wenn nach § 1410 BGB die notarielle Beurkundung vorgeschrieben sei, solle die damit verbundene Belehrungspflicht des Notars (§ 17 BeurkG) gewährleisten, daß kein Ehegatte durch den anderen übervorteilt werde (Schutzfunktion) und daß den Vertragsschließenden eindringlich die wirtschaftlichen Folgen ihrer Erklärungen vor Augen gehalten würden (Warnfunktion). Dieser Zweck sei nur zu erreichen, wenn auch die Vollmacht, die zum Abschluß des Vertrages ermächtige, der Form des § 1410 BGB bedürfe. Insoweit müsse das gleiche gelten wie bei einer Bürgschaft, bei der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs § 167 Abs. 2 BGB dahin einschränkend auszulegen sei, daß auch die Erteilung der Vollmacht durch den

Bürgen der Schriftform des § 766 BGB bedürfe (Hinweis auf BGHZ 132, 119, 124 f.). Vorliegend sei somit nicht ausreichend gewesen, daß die die Antragsgegnerin vertretende Notariatsangestellte aufgrund einer Vollmacht gehandelt habe, bei der lediglich die Unterschrift notariell beglaubigt gewesen sei.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Die Vorschrift des § 1410 BGB, wonach ein Ehevertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden muß, schließt nach allgemeiner Ansicht nur die sogenannte Stufenbeurkundung (§ 128 BGB) aus, nicht aber auch die Vertretung eines Vertragsteils (so schon BGHZ 5, 344, 349). Wo das Gesetz persönliches Handeln verlangt, sagt es dies ausdrücklich, wie z. B. in §§ 1750 Abs. 3 Satz 1, 2274 BGB, 13 Abs. 1 EheG.

b) Nach herrschender Auffassung sind de lege lata entsprechend dem Wortlaut der §§ 167 Abs. 2, 182 Abs. 2 BGB sowohl die Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages als auch die nachträgliche Genehmigung von einem vollmachtslosen Vertreter abgegebener Erklärungen grundsätzlich formfrei, (zur Genehmigung vgl. Senatsurteil vom 25.1.1989 – IV b ZR 44/88 – FamRZ 1989, 476 [= MittBayNot 1989, 136]; zur Vollmacht vgl. MünchKomm/*Kanzleiter* a.a.O. § 1410 Rdnr. 4; BGB-RGRK/*Finke*, 12. Aufl. § 1410 Rdnr. 3; *Soergel/Gaul* BGB 12. Aufl. § 1410 Rdnr. 3; *Palandt/Diederichsen* BGB 57. Aufl. § 1410 Rdnr. 1; *Erman/Heckelmann* BGB 9. Aufl. § 1410 Rdnr. 3; *Jauernig/Schlechtriem* BGB 7. Aufl. § 1410 Rdnr. 3; *Gernhuber/Coester-Waltjen* Lehrbuch des Familienrechts 4. Aufl. § 32 II 1 S. 474). Dabei halten einige Autoren die Regelung allerdings für reformbedürftig. Auf der Grundlage des geltenden Rechts bejahen sie eine Durchbrechung des Grundsatzes einer formfrei wirksamen Vollmacht nur für Ausnahmefälle, insbesondere dann, wenn diese unwiderruflich oder sonst mit Bindungswirkung erteilt worden ist (vgl. MünchKomm/*Kanzleiter* a.a.O. Rdnr. 3; *Gernhuber/Coester-Waltjen* a.a.O.); weitergehend wird vertreten, daß die im Hinblick auf § 313 BGB zur Formbedürftigkeit der Vollmacht von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auch auf den Fall des § 1410 BGB anzuwenden seien (vgl. *Staudinger/Thiele* [1994] § 1410 Rdnr. 6).

Demgegenüber wird im Schrifttum zu § 167 BGB teilweise eine generelle Erstreckung aller Formvorschriften mit Warnfunktion auf die Erteilung der Vollmacht befürwortet, insbesondere in Anwendung der Grundsätze der teleologischen Reduktion (vgl. *Staudinger/Schilken* [1995] § 167 Rdnr. 20 m.w.N.); gleiches wird für die Vorschrift des § 182 Abs. 2 BGB vertreten (Nachweise bei BGHZ 125, 218, 221 f. [= MittBayNot 1994, 414]). Nach anderer Auffassung soll insoweit nach der jeweiligen Interessenlage zu differenzieren sein (vgl. *Müller-Freienfels*, Vertretung beim Rechtsgeschäft 1955 S. 276 ff.) bzw. es bei einer Einzelfallbeurteilung analog der bereits angeführten Rechtsprechung zu § 313 BGB verbleiben (vgl. MünchKomm/*Schramm* a.a.O. § 167 Rdnr. 20).

c) Der Senat hält es auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht für gerechtfertigt, die Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages generell der Form des § 1410 BGB zu unterwerfen. Die teleologische Reduktion einer Norm setzt voraus, daß eine vom Gesetzgeber unterlassene Differenzierung entweder durch den Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm selbst oder durch den vorrangigen Zweck einer anderen Norm angezeigt ist, der sonst nicht erreicht würde (vgl. etwa *Larenz*, Methodenlehre 5. Aufl. S. 376). Im Gesetzgebungsverfahren zu dem am 1.7.1958 in Kraft getretenen Gleichberechtigungsgesetz ist im Hinblick auf das Verhältnis des Formzwangs eines Ehevertrages zur Formfreiheit der Vollmachtserteilung die Frage erörtert worden, ob „ein Dritter durch ein einfaches Blatt Papier zu einer so weittragenden Maßnahme wie dem Abschluß eines Ehevertrages bevollmächtigt werden“ kann. Für die Beibehaltung der Formfreiheit der Vollmacht wurde jedoch der Gesichtspunkt der Erleichterung des Rechtsverkehrs ins Feld geführt, zumal es nicht wenige Fälle gebe, „in denen die künftigen Ehegatten weit voneinander entfernt“ lebten. Von einer Reform wurde schließlich mit der Erwägung abgesehen, daß eine Bestimmung, mit der 50 Jahre lang kein Mißbrauch betrieben worden sei, nicht geändert werden sollte (vgl. Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Protokoll der 7. Sitzung des Unterausschusses „Familienrechtsgesetz“ vom 22.4.1955). Daraus ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber des Gleichberechtigungsgesetzes der Schutzfunktion des heutigen § 1410 BGB gegenüber dem Interesse an der Erleichterung des Rechtsverkehrs, das dem § 167 Abs. 2 BGB zugrunde liegt, keinen Vorrang eingeräumt hat. Nur dann wäre aber eine generelle teleologische Reduktion, wie sie teilweise vertreten wird, gerechtfertigt.

Wie bereits das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt hat, wäre auch bei einer Ausdehnung der Beurkundungspflicht des Ehevertrages auf die Abschlußvollmacht nichts Entscheidendes für die Schutz- und Warnfunktion des § 1410 BGB gewonnen. Die Belehrungspflicht des Notars aus § 17 BeurkG geht nämlich nur so weit, als eine Belehrung für das Zustandekommen einer formgültigen Urkunde erforderlich ist, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft richtigen Form wirksam enthält. Im Falle der Vollmachterteilung muß sich diese also nicht notwendig auch auf den Inhalt und die Ausgestaltung des Vertretergeschäfts beziehen, soweit dessen Einzelheiten überhaupt schon bekannt sind (vgl. BGHZ 125 a.a.O., 225 f. [= MittBayNot 1994, 414]). Sie bezieht sich schwerpunktmäßig auf die Rechtswirksamkeit der Beurkundung, wobei der Notar darauf achten soll, daß unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (vgl. BGH, Urteil vom 11.2.1988 – IX ZR 77/87 – ZIP 1988, 696, 697). Die Pflicht zur Unparteilichkeit nötigt ihn zur Zurückhaltung bei der Erörterung möglicher wirtschaftlicher Auswirkungen des Rechtsgeschäfts, da die einseitige Interessenwahrnehmung nur von einem Rechtsanwalt erwartet werden kann (BGH a.a.O. S. 699). Eine Belehrungspflicht kann sogar ganz entfallen, wenn sich die Beteiligten über die Tragweite ihrer Erklärung und das damit verbundene Risiko vollständig im klaren sind und die konkrete Vertragsgestaltung ernsthaft wollen (vgl. BGH, Urteil vom 25.4.1996 – IX ZR 237/95 – NJW 1996, 2037, 2038 [= MittBayNot 1996, 401]). Insoweit besteht ein Wertungsgleichklang mit § 182 Abs. 2 BGB, wonach auch der unbelehrte Vertragsbeteiligte formfrei einen schwebend unwirksamen Vertrag genehmigen kann. Demgegenüber ist auf die Regelung des § 1587 o Abs. 2 BGB hinzuweisen, wonach bei Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich im Zusammenhang mit einer Scheidung neben der notariellen Beurkundung eine Genehmigung des Familiengerichts erforderlich ist. Hier hat der Gesetzgeber eine Situation gesehen, in der die Übervorteilung eines Ehegatten typischerweise naheliegt, und dem durch ein besonderes Regulativ Rechnung getragen (vgl. dazu BT-Drucks. 7/4361 S. 49; Senatsbeschluß vom 24.2.1982 – IV b ZB 746/80 – FamRZ 1982, 471, 472 = NJW 1982, 1463). Sofern den Schutzinteressen beim Abschluß eines Ehevertrages nachhaltig Rechnung getragen werden soll, wäre nach

allem das erstrebte Ziel kaum schon durch eine Beurkundungspflicht auch der Vollmachterteilung zu erreichen, sondern es wäre etwa an das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit der Verlobten oder Ehegatten zu denken (ähnlich MünchKomm/*Kanzleiter* a.a.O. Rdnr. 4).

d) Die Übertragung der zur Blankobürgschaft entwickelten Grundsätze (BGHZ 132, 119, 124 f.) auf den Fall des § 1410 erscheint wegen der anders gearteten Interessenlage als nicht gerechtfertigt. Es geht nicht darum, mit der Erstreckung der Schriftform des § 766 BGB auf die Vollmachterteilung dem Bürgen Art und Umfang seiner Haftung vor Augen zu führen und die Entschließung darüber nicht einem Dritten zu überlassen, sondern um eine sachgerechte Aufklärung der Vertragsteile über die Konsequenzen einer von ihnen beabsichtigten Regelung. Wie ausgeführt, läßt sich der Schutzzweck des § 1410 BGB nicht entscheidend durch einen Formzwang für die Vollmacht fördern. Soweit der Gesetzgeber diesem Zweck keinen Vorrang gegenüber dem Interesse an der Erleichterung des Rechtsverkehrs gegeben hat, ist das hinzunehmen.

e) Werden die Fallgestaltungen in Betracht gezogen, in denen nach der Rechtsprechung zu § 313 BGB im Grundstücksverkehr schon die Erteilung einer Vollmacht notarieller Beurkundung bedarf (vgl. die Zusammenstellung bei MünchKomm/*Schramm* a.a.O. § 167 Rdnr. 17 bis 19 b; *Staudinger/Thiele* a.a.O. § 1410 Rdnr. 5), so scheidet der Hauptfall, die unwiderrufliche oder sonst mit gleicher rechtlicher oder tatsächlicher Bindung erteilte Vollmacht, nach den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen aus. Das Oberlandesgericht hat unangegriffen festgestellt, daß die Antragsgegnerin die der Notariatsangestellten am 19.10.1989 erteilte Vollmacht bis zum Vertragsschluß am 21.11.1989 ohne weiteres widerrufen konnte. Das der Vollmachterteilung zugrundeliegende Rechtsverhältnis (§ 168 BGB) bestand in einem Auftrag, der gemäß § 671 Abs. 1 BGB für die Auftraggeberin jederzeit widerruflich war (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21.5.1965 – V ZR 156/64 – DNotZ 1966, 92, 95) und ebenfalls nicht der Form des § 1410 BGB unterlag (vgl. dazu MünchKomm/*Seiler* a.a.O. § 662 Rdnr. 6 ff.). Anhaltspunkte dafür, daß die Antragsgegnerin die Frage der Widerruflichkeit seinerzeit anders gesehen hat, bestehen nicht.

Im Schrifttum wird teilweise die Formbedürftigkeit der Vollmacht auch für den Fall bejaht, daß dem Vertreter kein eigener Entscheidungsspielraum gelassen ist (vgl. *Staudinger/Thiele* a.a.O.). Dem folgt der Senat nicht. In der Rechtsprechung, auch derjenigen des Reichsgerichts zu § 313 BGB (vgl. dazu die in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidungen RGZ 54, 75, 79; 97, 332, 334 sowie HRR 1928 Nr. 304), findet diese Auffassung keine Stütze. In den genannten Fällen wird zumeist lediglich eine Spezialvollmacht vorliegen, die den Sinn hat, sich nicht in unüberschaubarer Weise dem Willen des Vertreters auszuliefern (vgl. *Müller-Freienfels* a.a.O. S. 72 f.). Das gilt auch im vorliegenden Fall, in dem in der Vollmachtsurkunde der Inhalt des abzuschließenden Vertretergeschäfts dahin umschrieben ist, „daß die bestehende Gütertrennung für unsere Ehe aufgehoben und rückwirkend der gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft eingeführt wird". Daß in derartigen Fällen einer jederzeit widerruflichen Vollmacht ein besonderer Grund vorläge, gleichwohl die Formbedürftigkeit der Vollmacht anzunehmen, ist nicht ersichtlich.

Offenbleiben kann, ob andere Fallgestaltungen, die nach den zu § 313 BGB entwickelten Grundsätzen eine Formbedürftigkeit der Vollmacht bedingen, auch für Eheverträge von Bedeutung sind. Sie liegen außerhalb des vorliegend gegebenen Sachverhalts, so daß eine Stellungnahme dazu nicht veranlaßt ist.

4. Die Antragsgegnerin hat unter dem 19.10.l992 an den Antragsteller einen Brief gerichtet, der folgende Passagen enthält:

> „Ich glaube ich habe durch die Aufgabe der Gütertrennung hinreichend bewiesen, daß ich für absolute Gerechtigkeit bei der Teilung des Vermögens bin, denn die Gütertrennung habe ich aufgegeben, als eine endgültige Trennung zwischen uns beiden doch ziemlich unvermeidbar schien. Für mich war es immer gleich ob Gütertrennung oder Zugewinngemeinschaft, mein moralisches Empfinden wäre immer für exakte Teilung gewesen."

Diese Erklärung würde im übrigen auch die Erfordernisse für eine Genehmigung des Ehevertrages durch die Antragsgegnerin erfüllen. Mit diesem Brief, dessen Echtheit und Zugang unstreitig ist, hat sie nämlich die im Ehevertrag getroffene Vereinbarung nachträglich ausdrücklich gebilligt. In einem solchen Fall kommt es nicht darauf an, ob sie wenigstens mit der Möglichkeit rechnete, der Vertrag könnte nicht rechtswirksam abgeschlossen worden sein (vgl. BGHZ 47, 341, 351 f.; BGH WM 1967, 1164, 1165). Nach der Rechtsprechung des Senats, an der festgehalten wird, ist die Genehmigung gemäß § 182 Abs. 2 BGB formfrei (vgl. Senatsurteil vom 25.1.1989 a.a.O.; s. a. BGHZ 125 a.a.O. § 222 ff.).

---

16. BGB §§ 242; 1569 ff.; EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 *(Zum Anspruch auf Zustimmung zum „begrenzten Realsplitting")*

Ein Ehegatte ist auch dann zur Abgabe der Zustimmungserklärung zu dem sogenannten begrenzten Realsplitting verpflichtet, wenn es zweifelhaft erscheint, ob steuerlich geltend gemachte Aufwendungen dem Grunde und der Höhe nach als Unterhaltsleistungen im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG anerkannt werden.

BGH, Urteil vom 29.4.1998 – XII ZR 266/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

---

17. FGG § 25, § 27; BGB § 133, § 1937, § 2065 Abs. 2, § 2088 Abs. 1 *(Unwirksamkeit der Erbeinsetzung eines noch zu errichtenden Pflegeheims)*

1. **Zur Selbstbindung des Beschwerdegerichts nach Aufhebung eines Vorbescheids im erneuten Beschwerdeverfahren.**
2. **Die Einsetzung eines noch zu errichtenden Pflegeheims als Erben ist mangels ausreichender Bestimmtheit unwirksam. Die Bestimmung des Erben kann auch nicht dem Belieben eines mit dem Projekt befaßten Dritten überlassen bleiben.**

BayObLG, Beschluß vom 31.3.1998 – 1Z BR 174/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die im Alter von 22 Jahren verstorbene Erblasserin war kinderlos und unverheiratet. Ihre Eltern sind vorverstorben. Der Beteiligte zu 1 ist ihr Bruder, der mit Vertrag vom 8.8.1991 seinen Erbteil nach seinem Vater an die Erblasserin verkauft hatte. Der Nachlaß im Gesamtwert

von ca. DM 600.000 besteht im wesentlichen aus dem elterlichen Grundvermögen.

Die Erblasserin verstarb am 19.7.1993 und hinterließ folgendes am 10.6.1993 verfaßtes und eigenhändig geschriebenes Testament:

> Ich ... bestimme für den Fall meines Ablebens folgendes:
>
> Da meine Eltern beide verstorben sind, so bestimme ich die Deutsche Herzstiftung e.V. ... und das Pflegeheim, das ich versuche mit Freunden aufzubauen – ... (= Beteiligter zu 3) gibt darüber Auskunft – je zur Hälfte zu meinen Erben. Die Institute haben jedoch die Verpflichtung, das Grab der Familie für 40 Jahre weiterzupflegen.
>
> Der Erbteil meines Bruders ist von uns notariell am 8.8.1991 erledigt worden. Er hat somit keine Rechte und Pflichten mehr. Auch bei meinem Teil möchte ich nicht, daß er etwas bekommt, da er Drogen nimmt und fast Alkoholiker ist.
>
> Ich bin in meiner Testierfähigkeit nicht beschränkt und voll geschäftsfähig. Ein entsprechendes ärztliches Attest liegt beim Notar ... vor. Weitere frühere letztwillige Verfügungen widerrufe ich hiermit.

Nach Testamentseröffnung legten der Beteiligte zu 3, der Beteiligte zu 5 sowie der am 7.12.1995 verstorbene und durch die Beteiligten zu 4 beerbte N. ein auf 1.7.1993 datiertes Schriftstück über die Gründung einer BGB-Gesellschaft zwischen der Erblasserin und ihnen vor, deren Gegenstand die gemeinsame Errichtung, Erstellung und der Betrieb eines Pflegeheims sein sollte. Das Schriftstück ist von den Beteiligten sowie N. unter dem Datum 5.7.1993 unterschrieben, jedoch nicht von der Erblasserin, deren Unterschrift allerdings auf dem Schriftstück vorgesehen war.

Die Beteiligten zu 3 und 5 sowie N. beantragten am 19.8.1993 die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, wonach die Erblasserin zu je 1/2 von der Deutschen Herzstiftung e.V. (Beteiligte zu 2) und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, vertreten durch die Gesellschafter (Beteiligte zu 3, 5 und N.), beerbt worden sei. Am 23.3.1994 und am 24.5.1994 wiederholten sie diesen Erbscheinsantrag, dem sich auch die Beteiligte zu 2 anschloß. Am 26.7.1994 beantragte die Beteiligte zu 2 die Erteilung eines Teilerbscheins mit dem Inhalt, daß sie zu 1/2 Erbin geworden sei. Am 5.1.1994 focht der Beteiligte zu 1 die letztwillige Verfügung vom 10.6.1993 an und beantragte die Erteilung eines Erbscheins als alleiniger gesetzlicher Erbe.

Mit Vorbescheid vom 1.3.1995 kündigte das Nachlaßgericht die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins an, nach dem die Erblasserin durch die Beteiligte zu 2 zu 1/2 und durch die Beteiligten zu 3, 5 und N. zu je 1/6 beerbt worden sei; den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 wies das Nachlaßgericht zurück. Diesen Beschluß hob das Landgericht auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 mit Beschluß vom 22.8.1995 auf, weil die Beteiligten zu 3, 5 und N. als Gesellschafter einer nicht existenten BGB-Gesellschaft nicht Erben sein könnten. Es verwies die Sache zu neuer Entscheidung an das Nachlaßgericht zurück.

Das Nachlaßgericht kündigte mit als Vorbescheid und Zwischenverfügung bezeichnetem Beschluß vom 22.1.1996 die Erteilung eines Teilerbscheins für die Beteiligte zu 2 an und wies die Anträge des Beteiligten zu 1 sowie der Beteiligten zu 3, 5 und N. zurück. Hiergegen erhob der Beteiligte zu 1 einerseits und die Beteiligten zu 3 und 5 andererseits Beschwerde, die das Landgericht zurückwies. Den Geschäftswert für die Beschwerde setzte das Landgericht auf DM 300.000,– fest. Die Beteiligten zu 3 und 5 erhoben gegen die Entscheidung des Landgerichts weitere Beschwerde, mit der sie die Anerkennung eines Erbteils zu je 1/6 anstreben. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (…)

2. Die angefochtene Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPG).

a) Das Landgericht ist zutreffend von der Wirksamkeit des Testaments ausgegangen. Die aufgrund der Beweisaufnahme getroffenen Feststellungen und Folgerungen zur Testierfähigkeit der Erblasserin sind nicht zu beanstanden und werden auch von den Beschwerdeführern nicht in Frage gestellt.

Das gilt auch für die aus Wortlaut, Text- und Sinnzusammenhang hergeleitete Folgerung, daß die Erblasserin bei der Enterbung ihres Bruders nicht von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist, so daß dessen Testamentsanfechtung (§ 2078 Abs. 2 BGB) ohne Erfolg bleibt. Er ist daher von der Erbfolge ausgeschlossen worden (§ 1938 BGB). Schließlich hat das Landgericht nach dem insoweit unzweideutigen Inhalt des Testaments zutreffend angenommen, daß die Deutsche Herzstiftung e.V. (Beteiligte zu 2) Miterbin zu 1/2 ist (§ 1937 BGB).

b) Für die restliche Hälfte der Erbschaft ist das Landgericht ohne Rechtsfehler von der gesetzlichen Erbfolge ausgegangen (§ 2088 Abs. 1 BGB). Es hat nämlich an seiner Rechtsauffassung im Beschluß vom 22.8.1995 festgehalten, nach der die beschwerdeführenden Beteiligten zu 3 und 5 nicht Erben geworden sind. Das Landgericht wäre auch nicht befugt gewesen, davon abzuweichen (§§ 25, 27 FGG). Wie das Nachlaßgericht ist auch das im Beschwerdeverfahren erneut befaßte Landgericht an seine Rechtsauffassung gebunden, die der aufhebenden ersten Beschwerdeentscheidung vom 22.8.1995 zugrunde gelegen hat (vgl. BayObLG FamRZ 1992, 862/863; Rpfleger 1992, 432). Der zu beurteilende Sachverhalt hat sich nicht geändert. Das Landgericht ist daher zu Recht von der in dieser Entscheidung entwickelten Rechtsauffassung für das weitere Verfahren ausgegangen.

c) Auch das Rechtsbeschwerdegericht hat diese Bindungswirkung zu beachten (BayObLG Rpfleger a.a.O.).

Im übrigen weist der Senat auf folgendes hin. Die von den Beschwerdeführern initiierte BGB-Gesellschaft kann als solche mangels Rechtsfähigkeit nicht Erbin sein (vgl. Palandt/Thomas BGB 57. Aufl. § 705 Rdnr. 2). Aus dem Testament läßt sich die Vorstellung der Erblasserin entnehmen, daß das dort erwähnte Pflegeheim als „Institut“ vergleichbar der Deutschen Herzstiftung e.V. bedacht sein soll. Die Erbenstellung einer entsprechenden Stiftung oder sonstigen juristischen Person scheidet aber deshalb aus, weil deren Name, Zweck und Organisation im Testament nicht hinreichend bestimmt sind. Weil die Erblasserin andererseits das Pflegeheim als spezielles Projekt fördern wollte, kommt die entsprechende Anwendung des § 2072 BGB nicht in Betracht.

Auch die ergänzende Testamentsauslegung führt nicht zu dem Ergebnis, daß N. und die Beteiligten zu 3 und 5 zu Erben der streitigen Nachlaßhälfte eingesetzt sind. Denn im Testament findet sich kein hinreichender Anhalt für die Einsetzung dieser drei Personen. Soweit dem Hinweis im Testament auf den Beteiligten zu 3 als Vertrauensperson der Erblasserin entnommen werden konnte, ihm sei Auswahl und Bestimmung des Erben überlassen, steht § 2065 Abs. 2 BGB entgegen. Da die Erblasserin hinsichtlich der dem Pflegeheim zugedachten Nachlaßhälfte nicht zu einer hinreichend konkreten Erbenbestimmung gelangt ist, muß es insoweit bei der gesetzlichen Erbfolge verbleiben (§ 2088 Abs. 1 BGB). Ob die gesetzlichen Erben mit einer Zweckauflage beschwert sind (§ 2192 f. BGB), ist im Erbscheinsverfahren nicht zu entscheiden.

———

18. BGB §§ 330, 2314 *(Widerruf der Bezugsberechtigung aus einem Lebensversicherungsvertrag infolge einer Sicherungsabtretung)*

1. **Der Anspruch aus einer Lebensversicherung gehört aufgrund des Bezugsrechts eines Dritten beim Tod des Versicherungsnehmers grundsätzlich nicht zu dessen Nachlaß, sondern entsteht unmittelbar in der Person des Bezugsberechtigten. Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Versicherungsnehmer seinen Anspruch aus dem Versicherungsvertrag zu Lebzeiten an einen Dritten abgetreten hat. Denn dann ist – jedenfalls im Falle einer widerruflichen Bezugsberechtigung in der Abtretungsanzeige an den Versicherer regelmäßig gleichzeitig der Widerruf der bestehenden Bezugsberechtigung zu sehen.**

2. **Wenn Rechte aus einer Lebensversicherung sicherungshalber abgetreten werden, kann der Sicherungszweck nur erreicht werden, wenn die abgetretenen Rechte nicht mit einer Bezugsberechtigung „belastet" sind, die den Rechten des Zessionars vorgeht. Der Widerruf setzt die früher ausgesprochene Bezugsberechtigung allerdings nur insoweit außer Kraft, wie es für den Sicherungszweck erforderlich ist.**

3. **Soweit der Anspruch auf die Versicherungssumme von der Sicherungsabtretung nicht erfaßt wird, sondern dem Bezugsberechtigten nach Eintritt des Versicherungsfalls zusteht, fällt er auch nicht in den Nachlaß des Versicherungsnehmers. Soweit hingegen die Versicherungssumme aufgrund des vom Versicherungsnehmer ausgesprochenen Widerrufs und seiner Sicherungsabtretung im Zeitpunkt seines Todes seinem Kreditgeber zusteht, hat der Versicherungsnehmer das Bezugsrecht außer Kraft gesetzt und den Anspruch auf die Versicherungssumme zur Deckung seiner Verbindlichkeiten verwendet. Damit hat er die Versicherungssumme seinem Vermögen zugeführt.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.10.1996 – 7 U 215/95 –, mitgeteilt von *H. C. Ibold*, Richter am OLG Düsseldorf

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

19. UmwG 1994 §§ 19 Abs. 1, 20, 121 *(Verschmelzung einer GmbH auf ihren minderkaufmännisch tätigen Alleingesellschafter)*

a) **Die Verschmelzung einer GmbH auf ihren Alleingesellschafter als natürliche Person ist nach dem UmwG 1994 auch dann zulässig, wenn dieser als Minderkaufmann nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann.**

b) **Die Wirkungen der Verschmelzung treten in diesem Fall abweichend von § 20 UmwG mit ihrer gemäß §§ 121, 19 Abs. 1 UmwG vorzunehmenden Eintragung in das Register des Sitzes der übertragenden Kapitalgesellschaft ein.**

BGH, Beschluß vom 4.5.1998 – II ZB 18/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin schloß mit ihrem Alleingesellschafter K. S. am 31.8.1995 einen Vertrag über ihre Verschmelzung im Wege der Aufnahme durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf das „Einzelunternehmen K. S.". Der zugleich mit der Anmeldung der Verschmelzung gestellte Antrag auf Eintragung der Firma des Einzelkaufmanns „K. S. A." in das Handelsregister wurde durch Beschluß des Landgerichts Lüneburg vom 17.5.1997 wegen Fehlens der Vollkaufmannseigenschaft zurückgewiesen. Den Hilfsantrag vom 30.4.1997 auf Eintragung der Verschmelzung bei der Antragstellerin als übertragender Gesellschaft haben Amtsgericht und Landgericht mit der Begründung zurückgewiesen, die Verschmelzung sei mangels Eintragbarkeit in ein Register des übernehmenden Rechtsträgers gemäß §§ 20, 122 UmwG unwirksam. Das vorlegende Oberlandesgericht möchte der weiteren Beschwerde stattgeben. Es sah sich hieran jedoch durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 27.12.1995 (ZIP 1996, 460) gehindert. Auf die weitere Beschwerde wurde das Amtsgericht – Registergericht – angewiesen, über den Hilfsantrag der Antragstellerin erneut zu entscheiden.

Aus den Gründen:

Die Verschmelzung einer GmbH auf ihren Alleingesellschafter als natürliche Person ist auch dann zulässig, wenn dieser lediglich ein minderkaufmännisches Handelsgewerbe betreibt und daher nach noch geltendem Recht – entgegen § 122 UmwG – nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann; die Wirkungen der Verschmelzung treten in diesem Fall mangels Eintragungsfähigkeit des übernehmenden Rechtsträgers in Abweichung von der grundsätzlichen Regelung des § 20 UmwG mit ihrer gemäß §§ 121, 19 Abs. 1 UmwG vorzunehmenden Eintragung in das Register des Sitzes der übertragenden Kapitalgesellschaft ein. Diese modifizierte Anwendung der §§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 1 UmwG auf den nicht speziell geregelten Sonderfall der Verschmelzung auf einen nicht vollkaufmännischen Alleingesellschafter steht im Einklang mit der Zielvorstellung des Reformgesetzgebers von 1994, im neuen Umwandlungsrecht die Umwandlungsmöglichkeiten grundsätzlich nicht zu beschränken, sondern zu erweitern (vgl. Allg. Begr. RegE Nr. III, 2 a, c bei *Neye*, UmwG/UmwStG, S. 90, 92). Danach sollte insbesondere der Fall der Verschmelzung erhalten bleiben, der in den §§ 1, 15, 23, 24 UmwG 1969 als verschmelzende Umwandlung auf eine natürliche Person als Alleingesellschafter – hierzu gehörte nach herrschender Praxis auch ein Minderkaufmann (vgl. *Heckschen* ZIP 1996, 450, 451; *Priester* ZIP 1996, 413 – jeweils m.w.N.) – geregelt war; lediglich die Möglichkeit, anläßlich der Umwandlung außenstehende Anteilsinhaber gegen Abfindung, aber ohne deren Zustimmung aus der Gesellschaft herauszudrängen, sollte entfallen (Begr. RegE vor § 120, bei *Neye* a.a.O., S. 244). Dementsprechend kann nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG aufnehmender Rechtsträger jede „natürliche Person" als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft sein; auch in § 120 UmwG wird nicht vorausgesetzt, daß die natürliche Person eingetragener Vollkaufmann ist. § 122 UmwG zwingt nach Wortlaut und Gesetzesbegründung ebenfalls nicht zu dem Schluß, daß der Kreis der natürlichen Personen als aufnehmende Alleingesellschafter auf eingetragene Einzelkaufleute beschränkt werden sollte; er hat nahezu wörtlich § 15 Abs. 2 UmwG 1969 übernommen, der als bloße Ordnungsvorschrift der Umwandlung eines minderkaufmännischen Unternehmens auf einen Gesellschafter nicht entgegenstand mit der Folge, daß das Vermögen der Gesellschaft Privatvermögen des Gesellschafters wurde (vgl. *Priester* a.a.O., S. 413 m.w.N. unter Fn. 10). Daß der Reformgesetzgeber von 1994 selbst von der weiteren Zulässigkeit einer Verschmelzung auch auf den Minderkaufmann

ausging, ergibt sich (auch) aus § 9 Abs. 2 UmwStG, der ausdrücklich den Fall regelt, daß das durch Verschmelzung übertragene Vermögen beim Übernehmer Privatvermögen wird. Diese Vorschrift würde keinen Sinn ergeben, wenn die Verschmelzung nicht zum Übergang in das Privatvermögen des Alleingesellschafters führen könnte (*Widmann/Mayer/Heckschen*, Umwandlungsrecht, Bd. 2, Einf. Kurzkommentierung, Stichwort: Verschmelzung, Rdnr. 298).

Soweit § 121 UmwG für die Kapitalgesellschaft die Anwendbarkeit der Vorschriften des ersten und zweiten Teils und damit auch der §§ 19, 20 UmwG eröffnet, ist dies bezüglich der Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers (§ 19 Abs. 1 Satz 1 UmwG) auch für die Verschmelzung auf den minderkaufmännischen Alleingesellschafter folgerichtig und steht im Einklang mit der früheren Rechtslage (§§ 15, 24 ff. UmwG 1969). Dies gilt indessen nicht für die Regelung des § 20 über die Wirkungen der Eintragung, die nur deswegen allgemein an die Eintragung bei dem übernehmenden Rechtsträger anknüpfen, weil jetzt in anderen Verschmelzungsfällen die Verschmelzung durch Aufnahme mehrerer Rechtsträger zulässig geworden ist (§ 2 Nr. 1 UmwG) und dabei aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ein einheitlicher Zeitpunkt für das Wirksamwerden der Verschmelzung gewährleistet sein soll (vgl. hierzu *Priester* a.a.O., S. 414). Fur den besonderen Fall der Verschmelzung auf den minderkaufmännischen Alleingesellschafter hat der Gesetzgeber ersichtlich übersehen, daß insoweit eine Änderung des bisherigen Rechts (§§ 15, 24 ff. UmwG 1969) weder notwendig noch sinnvoll war und daß deshalb die Verweisung in § 121 UmwG auf § 20 UmwG mangels Eintragungsfähigkeit des Minderkaufmanns keinen geeigneten Anknüpfungspunkt für den Eintritt der Wirkungen der Verschmelzung darstellt (*Widmann/Mayer/Heckschen*, Umwandlungsrecht Bd. 3, § 120 UmwG Rdnr. 19; *Neye*, EwiR 1996, 277, 278).

In Erkenntnis dieser unbeabsichtigt entstandenen Regelungslücke hat der Gesetzgeber nunmehr im Rahmen des am 3.4.1998 in dritter Lesung verabschiedeten Handelsrechtsreformgesetzes (HRefG) klarstellend in Art. 8 Nr. 2 b eine Änderung des § 122 UmwG dahingehend beschlossen, daß folgender Absatz 2 angefügt wird:

> „Kommt eine Eintragung nicht in Betracht, treten die in § 20 genannten Wirkungen durch die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes der übertragenden Kapitalgesellschaft ein“ (vgl. BR-Drucks. 340/98, S. 10).

Besteht mithin kein Zweifel, daß der Gesetzgeber – hätte er die Problematik seinerzeit erkannt – die nunmehr beschlossene besondere Regelung des § 122 Abs. 2 UmwG bereits im Reformgesetz von 1994 verankert hätte, so ist die Herbeiführung der entsprechenden Rechtsfolge im Wege der lückenfüllenden modifizierenden Anwendung der §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 UmwG auf den übertragenden Rechtsträger bis zum Inkrafttreten der klarstellenden ausdrücklichen Gesetzesregelung geboten. Entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts Zweibrücken (a.a.O., S. 461) verstößt eine derartige Gesetzesauslegung und -anwendung nicht gegen das in § 1 Abs. 3 Satz 1 UmwG normierte Verbot der Abweichung vom Gesetz. Ausweislich der Gesetzesbegründung will diese Bestimmung nur entsprechend § 23 Abs. 5 AktG klarstellen, daß die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes als zwingendes Recht nicht der Parteiautonomie unterliegen, wobei es im wesentlichen um die Mehrheitserfordernisse bei der Beschlußfassung über die Umwandlung geht (vgl. Begr. RegE zu § 1 UmwG, bei *Neye* a.a.O., S. 112). Darunter fällt die vorliegende sachgerechte Auslegung des Gesetzes zur Ausfüllung einer Regelungslücke ersichtlich nicht, zumal sie vergleichbaren „Ersatzlösungen“ entspricht, die das Gesetz auch in anderen Fällen vorsieht, in denen ein Rechtsträger nicht in ein Register eingetragen werden kann (vgl. § 171 UmwG; Begr. RegE zu § 228 UmwG, bei *Neye* a.a.O., S. 369; vgl. auch Begr. RegE HRefG, BT-Drucks. 13/8444 zu Art. 8 Nr. 2b, S. 73). Die notwendige Rechtssicherheit durch Festlegung eines eindeutigen Zeitpunktes, in dem der Eigentumsübergang auf den Alleingesellschafter erfolgt, ist auch bei der hier vorgenommenen Anknüpfung an die Eintragung der Verschmelzung bei der übertragenden Gesellschaft gewährleistet.

---

20. GmbHG § 15; BGB § 158 *(Zur Heilung eines formnichtigen Kaufvertrages über GmbH-Geschäftsanteile)*

1. **Wird bei einem formnichtigen Kaufvertrag über GmbH-Geschäftsanteile die dingliche Anteilsübertragung unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so führt der spätere Verzicht des Begünstigten auf die Bedingung nicht zur rückwirkenden Heilung des Kaufvertrages gemäß § 15 Abs. 4 Satz 2, Abs. 3 GmbHG (Ergänzung zu BGHZ 127, 129 [= MittBayNot 1994, 554]),**

   BGB § 446

2. **Ist der Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen als Unternehmenskauf zu behandeln, so tritt der Gefahrübergang (§ 446 BGB) erst mit der Übergabe des Unternehmens ein.**

   BGB § 446

3. **Der Gefahrübergang durch Übergabe der Kaufsache (§ 446 BGB) setzt die Wirksamkeit des Kaufvertrages voraus.**

BGH, Urteil vom 25.3.1998 – VIII ZR 185/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Firma F. W. GmbH (künftig: GmbH). Durch notariellen Vertrag vom 20.7.1990 verkaufte und übertrug er seinen Geschäftsanteil an den Beklagten. Nach II § 1 Nr. 2 des Vertrages stand „die dingliche Rechtsänderung … unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises“. Dieser sollte nach II § 2 Nr. 1 u. 4 des Vertrages 2,2 Mio. DM betragen und in zwei gleichen Raten am 20.9. und 20.10.1990 gezahlt werden. In II § 3 Nr. 2 Satz 2 des Vertrages versicherte der Kläger, die Eröffnungsbilanz der GmbH zum 1.2.1989 und die vorläufige Bilanz zum 31.12.1989 mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung erstellt zu haben, so daß der Abschluß zu dem betreffenden Stichtag ein vollständiges, den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Ertrags-, Vermögens- und Finanzlage der GmbH abgebe. In II § 3 Nr. 5 heißt es unter anderem: „Die Gewährleistungsrechte werden auf Minderung des Kaufpreises und auf Schadensersatzansprüche beschränkt.“ In II § 5 wurde u.a. auch die „Überleitung des Unternehmens“ geregelt. Dort heißt es unter Nr. 1 u. 3 S. 1:

„Der Verkäufer wird dem Käufer oder dessen Beauftragten mit Abschluß des Vertrages Gelegenheit geben, sich über alle geschäftlichen Vorgänge zu informieren und Einblick in alle Geschäftsbriefe, die Finanzbuchhaltung sowie die betriebliche Ablauforganisation zu nehmen.

Der Verkäufer wird dem Käufer das Unternehmen ordnungsgemäß übergeben, ihn insbesondere über alle technischen und kaufmännischen Vorgänge des Unternehmens ausführlich informieren, einführen und beraten, ohne daß dem Käufer hieraus zusätzliche Kosten entstehen."

Der Geschäftsführervertrag des Klägers wurde in II § 5 Nr. 5 zum 31.7.1990 aufgehoben.

Unmittelbar vor Vertragsbeurkundung übergab der Beklagte dem Kläger 250.000 DM in bar; den beurkundeten Kaufpreis von 2,2 Mio. DM zahlte er nicht.

Diesen Kaufpreis nebst Zinsen verlangt der Kläger mit der Klage; der Beklagte beansprucht widerklagend die Rückzahlung der 250.000 DM, ebenfalls zuzüglich Zinsen. Er macht geltend, der Vertrag vom 20.7.1990 sei nichtig, weil die Parteien entgegen der beurkundeten Fassung tatsächlich einen Kaufpreis von 2.450.000 DM vereinbart hätten, der teilweise durch die von ihm vor dem Notartermin erbrachte Barzahlung von 250.000 DM beglichen worden sei. Ferner hat er am 30.10.1990 den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten und Minderung des Kaufpreises verlangt. Zur Begründung hat er unter anderem geltend gemacht, die im Vertrag vom 20.7.1990 genannten Bilanzen der GmbH seien vom Kläger entgegen seiner Versicherung in II § 3 Nr. 2 des Vertrages fehlerhaft aufgestellt worden. Der Kläger hat die behauptete Schwarzgeldabrede und etwaige Bilanzfehler bestritten.

Im September 1991 hat der Kläger im Hinblick auf die vom Beklagten geltend gemachte Nichtigkeit des notariellen Vertrages vom 20.7.1990 dem Beklagten die alsbald nach Vertragsabschluß übertragene Geschäftsführung der GmbH wieder entzogen, sich wieder in den Besitz des Unternehmens gesetzt, sich selbst zum Geschäftsführer der GmbH bestellt und das Unternehmen fortan allein geführt. Hieran hat sich bis zur Gegenwart nichts geändert.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Während der Berufungsinstanz hat der Kläger durch privatschriftliche Erklärung vom 4.3.1993 auf die aufschiebende Bedingung in II § 1 Nr. 2 des notariellen Vertrages verzichtet. Der Beklagte hat ergänzend behauptet, der Kläger habe seit der Wiederübernahme der Geschäftsführung der GmbH im September 1991 eine grundlegende Veränderung und Verschlechterung des von der GmbH betriebenen Unternehmens herbeigeführt, unter anderem durch Verlegung des Firmensitzes und Gründung weiterer Tochtergesellschaften, so daß das Unternehmen jetzt praktisch wertlos sei.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Es hat die vom Beklagten behauptete Schwarzgeldabrede für bewiesen erachtet und deshalb angenommen, daß der notarielle Kaufvertrag als Scheingeschäft (§ 117 Abs. 1 BGB) sowie die von den Parteien wirklich gewollte Vereinbarung (§ 117 Abs. 2 BGB), nämlich die Kaufpreisabrede über 2.450.000 DM, wegen Formmangels (§ 125 Satz 1 BGB i.V.m. § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG) nichtig seien. Die Nichtigkeit des Kaufvertrages sei auch nicht gemäß § 15 Abs. 4 Satz 2, Abs. 3 GmbHG durch die in dem notariellen Vertrag ebenfalls vereinbarte Abtretung des Geschäftsanteils der GmbH geheilt worden. Diese mangels Eintritts der aufschiebenden Bedingung der vollen Kaufpreiszahlung zunächst unwirksame Abtretung sei zwar durch den am 4.3.1993 erklärten Verzicht des Klägers auf die Bedingung wirksam geworden. Eine Heilung der unwirksamen Kaufpreisabrede habe dadurch aber nicht mehr eintreten können, weil die hierfür erforderliche weiterhin bestehende Willensübereinstimmung der Parteien hinsichtlich des Kausalgeschäftes infolge der zwischenzeitlich erklärten Täuschungsanfechtung des Beklagten entfallen sei.

Diese Entscheidung wurde durch Urteil des erkennenden Senats vom 21.9.1994 (BGHZ 127, 129 [= MittBayNot 1994, 554] mit Anmerkungen *M. Wolf* in LM GmbHG § 15 Nr. 28; *Schnorbus* MDR 1995, 679; *Pohlmann* GmbHR 1995, 412 und *Glahs* WiB 1995, 22) aufgehoben. Zur Begründung hat der Senat unter anderem ausgeführt: Gegen die Feststellungen des Oberlandesgerichts zur Schwarzgeldabrede und der daraus hergeleiteten Nichtigkeit des Kaufvertrages sei rechtlich nichts zu erinnern. Die Abtretung des GmbH-Geschäftsanteils sei mit dem Verzicht auf die Bedingung voll wirksam geworden und habe entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts auch zur Heilung der ursprünglichen Nichtigkeit des Kaufvertrages gemäß § 15 Abs. 4 Satz 2, Abs. 3 GmbHG geführt. Die Heilungswirkung setze den Fortbestand der Willensübereinstimmung der Vertragsparteien hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts lediglich bis zum Zeitpunkt ihrer Bindung an das Verfügungsgeschäft voraus; diese sei ungeachtet der aufschiebenden Bedingung bereits mit Abgabe der Angebots- und Annahmeerklärungen hinsichtlich der Abtretung des Geschäftsanteils eingetreten. Wegen der noch zu treffenden Feststellungen zur Arglistanfechtung und zu den Gewährleistungsansprüchen des Beklagten hat der Senat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Durch das angefochtene Urteil hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Klägers nunmehr den Beklagten unter Klageabweisung im übrigen zur Zahlung von 2.164.312 DM nebst Zinsen verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

Die Revision des Beklagten führte zur teilweisen Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. (…)

II. (…)

1. Aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist (…) die Auffassung der Vorinstanz, der Kaufvertrag sei nicht als Folge der vom Beklagten erklärten Täuschungsanfechtung nichtig (§§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1 BGB). …*(wird ausgeführt)*

2. Mit Recht beanstandet die Revision jedoch, daß die Vorinstanz dem Vorbringen des Beklagten zu den zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen und Verschlechterungen des verkauften Unternehmens nicht nachgegangen ist, weil sie es für rechtlich nicht erheblich gehalten hat.

a) (…)

b) aa) Grundlage der Erwägungen des Berufungsgerichts ist die Annahme, die in dem notariellen Vertrag vom 20.7.1990 vorgenommene Abtretung des GmbH-Geschäftsanteils sei mit dem im Schreiben des Klägers an den Beklagten vom 4.3.1993 erklärten Verzicht auf die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung „rückwirkend zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses" (20.7.1990) wirksam geworden und habe nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG für den gleichen Zeitpunkt auch zur Wirksamkeit des Kaufvertrages geführt. Diese Auffassung beruht auf einem Mißverständnis des ersten in dieser Sache ergangenen Senatsurteils vom 21.9.1994 (BGHZ 127, 129 [= MittBayNot 1994, 554]) und ist unabhängig davon auch nicht richtig.

An der Stelle des Senatsurteils, auf die sich das Berufungsgericht stützt (BGHZ 127, 129, 136–137 [= MittBayNot 1994, 554, 555 ff.]) ging es im Rahmen der Erörterung der Heilung des Verpflichtungs- durch das Wirksamwerden des Verfügungsgeschäfts – nicht um eine Rückwirkung der Verzichtserklärung des Klägers, sondern allein darum, wie lange die Willensübereinstimmung der Parteien hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts bestanden haben mußte und von welchem Zeitpunkt an sie an das Verfügungsgeschäft gebunden waren.

Der Verzicht des Klägers auf die aufschiebende Bedingung hatte keine rückwirkende Kraft. Die Rechtsfolgen des einseitigen Verzichts auf die einem Verfügungsgeschäft beigefügte aufschiebende Bedingung durch den Begünstigten können nicht anders beurteilt werden als diejenigen des Eintrittes der Bedingung. Die Wirkungen eines aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts treten aber erst im Zeitpunkt des Eintrittes der Bedingung ein. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut von § 158 Abs. 1 BGB und ist, soweit ersichtlich, auch unbestritten (BGHZ 10, 69, 72). Entsprechendes gilt für den nachträglichen Verzicht auf eine aufschiebende Bedin-

gung (vgl. Senatsurteil vom 20.5.1958 – VIII ZR 329/56 = LM BGB, § 127 Nr. 1 – Bl. 770 Rs.; *Soergel/M. Wolf*, BGB, 12. Aufl., § 158 Nr. 33). Durch Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung machen die Parteien die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von dem Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig. Diese zusätzliche Vereinbarung hemmt also zunächst die sofortige Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Mit Blick auf das Wirksamwerden eines derartigen Rechtsgeschäfts besteht aber zwischen dem Eintritt der der vereinbarten zusätzlichen Wirksamkeitsvoraussetzung und der nachträglichen Beseitigung des entsprechenden Wirksamkeitshemmnisses kein entscheidender Unterschied.

Die Abtretung des GmbH-Geschäftsanteils wurde somit durch den Verzicht auf die aufschiebende Bedingung seitens des Klägers, d.h. mit Zugang seines Schreibens vom 4.3.1993 beim Beklagten wirksam.

Zum gleichen Zeitpunkt wurden auch der Kaufpreis als Verpflichtungsgeschäft und damit die Kaufpreisabrede wirksam, denn die Heilung eines wegen Formmangels unwirksamen Verpflichtungsgeschäfts gemäß § 15 Abs. 3 u. 4 GmbHG setzt die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes, also der Anteilsübertragung, voraus; eine rückwirkende Heilung erfolgt also nicht (*Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl., § 15 Rdnr. 35; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl., § 15 Rdnr. 20; *Scholz/Winter*, GmbHG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 78; *Rowedder*, GmbHG, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 16; *Hachenburg/Zutt*, GmbHG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 71). Nach der Rechtsprechung des Senats gilt dies auch bei aufschiebend bedingten Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, so daß hier die Heilung des formunwirksamen Verpflichtungsgeschäfts erst mit dem Eintritt der Bedingung oder dem Verzicht auf sie stattfindet (BGH, Urteil vom 23.11.1988 – VIII ZR 262/87 = WM 1989 [= MittBayNot 1989, 165], 256 unter A II 1 b aa; BGHZ 127, 129, 133 [= MittBayNot 1994, 554]. Hieran hält der Senat auch gegenüber den in der Literatur vorgebrachten Bedenken (Anmerkung zu BGHZ 127, 129 von *M. Wolf* in LM GmbHG § 15 Nr. 28 Bl. 373 und 373 Rs.; *Schnorbus* MDR 1995, 679, 681) fest.

bb) Aufgrund des Vorbringens des Beklagten über die zwischenzeitlichen Veränderungen und Verschlechterungen des Unternehmens hält das Berufungsgericht Gewährleistungsansprüche des Beklagten für an sich möglich, verneint sie aber im Streitfalle, weil die behaupteten Veränderungen und Verschlechterungen nach Gefahrübergang eingetreten seien. Dadurch, daß der Beklagte alsbald nach Abschluß des Kaufvertrages anstelle des Klägers zum alleinigen Geschäftsführer bestellt worden sei, sei das von der GmbH betriebene Unternehmen an ihn übergeben worden; wenn auch zu diesem Zeitpunkt noch der Kaufvertrag und die Anteilsübertragung unwirksam gewesen seien, sei dem Verhalten der Parteien die Vereinbarung einer Rückbeziehung des Gefahrübergangs im Sinne von § 446 BGB zu entnehmen.

Diese Erwägung des Berufungsgerichts ist nicht tragfähig. Allerdings war der Vertrag vom 20.7.1990, durch den der Kläger als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH den einzigen Geschäftsanteil an den Beklagten verkaufte und abtrat, auf den Erwerb des von der GmbH betriebenen Unternehmens gerichtet, wie sich aus dem Gesamtinhalt des Vertrages, insbesondere der detaillierten Überleitungs- und Übergaberegelung in II § 5 eindeutig ergibt. Er stellt sich daher, wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend annimmt, als Unternehmenskaufvertrag dar, auf welchen nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich die Gewährleistungsregelung der §§ 459 f. BGB anzuwenden ist (vgl. z.B. RGZ 98, 289, 292; 120, 283, 287; BGH, Urteile vom 16.10.1968 – I ZR 81/66 = WM 1969, 67 unter II 3 a; vom 27.2.1970 – I ZR 103/68 = WM 1970, 819 unter II; vom 8.1.1975 – VIII ZR 124/73 = WM 1975, 230 unter I; BGHZ 65, 246, 248 f.; 85, 367, 370; BGH, Urteile vom 18.4.1984 – VIII ZR 46/83 = WM 1984, 936 unter II 1 b cc und vom 16.1.1991 – VIII ZR 335/89 = WM 1991, 589 unter II 1; *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 440). Hiernach haftet der Verkäufer eines Unternehmens für Fehler desselben, die bei Gefahrübergang vorhanden sind. Beim Kauf beweglicher Sachen geht die Gefahr mit der Übergabe an den Käufer über (§ 446 Abs. 1 BGB). Dies gilt, wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend annimmt, auch beim Unternehmenskauf, soweit das bewegliche Firmenvermögen in Rede steht, und zwar auch dann, wenn sich, wie hier, der Unternehmensübergang im Wege des Verkaufs und der Abtretung sämtlicher Geschäftsanteile einer GmbH vollzieht (vgl. für die Ablieferung i.S. von § 477 BGB RGZ 98, 289, 293; *Hiddemann* a.a.O. S. 449; *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 459 Rdnr. 242 Fn. 9). Zu dieser Übergabe des Unternehmens ist dessen Verkäufer nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet; dies gilt auch, wenn sich der Unternehmensverkauf durch Erwerb der Geschäftsanteile einer GmbH vollzieht. Daß in diesem Falle Rechtsträger aller Vermögensbestandteile nicht der veräußernde Alleingesellschafter in Person, sondern die GmbH als juristische Person ist (vgl. insoweit RGZ 120, 283, 287 Mitte; *Soergel/Huber* a.a.O. § 459 Rdnr. 289), bietet gewisse äußere Schwierigkeiten nur dann, wenn die GmbH einen Fremdgeschäftsführer hat; sie lassen sich aber auch in diesen Fällen dadurch lösen, daß der Alleingesellschafter als Verkäufer den Geschäftsführer – gegebenenfalls über eine Gesellschafterversammlung – anweist, das bewegliche Firmenvermögen an den Käufer zu übergeben. Hier dagegen war der Kläger Alleingesellschafter und Geschäftsführer und daher auch zur Übergabe ohne weiteres imstande.

Dementsprechend haben auch die Parteien in II § 5 des notariellen Vertrages vom 20.7.1990 eine detailliert geregelte Verpflichtung des Klägers zur Übergabe des Unternehmens an den Beklagten vereinbart. Mit der Ausgestaltung dieser Verpflichtung wurden sie den Besonderheiten eines Unternehmenskaufs gerecht. Hierbei sind nicht nur die sächlichen Vermögensgegenstände zu übertragen. Zur Einräumung der Inhaberschaft über das Unternehmen gehört es, daß der Veräußerer sich zurückzieht und dem Erwerber die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit einräumt, sich über sämtliche Geschäftsvorgänge zu unterrichten und die Geschicke des Unternehmens in die Hand zu nehmen. Damit erlangt er die Herrschaft über das Unternehmen als den erworbenen Gegenstand im Sinne des § 446 BGB, so daß es gerechtfertigt ist, ihm die Gefahr seines zufälligen Untergangs oder seiner zufälligen Verschlechterung aufzuerlegen.

Eine zum Gefahrübergang führende Übergabe des Unternehmens an den Beklagten ist aber bisher nicht erfolgt. Mit Recht beanstandet die Revision die Annahme des Berufungsgerichts, mit der alsbald nach Abschluß des Kaufvertrages im Sommer 1990 vorgenommenen Ablösung des Klägers durch den Beklagten als Geschäftsführer der GmbH und der darin liegenden Übergabe des Unternehmens sei auch die Gefahr auf den Beklagten übergegangen. Der Gefahrübergang im Sinne des § 446 BGB setzt nach allgemeiner Meinung einen wirksamen Kaufvertrag voraus (MünchKomm/*H.P. Westermann*, BGB, 3. Aufl., § 446 Rdnr. 5; *Palandt/Putzo*, BGB,

57. Aufl., § 446 Rdnr. 6; *Soergel/Huber* a.a.O. § 446 Rdnr. 63; RGRK-BGB/*Mezger,* 12. Aufl., § 446 Rdnr.4; *Erman/Grunewald,* BGB, 9. Aufl., § 446 Rdnr. 4). Ein wirksamer Kaufvertrag hat aber im Zeitpunkt der vom Berufungsgericht angenommenen Übergabe des Unternehmens an den Beklagten (Sommer 1990) nicht vorgelegen. Wie ausgeführt, war der Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen das Beurkundungsgebot des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG nichtig; auch war eine Heilung durch die gleichzeitig erklärte Abtretung des Geschäftsanteils nicht erfolgt, weil auch die Abtretung wegen Nichteintritts der ihr beigefügten aufschiebenden Bedingung zunächst nicht wirksam war und der Verzicht des Klägers auf die aufschiebende Bedingung keine rückwirkende Kraft entfaltete.

Die vom Berufungsgericht zitierte Kommentarstelle (*Palandt/Putzo,* BGB, 57. Aufl., § 446 Rdnr. 8) ist für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Bedeutung. Sie betrifft den Fall, daß der Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden ist und die Kaufsache schon vor Eintritt der Bedingung übergeben wurde. Bei einer solchen Fallgestaltung kommt eine mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbarte Rückbeziehung nach § 159 BGB in Betracht, so daß unter der Voraussetzung des Bedingungseintritts (Senatsurteil vom 19.2.1975 – VIII ZR 175/73 = WM 1975, 370 unter II 3) im Zeitpunkt der Übergabe aufgrund des – noch – unwirksamen Vertrages auch ein Gefahrübergang rückwirkend als erfolgt angenommen werden könnte. Hier aber ist der Anteilskaufvertrag formnichtig und tritt die Heilungswirkung erst im Zeitpunkt des (einseitigen) Verzichts des Klägers auf die aufschiebende Bedingung für die Abtretung als Verfügungsgeschäft ein. Die Übergabe des Unternehmens ist daher auch nicht aus dem Gesichtspunkt des § 159 BGB rückwirkend als aufgrund eines wirksamen Kaufvertrages vollzogen anzusehen.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Kläger, der dem Beklagten im September 1991 aufgrund seiner damals noch bestehenden Stellung als Alleingesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung der GmbH wieder entzogen hat und sie seither wieder selbst ausübt, nach wie vor im Besitz des Unternehmens. Eine Übergabe an den Beklagten hat also bisher nicht stattgefunden; die Gefahr ist daher noch nicht übergegangen.

Daß der Beklagte zwischenzeitlich als Folge des Verzichts des Klägers auf die aufschiebende Bedingung im Juli 1993 Inhaber des einzigen Geschäftsanteils der GmbH ist, ändert daran nichts. Die Übergabe im Sinne des § 446 BGB hat mit der dinglichen Rechtsänderung nichts zu tun (RGZ 93, 330, 331; BGH, Urteil vom 18.6.1968 – VI ZR 120/67 = WM 1968, 1302 unter III 1; *Soergel/Huber* a.a.O. Vor § 446 Rdnr. 18; § 446 Rdnr. 17 u. 25; RGRK-BGB/*Mezger* a.a.O. § 446 Rdnr. 5).

cc) Nach ständiger Rechtsprechung der für das Immobilien- und das Mobiliarkaufrecht zuständigen Senate des Bundesgerichtshofs (BGHZ 34, 32, 37; 129, 103, 106; vgl. ferner BGHZ 10, 242, 249; 60, 319, 320; BGH, Urteile vom 18.4.1984 – VIII ZR 46/83 = WM 1984, 936 unter II 2 b cc und vom 18.1.1991 – V ZR 11/90 = WM 1991, 545 [= MittBayNot 1991, 76] unter II 1), die von dem überwiegenden Teil der Literatur geteilt wird (RGRK-BGB/*Mezger* a.a.O. § 459, Rdnr. 29; BGB-RGRK/*Ballhaus,* 12. Aufl., § 320 Rdnr. 19; *Soergel/Wiedemann,* BGB, 12. Aufl., §320 Rdnr. 51; *Erman/Grunewald* a.a.O. Vorbemerkung § 459 Rdnr. 12; *Jauernig/Vollkommer,* BGB, 7. Aufl., § 459 Anm. IV 1; *Palandt/Putzo* a.a.O. Vor § 459 Rdnr. 3, § 459 Rdnr. 7), kann der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache Gewährleistungsansprüche (§ 459 ff. BGB) grundsätzlich erst nach Gefahrübergang geltend machen; vor Gefahrübergang bestimmen sich seine Rechte nach den allgemeinen Vorschriften insbesondere der §§ 320 ff. BGB. Nur ausnahmsweise, wenn der Verkäufer den Mangel nicht beheben kann oder seine Beseitigung verweigert, werden ihm auch schon vor Gefahrübergang neben den Rechten aus den allgemeinen Bestimmungen auch Gewährleistungsansprüche zugebilligt. Hieran hält der Senat auch gegenüber der in neuerer Zeit verstärkt vorgebrachten Kritik in der Rechtslehre (*Tiedtke,* NJW 1995, 3081 ff.; *Soergel/Huber* a.a.O. vor § 459 Rdnr. 183-184, 191, 236, 246, 250; *Staudinger/Honsell,* BGB, 13. Aufl., Vorbem. §§ 459 ff. Rdnr. 20, 21, 33, § 459 Rdnr. 65) fest.

Ein bestimmter Zeitpunkt für die Übergabe des Unternehmens ist nicht ausdrücklich vereinbart. Nach dem Gesamtinhalt von II § 5 des Vertrages vom 20.7.1990, der die Überleitung des Unternehmens auf den Beklagten als Erwerber regelt, insbesondere dessen Nr. 5, wonach der Geschäftsführervertrag des Klägers zum 31.7.1990 aufgehoben wurde, ist aber davon auszugehen, daß die Übergabe alsbald nach Vertragsschluß erfolgen sollte, der entsprechende Anspruch des Beklagten also jedenfalls jetzt nach Wirksamwerden des schuldrechtlichen Geschäfts fällig ist (vgl. auch § 271 Abs. 1 BGB).

Erweist sich das Vorbringen des Beklagten über die zwischenzeitlichen Veränderungen bzw. Verschlechterungen des Unternehmens als zutreffend, so wäre er berechtigt, eine ihm etwa jetzt vom Kläger angebotene Übergabe zurückzuweisen (BGHZ 114, 34, 40 m.Nachw.; *Rieble,* JZ 1997, 485 ff.; *Staudinger/Honsell* a.a.O. Vorbem. §§ 459 ff. Rdnr. 24, § 459 Rdnr. 65; RGRK-BGB/*Ballhaus* a.a.O. § 320 Rdnr. 19) und die Zahlung des restlichen Kaufpreises zu verweigern (§ 320 Abs. 1 BGB). Die entgegenstehende Auffassung des Berufungsgerichts verkennt, daß der Kläger nach § 433 Abs. 1 BGB und der ausdrücklichen Regelung in II § 5 Nr. 3 zur Übergabe des Unternehmens verpflichtet ist, wie bereits ausgeführt wurde. Ferner kann der Beklagte dem Kläger zur Übergabe des Unternehmens in vertragsgemäßem Zustand gemäß § 326 Abs. 1 BGB eine Frist mit Ablehnungsandrohung setzen und nach deren fruchtlosem Ablauf die Rechte aus § 326 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 BGB geltend machen (vgl. z.B. Senatsurteil vom 18.4.1984 – VIII ZR 46/83 = WM 1984, 936 unter II 2 b cc). Ob durch die Regelung in II § 3 Nr. 5 Abs. 1 des Vertrages vom 20.7.1990, wonach die Gewährleistungsansprüche des Beklagten auf Minderung des Kaufpreises und Schadensersatz beschränkt wurden, auch das Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeschlossen werden sollte, erscheint angesichts des Wortlauts der Vertragsbestimmung und der Interessenlage wenig wahrscheinlich, bleibt aber der tatrichterlichen Entscheidung durch das Berufungsgericht vorbehalten.

Nach dem Vorbringen des Beklagten kommt auch in Betracht, daß dem Kläger die – fällige (siehe oben) – Übergabe des Unternehmens in vertragsgemäßem Zustand ganz oder teilweise unmöglich ist (vgl. z.B. BGHZ 129, 103, 105 [= MittBayNot 1995, 275], 114, 34, 39; Senatsurteil vom 18.4.1984 a.a.O. unter II 2 c). Diese Unmöglichkeit wäre, insbesondere angesichts der Bestimmung in II § 5 Nr. 2 des Vertrages vom 20.7.1990, wonach der Kläger bis zur Übergabe den laufenden Geschäftsverkehr im bisherigen Umfang aufrechtzuerhalten hatte und zu außergewöhnlichen Maßnahmen und Rechts-

geschäften der Zustimmung des Beklagten bedurfte, auch vom Kläger zu vertreten. Gemäß § 325 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB wäre danach der Beklagte ebenfalls zum Rücktritt oder zur Forderung von Schadensersatz berechtigt; als Mindestschaden könnte er, was Gegenstand seiner Widerklage ist, die geleistete Anzahlung zurückverlangen (BGHZ 62, 119, 120, BGB-RGRK/*Ballhaus* a.a.O. § 325 Rdnr. 20). Nach § 325 Abs. 1 Satz 3 BGB ständen ihm auch die Rechte aus § 323 Abs. 1 und Abs. 3 BGB zu.

Diesen Ansprüchen des Beklagten könnte der Kläger entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht mit dem Einwand eigener Vertragsuntreue des Beklagten (vgl. dazu z.B. BGH, Urteile vom 1.10.1986 – VIII ZR 132/85 = WM 1986, 1496 unter II 2 b und vom 15.10.1993 – V ZR 141/92 = WM 1994, 215 unter II) begegnen. Da der am 20.7.1990 geschlossene Kaufvertrag wegen Beurkundungsmangels unwirksam war und der zu dessen Heilung führende Verzicht auf die Bedingung keine rückwirkende Kraft hatte, war der Beklagte – anders als das Berufungsgericht annimmt – bis zu diesem Zeitpunkt weder zur Kaufpreiszahlung verpflichtet, noch imstande, sich gegen den im September 1991 erfolgten Entzug seiner Geschäftsführungsbefugnis seitens des Klägers zur Wehr zu setzen. Nachdem der Kläger, der zuvor dem Beklagten unter Berufung auf die Unwirksamkeit des Vertrages die Geschäftsführungsbefugnis entzogen und sich selbst wieder in den Besitz des Unternehmens gesetzt hatte, im März 1993 – mehr als zweieinhalb Jahre nach Abschluß des Kaufvertrages – dessen Wirksamkeit durch den Verzicht auf die aufschiebende Bedingung herbeigeführt hatte, war es in erster Linie seine Sache, durch Angebot der erneuten Übergabe des Unternehmens die Initiative zur nunmehrigen Durchführung des Vertrages zu ergreifen, falls er hierauf trotz des zwischenzeitlichen Rechtsstreits der Parteien noch Wert legte.

———

21. BGB § 401; ZPO § 1027 Abs. 1 *(Übergang einer Schiedsvereinbarung bei Geschäftsanteilsabtretung)*

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, daß bei Abtretung eines vertraglichen Rechtes, insbesondere bei der Übertragung eines Gesellschaftsanteils, eine mit dem Hauptvertrag verbundene Schiedsvereinbarung formfrei auf den Erwerber übergeht.

BGH, Urteil vom 2.10.1997 – III ZR 2/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp,* Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Antragsteller begehrt die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs.

Die Antragsgegnerin ist eine Kommanditgesellschaft, deren Kommanditanteile veräußerlich sind. Der Antragsteller erwarb von dem Kommanditisten B. dessen Gesellschaftsanteil und unterzeichnete dabei die gleiche Schiedsvereinbarung, die B. bei seinem Eintritt in die Gesellschaft abgeschlossen hatte. Die Antragsgegnerin unterschrieb die Schiedsvereinbarung mit dem Antragsteller nicht. Der Gesellschaftsvertrag enthält eine Schiedsklausel, die auf den Abschluß einer besonderen Schiedsvereinbarung mit den Gesellschaftern verweist. Als in der Folgezeit die Antragsgegnerin sich weigerte, den Antragsteller als Kommanditisten anzuerkennen, rief dieser ein Schiedsgericht an. Die Antragsgegnerin bestritt dessen Zuständigkeit. Das Schiedsgericht erließ gleichwohl einen Schiedsspruch, mit dem es feststellte, daß der Antragsteller Kommanditist der Antragsgegnerin sei.

Das Landgericht hat den Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt. Auf die Berufung der Antragsgegnerin hat das Berufungsgericht den Antrag auf Vollstreckbarerklärung abgelehnt und den Schiedsspruch aufgehoben.

Die Revision führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Vollstreckbarerklärung abzulehnen und der Schiedsspruch aufzuheben seien, weil die Antragsgegnerin die Schiedsvereinbarung nicht unterschrieben habe und diese infolgedessen formnichtig sei (§§ 1042 Abs. 2, 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zwischen den Parteien besteht ein wirksamer Schiedsvertrag.

1. Das Berufungsgericht ist bei seiner Beurteilung in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon ausgegangen, daß bei der Anteilsübernahme des Antragstellers eine neue Schiedsvereinbarung zwischen diesem und der Antragsgegnerin abgeschlossen werden mußte. Ein solcher neuer Schiedsvertrag würde der vorgeschriebenen Schriftform ermangeln, weil die Antragsgegnerin ihn nicht unterschrieben hat (§§ 1027 Abs. 1 ZPO, 126 BGB). Das Landgericht ist der Auffassung, es sei der Antragsgegnerin nach Treu und Glauben verwehrt, sich dem Antragsteller gegenüber darauf zu berufen, daß der von diesem unterzeichnete Schiedsvertrag nicht auch die Unterschrift eines Vertreters der persönlich haftenden Gesellschafterin der Antragsgegnerin trage. Das Berufungsgericht meint demgegenüber, es sei nicht zulässig, in dieser Weise die Formvorschriften des § 1027 Abs. 1 ZPO zu „überspielen“. Seine Annahme, § 242 BGB finde von vornherein keine Anwendung wenn es um den Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit gehe, ist indessen von Rechtsirrtum beeinflußt. Sie steht im Widerspruch zu dem Senatsurteil vom 2.4.1987 (III ZR 76/86 – BGHR ZPO § 1041 Abs. 1 Nr. 1 Treu und Glauben 1), in dem der Senat ausgesprochen hat, daß die Einwendung einer Partei im Vollstreckbarerklärungsverfahren, ein gültiger Schiedsvertrag sei nicht zustande gekommen, gegen Treu und Glauben verstoßen kann.

Ob eine Beurteilung des vorliegenden Falles anhand des Prinzips von Treu und Glauben zu dem Ergebnis führen würde, daß die Berufung der Antragsgegnerin auf ihre fehlende Unterschrift unter der neuen Schiedsvereinbarung unbeachtlich ist, braucht jedoch nicht erörtert zu werden, weil entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts der Abschluß eines neuen Schiedsvertrages zwischen den Parteien nicht erforderlich war.

Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob eine Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien auf andere Weise als durch Neuabschluß zustande gekommen ist. Dies ist indessen der Fall.

a) Zu Recht weist die Revision auf die Rechtsprechung des Senats hin, daß bei der Abtretung eines Rechts aus einem Vertrag regelmäßig auch die Rechte und Pflichten aus einer mit dem Hauptvertrag verbundenen Schiedsvereinbarung auf den Erwerber übergehen, ohne daß es des gesonderten Beitritts des Erwerbers zum Schiedsvertrag in der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO bedarf (BGHZ 71, 162, 165 f. [Übertragung eines Kommanditanteils]; Urteile vom 18.12.1975 – III ZR 103/73 – NJW 1976, 852 [Abtretung einer Kaufpreisforderung]; vom 14.12.1978 – III ZR 104/77 – NJW 1979, 1166 [Vertragsübernahme]; vom 28.5.1979 – III ZR 18/77 – NJW 1979,

2567, 2568 [Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils]; vom 31.1.1980 – III ZR 83/78 – NJW 1980, 1797 [Recht zum Eintritt in eine OHG]; vgl. auch BGHZ 68, 356, 359). Der Senat hat unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts darauf hingewiesen, diese Rechtsfolge beruhe darauf, daß die Schiedsklausel eine Eigenschaft des abgetretenen Rechts darstelle und nach dem in § 401 BGB enthaltenen Grundgedanken mit dem abgetretenen Recht auf den Erwerber übergehe, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart oder den Umständen zu entnehmen sei (BGHZ 71, 162, 165). Die Formerfordernisse des § 1027 Abs. 1 ZPO bezögen sich – auch nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers – allein auf die zum Abschluß eines Schiedsvertrages führende Einigung, nicht aber auf den Eintritt eines Dritten in die Rechte und Pflichten aus einem bereits geschlossenen Schiedsvertrag. In solchen Fällen trete die Warnfunktion der Formvorschrift zurück und es sei dem Erwerber grundsätzlich zuzumuten, sich über den Inhalt des abgetretenen Rechts einschließlich der mit diesem möglicherweise verbundenen Schiedsklausel selbst zu unterrichten.

An dieser Rechtsprechung, die insbesondere für Fälle der vorliegenden Art dem Gesichtspunkt der Verkehrsfähigkeit von Anteilen an einer Publikums-KG angemessen Rechnung trägt, ist festzuhalten. Den im Schrifttum geäußerten Bedenken, die der entsprechenden Anwendung des § 401 BGB gelten (*Schwab/Walter* Kap. 7 Rdnr. 23; *Baur* in: Festschrift Fasching, 1988, S. 81, Schiedsgerichtsbarkeit, 5. Aufl. 91; *Schricker* in: Festschrift Quack, 1991, S. 99, 103 f.; *Roth* in: Festschrift Nagel, 1987, S. 318, 325 f.), folgt der Senat nicht. Es ist zwar richtig, daß § 401 BGB im Gegensatz zur Vertragsübernahme (nur) den Übergang gewisser Sicherungsrechte zugunsten des neuen Gläubigers bewirken will. Das schließt es aber nicht aus, die Schiedsklausel als eine „Eigenschaft“ des abgetretenen Rechts zu behandeln und anzunehmen, daß sie diesem entsprechend dem in § 401 BGB enthaltenen *Grundgedanken* nachfolgt. Das trägt ihrem Charakter als bloßem Hilfsgeschäft (Annex) Rechnung, das ungeachtet seiner sonstigen Eigenständigkeit seiner Funktion nach dem abgetretenen Recht zugeordnet ist, dessen verfahrensmäßiger Verwirklichung und Absicherung es in erster Linie dient (zustimmend *Palandt/Heinrichs*, BGB, 56. Aufl. § 398 Rdnr. 18). Dem entspricht es, daß die Rechtsprechung die Übertragung eines Kommanditanteils auf einen Dritten der Vertragsübernahme angenähert hat (vgl. BGHZ 44, 229, 231), bei der gegen den formlosen Übergang eines damit verbundenen Schiedsvertrages ohnehin keine Bedenken bestehen *Schwab/Walter* a.a.O.; vgl. auch Senatsurteil vom 14.12.1978 a.a.O.).

b) Nach diesen Grundsätzen ist die zwischen dem früheren Gesellschafter B. und der Antragstellerin geschlossene Schiedsvereinbarung dadurch, daß der Antragsteller den Kommanditanteil des B. übernommen hat, auf ihn übergegangen.

Sowohl die Schiedsvereinbarung zwischen B. und dem Antragsteller als auch die Anteilsübernahme des Antragstellers waren wirksam. Den Schiedsvertrag mit B. hat die Antragsgegnerin selber im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegt. Er hat die Gestalt einer gesonderten Urkunde und ist sowohl von B. als auch von der Antragsgegnerin unterschrieben worden, so daß die Formvorschriften des § 1027 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Auch die im Gesellschaftsvertrag geregelten besonderen Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Veräußerung von Kommanditanteilen liegen vor. Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages bedarf die Veräußerung der schriftlichen Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafterin. Daß diese Zustimmung erteilt worden sei, hat die Antragsgegnerin im Berufungsverfahren nicht mehr bestritten, nachdem das Landgericht in seinem Urteil festgestellt hatte, daß die Antragsgegnerin dem Antragsteller die schriftliche Zustimmung ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin übersandt habe. Nach § 12 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages, den das Revisionsgericht bei Publikumsgesellschaften wie der Beklagten selbständig auslegen kann (*Walchshöfer* in: MünchKomm ZPO § 550 Rdnr. 12), erlangt der Erwerber des Kommanditanteils seine Rechtsstellung als Kommanditist erst, wenn er dem Gesellschaftsvertrag schriftlich zugestimmt, den Schiedsvertrag unterzeichnet und die nach dem Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Vollmachten der persönlichen haftenden Gesellschafterin erteilt hat. Aus dem Tatbestand des Berufungsurteils geht hervor, daß die Antragsgegnerin schon im erstinstanzlichen Verfahren nicht in Abrede gestellt hat, daß der Antragsteller diese Mitwirkungsakte vollzogen hat. Sie hat lediglich behauptet, er habe seine Erklärung erst nachträglich abgegeben.

Dieser Einwand ist jedoch rechtlich unerheblich, weil es für die Frage, ob der Antragsteller die Kommanditistenstellung überhaupt erlangt hat, nicht auf den Zeitpunkt ankommt, in dem er die geforderten Erklärungen abgegeben hat. Der Anteilserwerb und ihm folgend die Schiedsvereinbarung sind allerdings erst in diesem Zeitpunkt in Kraft getreten. Auch wenn jedoch, wie die Antragsgegnerin behauptet, der Antragsteller die geforderten Unterlagen erst im Rahmen des Schiedsgerichtsverfahrens unterzeichnet hat, so war dies noch früh genug, um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für seinen Schiedsspruch zu begründen. Der Antragsteller hat zu Recht darauf hingewiesen, daß es ausreicht, wenn die Schiedsvereinbarung bei der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Schiedsgericht wirksam war. Für den Erwerb des Kommanditanteils genügte es auch, daß der Antragsteller, dem Wortlaut des § 12 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages entsprechend, die Schiedsvereinbarung einseitig unterzeichnete. Das Berufungsgericht hat hierzu zutreffend ausgeführt, daß diese Vertragsklausel lediglich sicherstellen soll, daß der Erwerber alle Erklärungen abgibt, die von ihm als Voraussetzung für den Erwerb des Kommanditanteils verlangt werden.

Die Parteien haben auch nicht die analoge Anwendung des § 401 BGB abbedungen. Die in § 12 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages enthaltene Regelung, nach der die Wirksamkeit der Anteilsveräußerung u.a. von der Unterzeichnung des Schiedsvertrages durch den Erwerber abhängt, kann nicht in diesem Sinne verstanden werden. Mit dieser Klausel zielt die Gesellschaft nämlich ersichtlich darauf ab, daß mittels Anteilserwerbs neu eintretende Gesellschafter denselben Bindungen unterworfen werden wie die alten Gesellschafter, unter anderem der Schiedsgerichtsbarkeit. Diesem Zweck der Vertragsklausel würde es zuwiderlaufen, wenn der formfreie Mitübergang der Schiedsvereinbarung bei Erwerb eines Kommanditanteils, der die beabsichtigte Unterwerfung des Erwerbers unter die Schiedsgerichtsbarkeit gerade herbeiführt, ausgeschlossen würde. Die Verpflichtung des Erwerbers zur Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung hat nur den Sinn einer zusätzlichen Absicherung.

Anmerkung:

1. Zutreffend betont der III. Senat entgegen der Rechtsmeinung des OLG Celle, daß auch beim Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit zugunsten der „Zuständigkeit“ eines

Schiedsgerichts die *Berufung auf die fehlende Schriftform* gegen Treu und Glauben verstoßen kann. Wer sich z.B. vor dem staatlichen Gericht auf eine angeblich bestehende Schiedsvereinbarung beruft und so die Abweisung der Klage als unzulässig erreicht, kann nicht die fehlende Schriftform der Schiedsvereinbarung rügen, wenn der Kläger nun vor dem Schiedsgericht klagt. Weiter sollte man die These vertreten: Wenn eine Publikumspersonengesellschaft generell für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis mit ihren Gesellschaftern die schiedsgerichtliche Erledigung vorsieht und ein neuer Gesellschafter die formularmäßig vorgesehene Schiedsvereinbarung unterschreibt, dann kann sich die Gesellschaft nicht darauf berufen, daß ihr organschaftlicher Vertreter, nämlich ihr persönlich haftender Gesellschafter, für sie die Schiedsvereinbarung nicht unterschrieben hat. Denn schutzbedürftig ist in dieser Konstellation typischerweise der (kleine oder mittelgroße) Gesellschafter, nicht die Publikumsgesellschaft. Von dieser stammt vielmehr der Anstoß, an die Stelle der staatlichen Gerichte ein Schiedsgericht zu setzen.

2. Im vorliegenden Fall kam es auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt nicht an, weil der Erwerber des Kommanditanteils an die vom Veräußerer mit der Kommanditgesellschaft geschlossene wirksame Schiedsvereinbarung gebunden ist und sich vice versa auch auf diese gegenüber der Gesellschaft berufen kann. Er tritt an die Stelle seines Vorgängers. Das alte „Schiedsverhältnis“ setzt sich schlicht und einfach zwischen dem Rechtsnachfolger und der Gesellschaft fort. Auch diese ist im Verhältnis zum „Neuen“ an die Schiedsvereinbarung gebunden. Des *Neuabschlusses einer Schiedsvereinbarung* zwischen dem Erwerber und der Gesellschaft hat es deshalb nicht bedurft. Dies ist sehr wichtig für die kautelarjuristische Praxis, wenngleich es nicht zu beanstanden ist, wenn der Notar vorsorglich den Neuabschluß der Schiedsvereinbarung anregt.

3. Eine Schiedsvereinbarung hat ein *Janusgesicht*. Man kann sie als Vorteil sehen, nämlich als die Chance, nicht vor die staatlichen Gerichte ziehen zu müssen, sondern seinen Gegner vor einem Schiedsgericht verklagen zu können, das – weil mit für den konkreten Streitgegenstand besonders geeigneten Spezialisten besetzt – möglicherweise schneller und treffsicherer entscheiden kann als die staatlichen Gerichte. Man kann die Schiedsvereinbarung auch als Last empfinden, weil sie den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten versperrt, deren mehrstufigem Instanzenzug man mehr fachliche Kompetenz zutraut als dem endgültig in einer Instanz entscheidenden Schiedsgericht. Aus dieser Perspektive gilt der alte Satz der Römer: Nemo plus iuris transferre postest quam ipse habet. Ist der Veräußerer einer vertraglichen Rechtsposition an eine Schiedsvereinbarung gebunden, so daß ihm der Zugang zu den staatlichen Gerichten versperrt ist, dann kann er seinem Erwerber nicht mehr (prozessuale) Rechte verschaffen als er selbst hat. Sonst wäre es ganz einfach, sich aus der als lästig empfundenen Bindung an eine Schiedsvereinbarung durch Zession zu befreien. Der Rechtsnachfolger tritt vielmehr voll in die Rechtsposition des Veräußerers ein. Insofern muß man materielles Recht und Verfahrensrecht als Einheit sehen. Daher spricht der BGH davon, daß die Schiedsklausel eine Eigenschaft des abgetretenen Rechts sei. Ob man rechtstechnisch dieses Ergebnis mit § 401 BGB begründet, ist dann Geschmackssache. Jedenfalls ist die Schiedsvereinbarung integraler Bestandteil des übertragenen Rechts, ganz gleich, ob die Schiedsvereinbarung als Schiedsklausel Bestandteil des materiellen Vertrages ist oder später gesondert stipuliert worden ist. Der Rechtnachfolger hat aber nicht nur die Nachteile einer Schiedsvereinbarung (Ausschluß des Rechtsschutzes durch die staatlichen Gerichte) zu erdulden; er kann sich vielmehr auch gegenüber dem Vertragspartner seines Rechtsvorgängers auf die Schiedsvereinbarung berufen.

4. Das gleiche gilt übrigens für eine (ausschließliche oder konkurrierende) Gerichtsstandsvereinbarung. Auch hier tritt der Rechtsnachfolger in die Rechtsposition seines Vorgängers ein, *Geimer*, IZPR, 3. Aufl., 1997, Rdnr. 1723. Wurde z.B. zwischen Vollkaufleuten nach § 38 Abs. 1 ZPO eine formlos wirksame Zuständigkeitsvereinbarung geschlossen, so ist der nichtkaufmännische Rechtsnachfolger daran gebunden, obwohl mit ihm als Vertragspartner eine solche Vereinbarung im Hinblick auf § 38 Abs. 2 oder Abs. 3 ZPO hätte möglicherweise nicht abgeschlossen werden können, OLG Köln NJW-RR 1992, 571; *Thomas/Putzo*, ZPO, 21. Aufl., 1998, § 38 Rdnr. 23.

5. Besteht keine Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung, dann wird kompetenzrechtlich aber grundsätzlich neu angeknüpft, soweit es sich um Zuständigkeitstatbestände handelt, die auf die Person des Beklagten oder in Ausnahmefällen des Klägers abstellen. So ist der Rechtsnachfolger nicht etwa nach §§ 12 ff. ZPO am Wohnsitz seines Vorgängers gerichtspflichtig. Vielmehr kommt es auf seinen Wohnsitz an. Etwas anderes gilt aber m.E. für die Gerichtspflichtigkeit des Pfändungspfandgläubigers. Dieser kann vom Drittschuldner auch dort verklagt werden, wo dieser den Vollstreckungsschuldner (= Gläubiger des Drittschuldners) hätte verklagen können, *Geimer*, IZPR, 3. Aufl., 1997, Rdnr. 3279.

6. Im vorliegenden Fall hat das Schiedsgericht nicht zu einer Leistung verurteilt, sondern einen feststellenden Schiedsspruch erlassen. Gleichwohl läßt die h.M. (BGH FamRZ 1987, 269; *Borges*, Das Doppelexequatur von Schiedssprüchen, 1997, 34; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 1998, Rdnr. 602 a.E.; *Wieczorek/Schütze* ZPO, 3. Aufl., § 1042 Rdnr. 7) eine Vollstreckbarerklärung zu, obwohl der Schiedsspruch – von der Verurteilung zur Kostenerstattung zwischen den Parteien abgesehen – keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Besser wäre es in solchen Fällen festzustellen, daß der Schiedsspruch wirksam ist und ein Aufhebungsgrund nicht besteht, *Zöller/Geimer*, ZPO, 20. Aufl., 1998, § 1042 Rdnr. 2; nunmehr 21. Aufl., 1999, § 1060 Rdnr. 2.

7. Sollte sich für Streitigkeiten in Wohnungseigentumssachen (§§ 43 ff. WEG) die schiedsgerichtliche Erledigung durchsetzen, so stellt sich die Frage, inwieweit die Schiedsklausel dem Wohnungs- bzw. Teileigentum inhärent ist. Sieht man die Basis für das Schiedsgericht in § 1066 ZPO (= § 1048 a.F.), stellen sich keine Probleme, weil die schiedsgerichtliche Erledigung in der Gemeinschaftsordnung geregelt werden kann; es bedarf also keiner vertraglichen Grundlage i.S.v. § 1029 ZPO. Folgt man diesem Ansatz nicht, wie z.B. *Schmidt* DNotZ 1998, 321, 322, so muß irgendwann einmal eine Vereinbarung über die schiedsgerichtliche Erledigung zustandegekommen sein. Fraglich ist dann aber weiter die Anwendbarkeit des Rechtsgedankens des § 401 BGB. Hängt die Schiedsvereinbarung untrennbar am Wohnungs- bzw. Teileigentum, sodaß sie mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergeht? Bei einer wertenden Betrachtungsweise ist diese Frage zu bejahen.

Notar *Prof. Dr. Reinhold Geimer*, München

22. §§ 19 FGG, 5, 46 UmwG *(Verschmelzung von Schwestergesellschaften)*

1. **Eine Zwischenverfügung im Handelsregisterverfahren ist nur anfechtbar, wenn sie ein behebbares Eintragungshindernis bezeichnet und unter Fristsetzung für den Fall der Nichtbeseitigung die Zurückweisung des Antrags angedroht wird.**
2. **Bei einer Schwester-Fusion, bei der die übernehmende Gesellschaft eine GmbH ist, muß der Verschmelzungsvertrag für jeden übertragenden Rechtsträger die Angaben nach den §§ 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 46 Abs. 1 Satz 1 UmwG enthalten.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluß vom 10.3.1998 – 20 W 60/98 –, mitgeteilt von *Karl Friedrich Piorreck*, Richter am OLG Frankfurt a.M.

Aus dem Tatbestand:

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 20.8.1997 haben die Antragstellerin und 6 weitere Gesellschaften mit beschränkter Haftung ihr Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten unter Ausschluß der Abwicklung gemäß §§ 2 ff., 46 ff. UmwG und gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten an ihre jeweils alleinige Gesellschafterin, die Firma A S.A., eine Aktiengesellschaft des französischen Rechts auf die Firma N Deutschland GmbH mit Sitz in M. im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme übertragen. Als Gegenleistung für die Übertragung des Vermögens sämtlicher übertragenden Gesellschaften gewährt die N Deutschland GmbH der Firma A S.A., der auch sämtliche Anteile an der übernehmenden Gesellschaft gehören, einen neuen Geschäftsanteil in Höhe von 4.884.000,– DM, der durch eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft um denselben Betrag geschaffen wird. Die Kapitalerhöhung ist inzwischen im Handelsregister der Firma N Deutschland GmbH beim Amtsgericht München eingetragen.

Das Amtsgericht – Registergericht – Frankfurt am Main hat durch Verfügung vom 27.8.1997 beanstandet, daß der Verschmelzungsvertrag nicht die Gegenleistung für jede der übertragenden Gesellschaften ausweist und zum Ausdruck gebracht, daß damit ein wesentlicher Bestandteil des Verschmelzungsvertrages fehle und dieser neu beschlossen und dem Vertrag neu zugestimmt werden müsse. Die gegen die Verfügung gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Antragstellerin blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hätte die Erstbeschwerde als unzulässig verwerfen müssen; denn die richterliche Verfügung vom 27.8.1997 stellt keine rechtsmittelfähige Zwischenverfügung dar. Eine solche liegt nur vor, wenn einem Antragsteller die Beseitigung eines behebbaren Hindernisses aufgegeben und unter Fristsetzung für den Fall der Nichtbeseitigung die Zurückweisung des Antrags angedroht wird (vgl. dazu BayOblG BB 1997, 2396 = DB 1997, 2427 = DStR 1997, 1984 = FGPrax 1998, 27 [= MittBayNot 1998, 46]; BayObLG DNotZ 1995, 224; vgl. für Zwischenverfügungen in Grundbuchsachen den Senatsbeschluß 20 W 299/96 = OLG-Report Frankfurt 1997, 1 = Rpfleger 1997, 105 = NJW-RR 1997, 401 = MittRhNotK 1997, 235).

Danach stellt sich die Verfügung des Registergerichts als eine nicht anfechtbare Zwischenverfügung dar. Sie weist auf ein Eintragungshindernis hin, das im Rahmen des laufenden Eintragungsverfahrens nicht behebbar ist, sondern den neuen Abschluß des Verschmelzungsvertrages erfordert. Daß das Registergericht seine Verfügung selbst als anfechtbare Zwischenverfügung angesehen hat, ändert daran nichts (vgl. dazu BayObLG DNotZ 1995, 224; Senatsbeschluß 20 W 299/96 = a.a.O.).

Das Registergericht wird nunmehr abschließend über den Eintragungsantrag entscheiden müssen.

Für das weitere Verfahren bemerkt der Senat folgendes:

Nach § 2 UmwG kommt die Verschmelzung von Rechtsträgern nur im Wege der Aufnahme oder im Wege der Neugründung und nur gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften des übernehmenden oder neuen Rechtsträgers an die Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger in Betracht. Ein Anteilsumtausch entfällt ausschließlich nur dann, wenn sich alle Anteile eines übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden (§§ 5 Abs. 2, 54 UmwG).

Der Verschmelzungsvertrag muß nach § 5 Abs. 1 UmwG mindestens folgende Angaben enthalten:

„1. den Namen oder die Firma und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger;
2. die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens jedes übertragenden Rechtsträgers als Ganzes gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger;
3. das Umtauschverhältnis der Anteile und gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung oder Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger;
4. bis 9. …“

Bei einer Verschmelzung unter Beteiligung einer GmbH als übernehmender Gesellschaft ist im Verschmelzungsvertrag zusätzlich für jeden Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers der Nennbetrag zu bestimmen, den die übernehmende Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihm zu gewähren hat (§ 46 Abs. 1 Satz 1 UmwG).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist es danach erforderlich, daß der Verschmelzungsvertrag – abgesehen vom Fall des § 5 Abs. 2 UmwG – die in § 5 Abs. 1 UmwG genannten Angaben enthält (vgl. zum Mindestinhalt *Widmann/Mayer* Umwandlungsrecht § 5 UmwG Rdnr. 10 ff.). Wenn Angaben nach § 5 Abs. 1 UmwG fehlen, kann die Verschmelzung nicht eingetragen werden. Fehlen Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG ist der Verschmelzungsvertrag nichtig (*Kallmeyer/Marsch-Barner* UmwG § 5 Rdnr. 63; *Lutter* UmwG § 5 Rdnr. 91, 92; vgl. dazu auch *Goutier/Knopf/Tulloch* Kommentar zum UmwG § 5 Rdnr. 106) und kann auch durch Eintragung der Verschmelzung nicht geheilt werden (*Lutter* a.a.O.).

Der Senat stimmt den Vorinstanzen darin zu, daß bei einer Verschmelzung mehrerer Rechtsträger, bei der die übernehmende Gesellschaft eine GmbH ist, die Angaben nach den §§ 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3, 46 Abs. 1 Satz 1 UmwG nicht entbehrlich sind, sondern für jeden übertragenden Rechtsträger in den Verschmelzungsvertrag aufgenommen werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, liegt ein wirksamer Verschmelzungsvertrag zwischen der Antragstellerin und der N Deutschland GmbH nicht vor.

Für die sogenannte Schwester-Fusion gilt nichts anderes. Der Gesetzgeber hat die Schwester-Fusion bei der Änderung des Umwandlungs- und Verschmelzungsrechts durch das Umwandlungsgesetz vom 28.10.1994 bedacht, aber auch für den hier gegebenen Fall, daß sich alle Anteile an allen beteiligten Schwestergesellschaften in einer Hand befinden, davon abgesehen, Erleichterungen – wie sie für die Verschmelzung einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft nach § 5 Abs. 2 UmwG bestehen – zu schaffen

(Begründung zu § 54 UmwG – abgedruckt bei *Widmann/Mayer* a.a.O.). Der Gesetzgeber hat ganz bewußt entschieden, daß auch bei der Schwester-Fusion durch Aufnahme eine Anteilsgewährungspflicht besteht (vgl. dazu *Widmann/Mayer* § 55 UmwG Rdnr. 83.4; *Lutter/Winter* a.a.O. § 54 Rdnr. 15 ff.; *Kallmeyer* a.a.O. § 54 Rdnr. 10; *Sagasser/Bula* Umwandlungen Rdnr. 121; *Kowalski* GmbHR 1996, 158; *Priester* DNotZ 1995, 427, 441; a.A. *Knott* DB 1996, 2423). Das bedeutet, daß auch bei der Verschmelzung durch Aufnahme von GmbHs, deren Anteile alle in einer Hand liegen, zwingend bei der übernehmenden GmbH eine Kapitalerhöhung durchzuführen und für jeden *Rechtsträger*, der übertragen wird, ein Anteil an der übernehmenden Gesellschaft zu gewähren ist.

Der Senat hat keinen Anhaltspunkt dafür gefunden, daß der Gesetzgeber bei der Beteiligung mehrerer Rechtsträger an einer Verschmelzung neben der Gestattung vielfältiger Kombinationsmöglichkeiten auch die materiellen Verschmelzungsregeln für den einzelnen beteiligten Rechtsträger gegenüber der Einzelverschmelzung erleichtern wollte. Vielmehr sind für jeden beteiligten Rechtsträger die für seine Rechtsform maßgeblichen allgemeinen und besonderen Vorschriften des UmwG anzuwenden.

Der Senat hat auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß durch die Gestattung der Verschmelzung von mehreren GmbHs in einem Verschmelzungsvorgang einzelnen notleidenden GmbHs eine Verschmelzung durch Aufnahme ermöglicht werden sollte, die im Falle ihrer Einzelverschmelzung mangels Werthaltigkeit nicht in Frage käme (vgl. dazu *Neye/Limmer/Frenz/Harnacke* Handbuch der Unternehmensumwandlung Rdnr. 241; *Dehmer* UmwG/UmwStG 2. Aufl. § 55 UmwG Rdnr. 26 ff.). Für die Meinung der weiteren Beschwerde, der Gesetzgeber sei – wie selbstverständlich – von der Saldierungsmöglichkeit und einem einheitlichen Kapitalerhöhungsvorgang ausgegangen, hat der Senat eine Bestätigung nicht gefunden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Vorschriften über die Kapitalerhöhung bei der GmbH. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Kapitalerhöhung stehen einer Aufnahme von Angaben über den Anteilsumtausch im Verschmelzungsvertrag selbst dann nicht entgegen, wenn das Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen auch für den Fall der Verschmelzung mehrerer Rechtsträger auf eine GmbH als übernehmende Gesellschaft gelten sollte.

Der Annahme der weiteren Beschwerde, § 46 Abs. 1 Satz 1 UmwG gelte nicht für den Fall, daß ein oder mehrere übertragende Rechtsträger jeweils nur einen Anteilsinhaber haben, vermag der Senat nicht zu folgen; denn die zusätzliche Ausnahme der in § 46 Abs. 1 Satz 1 UmwG enthaltenen Festsetzungen ist zwingend (*Widmann/Mayer* a.a.O. § 46 UmwG Rdnr. 4). Zweck der Vorschrift ist es, die Gegenleistung in den Fällen zu verlautbaren, in denen eine GmbH als übernehmende Gesellschaft fungiert (vgl. *Lutter/Winter* a.a.O. § 46 Rdnr. 2). Gerade auch bei der Verschmelzung mehrerer Rechtsträger liegt ein Bedürfnis zur Bestimmung des Nennbetrags, den die übernehmende GmbH jedem Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger zu gewähren hat, auf der Hand. Daß insoweit eine Ausnahme im Falle der Schwester-Fusion gelten soll, ist nicht ersichtlich.

Das Ergebnis erscheint dem Senat unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten auch nicht unbillig. Das Gesetz sieht die Möglichkeit, Verschmelzungen ohne Anteilsumtausch und ohne Kapitalerhöhung durchzuführen, ausdrücklich vor (§§ 5 Abs. 2, 54 UmwG). Die Alleingesellschafterin der Antragstellerin hätte von dieser Möglichkeit auch Gebrauch machen können.

Anmerkung:

Die dogmatische Kernfrage der vorstehenden Entscheidung lautet:

Ist eine Verschmelzung, mit der mehrere Rechtsträger auf einen anderen Rechtsträger im Wege der Aufnahme verschmolzen werden, als Bündelung mehrerer einzelner Verschmelzungsverträge anzusehen oder handelt es sich um einen einheitlichen Vertrag, der allenfalls als mehrseitig zu bezeichnen ist, da mehrere Beteiligte an ihm mitwirken?

Das OLG Frankfurt zerlegt den organisationsrechtlichen Verschmelzungsvertrag in mehrere Einzelverträge und fordert dann konsequent für jeden der so sezierten einzelnen Verschmelzungsvorgänge die Beachtung der Vorschriften des Umwandlungsgesetzes. Auf diesem Weg gelangt es zu dem Ergebnis, daß auch bei der vorliegenden Verschmelzung von Schwestergesellschaften für jede untergehende Beteiligung an einem der übertragenden Rechtsträger eine neue Beteiligung am aufnehmenden Rechtsträger in Form eines neuen GmbH-Geschäftsanteils ausgewiesen werden muß. Weiterhin vertritt es die – im übrigen nicht näher begründete – Ansicht, daß grundsätzlich notleidende GmbH nicht durch Verschmelzung zur Aufnahme übertragen werden können. Das OLG untersucht die Frage, wann eine GmbH notleidend ist, nicht weiter, sondern scheint sich damit zu begnügen, daß die sogenannte notleidende GmbH bilanziell überschuldet ist. Bei einer Zerlegung des Vorganges in Einzelvorgänge ist es aus der Sicht des OLG Frankfurt konsequent, daß es eine Saldierung der übertragenen Vermögenswerte nicht zuläßt.

Der vorstehenden Entscheidung muß entgegengetreten werden. Schon der Ansatzpunkt der Entscheidung ist fehlerhaft und steht im Widerspruch zur Systematik des Gesetzes und der Gesetzesgeschichte.

Entscheiden sich die Gesellschaften innerhalb des ihnen zustehenden Ermessens dafür, eine Verschmelzung zur Aufnahme nicht im Wege mehrerer Schritte, sondern in einem einheitlichen Vorgang vorzunehmen[1], so handelt es sich eben nicht um die Bündelung mehrerer unterschiedlicher Verschmelzungsvorgänge, sondern um einen einheitlichen Vorgang, den der Gesetzgeber mit dem Umwandlungsbereinigungsgesetz gerade für GmbH ermöglichen wollte. Eine Aufspaltung, wie sie das OLG Frankfurt vornimmt, ist willkürlich und findet daher im Gesetz keine Stütze. Sie wird einheitlich von der Literatur abgelehnt.[2]

Man mag darüber diskutieren, ob im Rahmen einer Verschmelzung ausnahmsweise den Anteilseignern der Ausgangsrechtsträger mehrere Anteile gewährt werden dürfen oder ob dies entsprechend § 5 Abs. 2 GmbHG unzulässig ist. Die grundsätzliche Forderung nach Gewährung mehrerer Anteile stellt die grundsätzlichen Festlegungen des GmbHG auf den Kopf. *Mayer* weist zu Recht darauf hin, daß nicht die fehlende Ausweisung mehrerer Geschäftsanteile den Vorgang unwirksam macht, sondern gerade im Gegenteil die Gewährung mehrerer Geschäftsanteile an die Alleingesellschafterin zur Unwirksamkeit führen würde.[3] Überzeugend

---

[1] Zwingend ist die Verschmelzung in einem einheitlichen Vorgang entgegen einem Hinweis in der Regierungsbegründung zu § 126 UmwG allerdings nicht; siehe dazu *Heckschen* in *Widmann/Mayer*, UmwR/UmwStR, Stand 1998, § 6 UmwG Rdnr. 20 ff.

[2] *Mayer* in *Widmann/Mayer*, UmwR/UmwStR, Stand 1998, § 5 UmwG Rdnr. 56.8 ff.; *ders*. DB 1998, 913 f.; *Neye* in Anm. zu OLG Frankfurt/M., EWiR § 46 UmwG 1/98, 517 f.

[3] *Mayer*, DB 1998, 913 ff.

wird in der Literatur weiterhin zu Recht darauf verwiesen, daß aus einem Vergleich mit einer Verschmelzung zur Neugründung sich das hier zuvor vertretene Ergebnis bestätigt.[4] Auch dieser Vorgang kann nicht in verschiedene, gebündelte Verschmelzungsvorgänge zerlegt werden, und es ist unzulässig, mehrere Geschäftsanteile festzusetzen. Auch bei der Verschmelzung zur Neugründung wird insgesamt und in der Summe überprüft, inwieweit das eingebrachte Vermögen sämtlicher durch Verschmelzung zur Neugründung übergehender Gesellschaften das Stammkapital der neu gegründeten Gesellschaft deckt.

Nur vor dem rechtsirrigen Ansatz des OLG Frankfurt, der dahin geht, den einheitlichen Vorgang in Einzelvorgänge aufzusplitten, läßt sich die weitere Argumentation des OLG verstehen. Das OLG will mit seiner Entscheidung der Verschmelzung von notleidenden GmbH entgegentreten.

Richtigerweise hätte das OLG aber bei dem einheitlichen Verschmelzungsvorgang eine Saldierung der Vermögen der übertragenden Rechtsträger vornehmen müssen und hätte dann nicht vor der Problematik der Verschmelzung einer notleidenden GmbH gestanden, da unstreitig das Gesamtvermögen der übertragenden GmbH den Kapitalerhöhungsbetrag um ein Vielfaches überschritten hat. Im übrigen scheint das OLG allein auf die bilanzielle Überschuldung abzustellen.[5] Es untersucht nicht, inwieweit das Vermögen unter Einschluß der stillen Reserven und eines Firmenwertes immer noch negativ ist.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt ist somit in mehrfacher Hinsicht durch einen grundlegenden, dogmatischen Fehler bedingt unzutreffend. Für die notarielle Praxis stellt sich das Problem, daß der Notar die Klärung der nun hier aufgeworfenen Rechtsfrage nur schwer anderweitig herbeiführen kann, da er nicht auf dem Rücken der Beteiligten diese Rechtsfrage untersuchen lassen kann. Andererseits steht der Notar in dem Dilemma, daß es durchaus nicht ausgeschlossen erscheint, daß auch andere Gerichte der Festsetzung und Gewährung mehrerer Geschäftsanteile bei einem derartig einheitlichen Vorgang kritisch gegenüberstehen.

Notar *Dr. Heribert Heckschen*, Dresden

[4] *Mayer*, DB 1998, 913, 915 f.

[5] So auch *Mayer*, a.a.O., Fn. 3 und *Neye*, a.a.O., Fn. 1.

---

23. UmwG §§ 4 Abs. 2, 6, 13 Abs. 3 S. 2; BeurkG § 49 Abs. 3
(Form des Verschmelzungsvertrages und der Verschmelzungsbeschlüsse)

1. **Folgen Verschmelzungsbeschlüsse einem notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrag nach und ist ihnen der Verschmelzungsvertrag in der nach § 17 UmwG vorgeschriebenen Form beigefügt, so ist die Einreichung einer weiteren Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des Verschmelzungsvertrages nicht erforderlich.**
2. **Wird die Abschrift des Verschmelzungsvertrages mit der Ausfertigung der Verschmelzungsbeschlüsse durch Schnur und Prägesiegel verbunden, so hat der Ausfertigungsvermerk auch die Beglaubigungsfunktion für die beigefügte Urkundenabschrift.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Karlsruhe, Beschluß vom 2.3.1998 – 11 Wx 6/98 –

Aus dem Tatbestand:

Die A-GmbH und die B-GmbH schlossen am 19.8.1997 vor dem Notar einen Verschmelzungsvertrag. Am gleichen Tag wurden die Verschmelzungsbeschlüsse notariell beurkundet. Die mit Ausfertigungsvermerk vom 20.8.1997 versehenen Verschmelzungsbeschlüsse, denen – mit Schnur und Prägesiegel verbunden – Kopien von Vollmachten und des Verschmelzungsvertrages beigefügt waren, wurden beim Amtsgericht zum Registervollzug eingereicht. Der Registerrichter hat die Antragstellerin aufgefordert, bis spätestens 15.12.1997 eine Ausfertigung oder öffentlich beglaubigte Abschrift des Verschmelzungsvertrages vorzulegen, andernfalls werde die Handelsregisteranmeldung kostenpflichtig zurückgewiesen. Die gegen diese Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde, der das Amtsgericht nicht abhalf, wurde vom Landgericht – Kammer für Handelssachen – zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Antragstellerin hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

a) Für den Registervollzug einer Verschmelzung sind nach § 17 Abs. 1 UmwG – soweit im vorliegenden Falle entscheidungserheblich – der Verschmelzungsvertrag und die Niederschriften der Verschmelzungsbeschlüsse aller beteiligten Gesellschaften in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift vorzulegen (vgl. zum Ganzen auch *Rowedder-Zimmermann*, GmbHG, 3. Aufl., Anhang nach § 77 Rdnr. 354, 352). Das Landgericht, nach dessen Ansicht das Formerfordernis hinsichtlich des Verschmelzungsvertrages nicht erfüllt ist, hat offen gelassen, ob das Registergericht die Vorlage einer Ausfertigung oder öffentlich beglaubigten Abschrift des Verschmelzungsvertrages auch dann verlangen könne, wenn der Anmeldung eine Ausfertigung oder öffentlich beglaubigte Abschrift dieser Urkunde schon als Anlage zu den Verschmelzungsbeschlüssen beigefügt war. Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß der Verschmelzungsvertrag nur einmal in der vorgeschriebenen Form einzureichen ist. Daß die in § 17 UmwG erwähnten Niederschriften der Verschmelzungsbeschlüsse nach § 13 Abs. 3 Satz 2 UmwG das Regelwerk des Verschmelzungsvertrages als Anlage enthalten, kann nicht dazu führen, daß der Verschmelzungsvertrag bei bestimmten Fallkonstellationen zweimal in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift vorgelegt werden muß. Seine separate, formgültige Vorlage ist allerdings unabdingbar, wenn sich die Verschmelzungsbeschlüsse – was möglich ist – nur auf einen Entwurf des Verschmelzungsvertrages beziehen (§ 13 Abs. 3 Satz 2 2. Alternative i.V.m. § 4 Abs. 2 UmwG; vgl. hierzu *Rowedder-Zimmermann* a.a.O. Rdnr. 286). Folgen die Verschmelzungsbeschlüsse jedoch – wie hier – dem notariell beurkundeten (§ 6 UmwG) Verschmelzungsvertrag nach und ist ihnen dieser Verschmelzungsvertrag in der nach § 17 UmwG vorgeschriebenen Form beigefügt, so ist Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung (Überprüfungsmöglichkeit, ob sich die Verschmelzungsbeschlüsse tatsächlich auf den eingereichten Verschmelzungsvertrag beziehen) genügt; einer mehrfachen formgültigen Vorlage des Verschmelzungsvertrages bedarf es deshalb nicht.

b) Das Landgericht ist davon ausgegangen, das den Verschmelzungsbeschlüssen beigefügte Exemplar des Verschmelzungsvertrages erfülle nicht die Voraussetzungen einer Ausfertigung oder öffentlich beglaubigten Abschrift. Hieran ist richtig, daß sich der Ausfertigungsvermerk vom 20.8.1997 auf die die Verschmelzungsbeschlüsse beurkundende UR Nr. 733/1997 bezieht und die angeschlossene Fotokopie von UR Nr. 732/1997 (betreffend den Verschmelzungsvertrag) selbst keinen Ausfertigungs- oder Beglaubigungsvermerk trägt. Die Antragstellerin hat mit ihrer weiteren Beschwerde zu Recht darauf hingewiesen, daß der vom Land-

gericht vermißten Form gleichwohl durch die Regelung in § 49 Abs. 3 Beurkundungsgesetz genügt ist, weil die Abschrift des Verschmelzungsvertrages mit der Ausfertigung der Verschmelzungsbeschlüsse durch Schnur und Prägesiegel verbunden ist, der Ausfertigungsvermerk damit auch Beglaubigungsfunktion für die beigefügte Urkundsabschrift hat (vgl. *Keidel/Kunze/Winkler*, FGG – Teil B – 13. Aufl. 1997, Rdnr. 13 ff. zu § 49 Beurkundungsgesetz).

Zwangs- und Vollstreckungsrecht

24. BGB § 2353; ZPO § 732, § 794 Abs. 1 Nr. 1 *(Vergleich im Erbscheinsverfahren bildet keinen Vollstreckungstitel)*

Auch im Erbscheinsverfahren kann vor dem Nachlaßgericht ein Vergleich geschlossen werden. Dieser bildet aber keinen Vollstreckungstitel gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

BayObLG, Beschluß vom 14.7.1997 – 1Z BR 39/97 = BayObLGZ 1997 Nr. 39 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Erblasserin war die Mutter des Beteiligten zu 1, ihres einzigen Kindes. Dieser beantragte einen Erbschein, der ihn als Alleinerbe ausweisen sollte. Im Erbscheinsverfahren legte S., der Lebensgefährte der Erblasserin, verschiedene Schriftstücke vor, wonach er zum testamentarischen Alleinerben berufen war. Zur Beilegung des Erbschaftsstreits schlossen S. und der Beteiligte zu 1 vor dem Nachlaßgericht einen Vergleich, in dem der Beteiligte zu 1 seinen Erbscheinsantrag zurücknahm und das Erbrecht des S. anerkannte. Im Gegenzug verpflichtete sich S., an den Beteiligten zu 1 zur Abfindung von dessen Pflichtteilsansprüchen 465.000 DM zu bezahlen. Auf diesen Betrag wurde ein Bankguthaben in Höhe von 102.500 DM angerechnet, der Restbetrag sollte binnen einer Frist von drei Monaten fällig sein. Am 13.9.1995 erteilte der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des Amtsgerichts dem Beteiligten zu 1 eine vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs. Am 16.10.1995 starb S. Der Beteiligte zu 2 ist sein Alleinerbe. Auf Antrag des Beteiligten zu 1 setzte das Amtsgericht auf die bereits erteilte vollstreckbare Ausfertigung eine Nachfolgeklausel.

Mit Beschluß vom 15.8.1996 hat das Nachlaßgericht auf Erinnerung des Beteiligten zu 2 festgestellt, daß die Erteilung der Vollstreckungsklausel unzulässig war, und die Zwangsvollstreckung aus der am 13.9.1995 erteilten Vollstreckungsklausel für unzulässig erklärt. Die hiergegen eingelegte Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das Landgericht mit Beschluß vom 5.12.1996 zurückgewiesen, da der Vergleich keinen Prozeßvergleich im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO und somit keinen Vollstreckungstitel darstelle. Er erfülle auch nicht die Voraussetzungen einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, da sich S. nicht der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe. Die Erteilung einer Vollstreckungsklausel sei daher unzulässig gewesen. Die gegen diese Entscheidung gerichtete weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Bayerische Oberste Landesgericht ist zur Entscheidung über das Rechtsmittel zuständig. Das Verfahren hat die Zulässigkeit der Erteilung einer Vollstreckungsklausel für einen vor dem Nachlaßgericht beschlossenen gerichtlichen Vergleich zum Gegenstand. Sieht man einen solchen Vergleich als Vollstreckungstitel im Sinn von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an, so hat eine solche Klausel der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des Nachlaßgerichts als Gericht des ersten Rechtszugs zu erteilen (§ 795 i.V.m. § 724 Abs. 2 ZPO). Auch wenn für das Verfahren und insbesondere die Rechtsmittel insoweit die Vorschriften der Zivilprozeßordnung maßgebend sein sollten, entscheidet das Nachlaßgericht doch auch in diesem Fall als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Rechtszug bestimmt sich daher nach den für die freiwillige Gerichtsbarkeit geltenden Regeln (BayObLGZ 1983, 14/17 und 1995, 114/115, ausdrücklich für den Fall der Erteilung der Vollstreckungsklausel BayObLG Report 1996, 48; vgl. auch BayObLGZ 1955, 8 und für Familiensachen OLG Hamburg FamRZ 1981, 980). Für die Entscheidung über die hier eingelegte weitere Beschwerde ist somit die Zuständigkeit des Bayerischen Obersten Landesgerichts gegeben (§ 199 Abs. 1 FGG, Art. 11 Abs. 3 Nr. 1 AGGVG).

2. Die weitere Beschwerde ist gemäß § 27 FGG statthaft. Zwar ist im Verfahren über die Erteilung der Vollstreckungsklausel nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung die weitere Beschwerde ausgeschlossen (§ 568 Abs. 2 ZPO). Im vorliegenden Fall geht es im Kern aber nicht um die Frage von Einwendungen des Schuldners im Sinne des § 732 Abs. 1 ZPO, sondern um die der Klauselerteilung vorausgehende Frage, ob der vor dem Nachlaßgericht geschlossene Vergleich einen Vollstreckungstitel darstellt (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Insoweit handelt es sich um eine Frage, die dem Nachlaßverfahren zuzuordnen ist, in dem der „Titel“ geschaffen wurde. Die Frage der Statthaftigkeit des Rechtsmittels ist daher nach den Vorschriften über das Nachlaßverfahren zu beurteilen. Die den Rechtsmittelzug beschränkenden Regelungen der Zivilprozeßordnung finden weder über § 795 ZPO noch analog Anwendung. Insoweit unterscheidet sich die hier gegebene Problematik grundsätzlich von derjenigen der Zwangsvollstreckung aus einem nach dem Wohnungseigentumsgesetz im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschlossenen Vergleich, für die § 45 Abs. 3 WEG ausdrücklich auf die Vorschriften der Zivilprozeßordnung verweist (vgl. dazu BayObLG Report 1996, 48).

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) stand. Der Vergleich ist kein Vollstreckungstitel, für den eine Klausel erteilt werden konnte.

a) Eine Vollstreckung der Vereinbarung gemäß § 98 FGG i.V.m. den Vorschriften der ZPO (§ 797 Satz 1 ZPO) scheidet aus. Diese Vorschrift gilt nur für Vereinbarungen im Rahmen eines Auseinandersetzungsverfahrens gemäß §§ 86 ff. FGG. Ein solches Verfahren ist hier nicht durchgeführt worden und wäre zur Bereinigung des Streites im Erbscheinsverfahren auch nicht geeignet gewesen. Wenn und solange das Erbrecht eines Beteiligten bestritten ist, kommt die Durchführung eines Auseinandersetzungsverfahrens nicht in Betracht (*Keidel/Winkler* FGG 13. Aufl. § 86 Rdnr. 33). Hier ging der Streit aber gerade um die Erbenstellung als solche.

b) Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, kann die Vereinbarung schon deshalb nicht als Vollstreckungstitel im Sinn des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO angesehen werden, weil sich der Schuldner nicht der Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Die Frage der Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf das Erbscheinsverfahren kann daher dahinstehen.

c) Die Vereinbarung stellt auch keinen Vollstreckungstitel im Sinn des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO dar.

aa) Das Gesetz sieht für mehrere Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausdrücklich vor, daß ein gerichtlicher Vergleich abgeschlossen und hieraus nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung vollstreckt werden kann (vgl. z.B. § 53a Abs. 4 FGG für den Ausgleich des Zugewinns, § 53g Abs. 3 FGG für den Versorgungsausgleich, § 45 Abs. 3 WEG, § 16 Abs. 3 HausratsV, § 31 LwVG, § 14 VertrHiG).

Auch in anderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit können die Beteiligten, soweit der Gegenstand der Vereinbarung ihrer Disposition unterliegt, nicht nur Vereinbarungen im Sinne des § 779 BGB schließen, sondern diese auch vor Gericht und mit dessen Mitwirkung zum Gegenstand von Prozeßhandlungen machen (Verfahrensvergleich). Dies gilt auch für das Erbscheinsverfahren. So können sich die Beteiligten verfahrensrechtlich über die Zurücknahme eines Erbscheinsantrags oder eines Rechtsmittels oder auch über einen Rechtsmittelverzicht einigen, materiellrechtlich zwar nicht über die Erbenstellung selbst (BayObLGZ 1966, 233/236 m.w.N.), aber doch über die Ausübung von Gestaltungsrechten, die die Erbfolge beeinflussen, z.B. die Ausschlagung einer Erbschaft oder die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung. Dabei können auch Gegenstände mitgeregelt werden, die selbst nicht Verfahrensgegenstand sind, wie z.B. die Zahlung einer Abfindung oder die Auseinandersetzung des Nachlasses (vgl. OLG Stuttgart OLGZ 1984, 131). Dies folgt schon daraus, daß auch die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Kern darauf abzielen, Rechtsfrieden unter den Beteiligten zu schaffen. Es entspricht allgemeiner Auffassung, daß dies in der Regel durch eine einverständliche Einigung unter den Beteiligten über die zwischen ihnen strittigen Fragen am besten zu erreichen ist.

bb) Unterschiedliche Auffassungen werden in Rechtsprechung und Literatur jedoch zu der Frage vertreten, ob eine im Erbscheinsverfahren vor dem Nachlaßgericht getroffene, gemäß den Vorschriften der §§ 160 bis 164 ZPO protokollierte (vgl. dazu *Bassenge* Rpfleger 1972, 237/241) Vereinbarung der Beteiligten als Vollstreckungstitel im Sinn von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO anzusehen ist, für den eine Vollstreckungsklausel erteilt werden kann.

Zum Teil wird angenommen, daß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für Vergleiche im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur gilt, soweit dort ein Vergleich ausdrücklich vorgesehen ist (so *Keidel/Kahl* Vorbem. §§ 8 bis 18 Rdnr. 27; *Baur* Freiwillige Gerichtsbarkeit I § 21 III 3; wohl auch *Weirich* Freiwillige Gerichtsbarkeit § 12 III) oder jedenfalls aus gerichtlichen Entscheidungen in den jeweiligen Verfahren die Zwangsvollstreckung nach den Bestimmungen der ZPO stattfindet (so *Jansen* FGG 2. Aufl. Vorbem. §§ 8 bis 18 Rdnr. 80 f., *Bumiller/Winkler* FGG 6. Aufl. § 12 Anm. 3 a cc; vgl. auch *Brehm* Freiwillige Gerichtsbarkeit Rdnr. 363, *Schönke* JZ 1953, 341). Diese Voraussetzungen treffen für das Erbscheinsverfahren nicht zu. In diesem Verfahren kann daher nach diesen Auffassungen ein unmittelbar vollstreckungsfähiger Vergleich nicht abgeschlossen werden (so ausdrücklich *Brehm* a.a.O.; vgl. auch *Baur* a.a.O.). Gleiches muß nach der Auffassung derjenigen gelten, die den Verfahrensvergleich nur in den echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zulassen wollen, da das Erbscheinsverfahren nicht hierunter fällt (so *Bärmann* Freiwillige Gerichtsbarkeit § 18 III 3).

Nach anderer Ansicht kann ein Vergleich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit schon dann einen Vollstreckungstitel bilden, wenn die Beteiligten über die Einleitung und Beendigung des Verfahrens disponieren und über den Verfahrensgegenstand materiell verfügen können (so *Bassenge* Rpfleger 1972, 237/240; vgl. auch *Baur/Wolf* Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit 2. Aufl. § 3 I 2 c, *Lindacher* JuS 1978, 577/579). Zwar können die Beteiligten im Erbscheinsverfahren über das Erbrecht, das den Gegenstand des Verfahrens bildet, und die Erteilung des Erbscheins nicht unmittelbar verfügen, so daß auch nach dieser Auffassung an sich ein vollstreckungsfähiger Vergleich grundsätzlich nicht abgeschlossen werden kann (vgl. aber auch *Munding* Vergleiche im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 96 f.). Läßt man es jedoch für den Vergleich im Sinn von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO genügen, daß sich der auf das konkrete Verfahren bezogene Teil der Vereinbarung ausschließlich auf einen verfahrensrechtlichen Inhalt bezieht (vgl. dazu *Bassenge* Rpfleger 1972, 237 m.w.N.), so sind auch im Erbscheinsverfahren Vergleiche mit Titelfunktion denkbar. Daher wird zum Teil die Titelfunktion eines im Erbscheinsverfahren geschlossenen Vergleichs bejaht (vgl. *Bork* Der Vergleich § 23 B, *Bonin* Der Prozeßvergleich S. 174), sei es in unmittelbarer (vgl. dazu allgemein *Stein/Jonas/Münzberg* ZPO 21. Aufl. § 794 Rdnr. 19 Fn. 102 und *Müller* JZ 1954, 17/19; dagegen *Munding* a.a.O. S. 66), sei es in entsprechender Anwendung des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (*Bonin* a.a.O. S. 174, *Munding* a.a.O. S. 69 ff.).

cc) Der Senat ist wie das Landgericht der Auffasung, daß der von den Beteiligten in einem Erbscheinsverfahren geschlossene Vergleich kein Vollstreckungstitel im Sinn von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist.

(1) § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO kann nicht unmittelbar angewandt werden. Denn der Gesetzgeber hat für die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine eigenständige Verfahrensordnung geschaffen, für die die Regeln der ZPO aufgrund deren in § 3 Abs. 1 EGZPO festgelegten Anwendungsbereichs (dazu *Munding* S. 65 ff.) nicht unmittelbar gelten (vgl. zur entsprechenden Anwendung *Keidel/Kahl* Vorbem. §§ 8 bis 18 Rdnr. 3 ff.). Auch der Gesetzgeber geht davon aus, daß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht unmittelbar herangezogen werden kann. Denn er sieht wie dargestellt mehrfach ausdrücklich die Vollstreckung von im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgeschlossenen Vergleichen nach den Bestimmungen der ZPO vor, obwohl derartige Regelungen im Hinblick auf § 795 ZPO nicht erforderlich wären, wenn § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO unmittelbar anzuwenden wäre.

(2) Der Umstand, daß der Gesetzgeber mehrfach die Vollstreckung gerichtlicher Vergleiche in bestimmten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausdrücklich regelt, läßt ferner erkennen, daß auch nach seiner Auffassung die Vollstreckung von im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgeschlossenen Vergleichen nach den Regeln der ZPO einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedarf. Dies spricht gegen eine entsprechende Anwendung des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (vgl. *Keidel/Kahl* Vorbem. §§ 8 bis 18 Rdnr. 27).

(3) § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO spricht von Vergleichen, die „zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in betreff eines Teiles des Streitgegenstandes“ geschlossen werden. Wie diese Wortwahl zeigt, ist der Gesetzgeber bei der Regelung der Vollstreckungsfähigkeit solcher Vergleiche in § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO davon ausgegangen ist, daß die Verfahrensbeteiligten über den Verfahrensgegenstand im materiellen Sinn verfügen können. Im Erbscheinsverfahren fehlt es an einer solchen materiellen Befugnis. Die beteiligten Erbprätendenten können über die Erbenstellung gerade nicht verfügen, vielmehr können sie regelmäßig nur durch verfahrensrechtliche Handlungen und Erklärungen darauf Einfluß nehmen, ob – und gegebenenfalls mit welchem Inhalt – ein Erbschein erteilt wird. Soweit der gerichtliche Vergleich eine verfahrensrechtliche Verfügung der Beteiligten zum Gegenstand hat, bedarf es eines Vollstreckungstitels aber nicht, da die entsprechenden Erklärungen, die in einem im Nachlaßverfahren geschlossenen Vergleich abgegeben werden, gegen-

über dem Nachlaßgericht unmittelbar wirksam werden. Ein Bedürfnis für die Anwendung des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO besteht daher allenfalls insoweit, als im Vergleich andere vermögensrechtliche Positionen als die Erbenstellung geregelt werden, die gerade nicht Gegenstand des Erbscheinsverfahrens sind, wie Vermächtnisse, Abfindungen, Fragen der Auseinandersetzung oder – wie hier – Pflichtteilsansprüche.

(4) Nach Auffassung des Senats sprechen gegen die Anwendung des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die letztgenannten Fälle entscheidend die verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten und Ungewißheiten, die im Fall von Meinungsverschiedenheiten unter den Beteiligten über den Vollzug des Vergleichs auftreten können. Dies gilt insbesondere für die Frage, welches Gericht über eine Vollstreckungsgegenklage zu entscheiden hätte. Diesem Gesichtspunkt kommt schon deshalb besondere Bedeutung zu, weil bei gerichtlichen Vergleichen die Präklusion gemäß § 767 Abs. 2 ZPO nicht eingreift (*Zöller/Hergeth* ZPO 20. Aufl. § 767 Rdnr. 20) und daher Einwendungen gegen den titulierten Anspruch in vollem Umfang geltend gemacht werden können. Nach herrschender Meinung, die der Senat für sachgerecht hält, ist für die Vollstreckungsgegenklage das Gericht zuständig, bei dem das durch den Vergleich erledigte Verfahren in erster Instanz anhängig war (*Stein/Jonas/Münzberg* § 795 Rdnr. 9 m.w.N.) zum Streitstand). Die Vollstreckung aus Vergleichen in Erbscheinsverfahren kann sich schon nach dem Ziel dieses Verfahrens, der Erteilung oder Einziehung eines Erbscheins, ausschließlich auf Gegenstände beziehen, die nicht unmittelbar Gegenstand des Verfahrens sind. Eine Zuständigkeit des Nachlaßgerichts, über solche Gegenstände zu entscheiden, wäre keinesfalls sachgerecht, abgesehen davon daß das Erbscheinsverfahren auch keine Rechtskraft kennt.

Anmerkung:

1. Der 1. Zivilsenat bejaht trotz § 568 II ZPO zutreffend die Statthaftigkeit der *weiteren Beschwerde gemäß § 27 FGG* und die *Zulässigkeit eines Verfahrensvergleichs* (Verständigung der Beteiligten über Stellung und Rücknahme von Verfahrensanträgen, wohl auch Einigung über die Auslegung der vom Erblasser hinterlassenen Verfügungen von Todes wegen bzw. über die Testierfähigkeit etc.; §§ 2385, 2371 BGB steht nicht entgegen, arg. § 127a BGB, *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 4. Aufl., 1995, § 34 IV 3 d [S. 746], vgl. auch *Palandt/Edenhofer*, 57. Aufl., 1998, § 2385 Rdnr. 2), verneint aber die *Vollstreckbarkeit von Vergleichen, die im Erbscheinsverfahren aufgenommen worden sind*. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO sei weder unmittelbar (§ 3 EGZPO) noch analog anwendbar.

2. Dieses Ergebnis ist angesichts der diffusen und sporadischen Regelungen des Gesetzgebers (vgl. II 3 c [aa] des Beschlusses) als argumentum e contrario zwar dogmatisch vertretbar zu begründen, aus der Sicht der Praxis jedoch zu bedauern; denn vor allem bei Erbprätendentenstreitigkeiten besteht – wie der entschiedene Fall zeigt – ein Bedürfnis dafür, auch im Erbscheinsverfahren vollstreckbare Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO schaffen zu können.

3. Für die vom BayObLG für unlösbar gehaltenen Schwierigkeiten bei der verfahrensmäßigen Bewältigung von Meinungsverschiedenheiten beim Vollzug des Vergleichs hätte man wohl eine passende Lösung finden können. Die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts für Vollstreckungsgegenklagen wäre sicher unpassend. Doch man hätte anstelle der Zuständigkeit des FG-Gerichts die Zuständigkeit des Streitgerichts für Vollstreckungsgegenklagen eröffnen oder die für vollstreckbare Urkunden bestehende Regelung entsprechend anwenden können. Analog § 797 Abs. 5 ZPO wäre dann das Gericht zuständig, bei dem der Schuldner im Inland seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ansonsten das Gericht, bei dem nach § 23 ZPO gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

4. Die Bejahung der Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO im Erbscheinsverfahren hätte der Justizentlastung nachhaltig gedient. Denn sie hätte eine „Paketlösung aus einer Hand“, nämlich der des Nachlaßrichters, möglich gemacht: Erbschein für den „siegreichen“ und Vollstreckungstitel für den „unterlegenen“ Erbprätendenten, dem es nicht zuzumuten ist, die versprochene Zahlung im normalen Zivilprozeß einzuklagen. Nun muß sich die Praxis anders behelfen, bis der Gesetzgeber ausdrücklich die Möglichkeit schafft, daß auch vor dem Nachlaßgericht vollstreckbare Vergleiche beurkundet werden können. In Betracht kommt die Einschaltung des Notars. Dieser könnte entweder den gesamten Verfahrensvergleich einschließlich der Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Schuldners der Abfindungszahlung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) beurkunden. Ausreichend wäre aber auch die Beurkundung eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens (§ 780 BGB) bzw. -anerkenntnisses (§ 781 BGB) des Schuldners.

5. Ein sorgfältig beratender Rechtsanwalt kann seiner Mandantschaft nicht empfehlen, im Erbscheinsverfahren „klein beizugeben“, d.h. den eigenen Erbscheinsantrag nicht mehr weiter zu verfolgen, wenn die Vollstreckbarkeit der im Zuge des „Deals“ vereinbarten Abfindungszahlung nicht sichergestellt ist. Denn der Gegner würde durch die Erlangung eines Erbscheins zu seinen Gunsten über den Nachlaß verfügen und diesen beiseite schaffen können. Weiter besteht die Gefahr, daß andere Gläubiger des nun als Erben legitimierten Gegners auf den Nachlaß zugreifen, ehe der unterlegene Erbprätendent, der ja erst den Weg frei gemacht hat für die Erbenstellung des Schuldners, die vereinbarte Abfindung erhalten hat.

Notar *Prof. Dr. Reinhold Geimer*, München

Beurkundungs- und Notarrecht

25. BNotO § 4; § 111 Abs. 1 *(Unterlassungsantrag gegen die Besetzung einer weiteren Notarstelle)*

Richtet sich ein Unterlassungsantrag gegen die Besetzung einer weiteren Notarstelle, mit der die Landesjustizverwaltung eine zuvor getroffene Entscheidung über die Errichtung dieser Notarstelle umsetzen will, so ist eine seit der Errichtungsentscheidung eingetretene Änderung der für die Bedürfnisprüfung erheblichen Geschäftszahlen nur von Bedeutung, wenn die Geschäftszahlen nunmehr die Befürchtung rechtfertigen, die wirtschaftliche Grundlage der bestehenden Notariate sei nicht mehr gewährleistet.

BGH, Beschluß vom 20.7.1998 – NotZ 31/97 –

Aus dem Tatbestand:

Der Antragsteller ist Notar in M. Dort amtiert außerdem ein weiterer Notar. Der Geschäftsanfall der drei Notariate betrug in „bereinigten Urkundennummern“ (vgl. BGHZ 73, 54, 55) für 1993 6.831 Num-

mern, für 1994 7.119 Nummern, für 1995 6.928 Nummern und für 1996 6.779 Nummern. Für das Jahr 1996 entfielen auf jedes Notariat durchschnittlich 2.260 Nummern. Auf das Doppelamt des Antragstellers entfielen 4.895 Nummern, auf das des weiteren Notars 1.884 Nummern. Für das Jahr 1997 entfielen auf das Doppelamt noch 4.198 Nummern. Bei dem Doppelamt des Antragstellers entfallen etwa 30% der Notariatsgeschäfte auf Beurkundungen aus Baden-Württemberg. Einen ähnlich großen Anteil an auswärtigen Geschäftsanfällen hat auch der dritte amtierende Notar.

Der Antragsgegner errichtete mit Verfügung vom 28.5.1997 in M. eine vierte Notarstelle. Hiergegen hat der Antragsteller Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt und zur Begründung im wesentlichen geltend gemacht: Der Antragsgegner habe – was unstreitig ist – bei der Prüfung, ob für die Errichtung einer weiteren Notarstelle ein Bedürfnis bestehe, nicht berücksichtigt, daß ein erheblicher Teil des Geschäftsanfalls von Mandanten aus Baden-Württemberg herrühre; dieser dürfe bei der Bedürfnisprüfung aber nur in Höhe von 10% der gesamten Beurkundungen berücksichtigt werden. Die große Zahl auswärtiger Beurkundungen sei Folge der persönlichen Beziehungen zu auswärtigen Bauträgern und Steuerberatern. Ähnliches gelte auch fur den Geschäftsanfall bei dem dritten in M. amtierenden Notar. Die Errichtung eines weiteren Notariats verbiete sich auch angesichts generell sinkender Beurkundungszahlen bei gleichzeitig steigendem Anteil auswärtiger Geschäftsanfälle und im Hinblick darauf, daß er, der Antragsteller, für das Jahr 2000 seine Amtsniederlegung ins Auge gefaßt habe.

Der Antragsgegner ist dem entgegengetreten und hat u.a. ausgeführt, der Antrag sei unzulässig, da die Errichtung einer Notarstelle kein Verwaltungsakt sei.

Das Oberlandesgericht hat den Antrag auf Aufhebung des Bescheids als unbegründet zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Soweit sich der Antragsteller gegen die Errichtung der Notarstelle wendet, ist sein Antrag nicht zulässig. Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 111 BNotO ist grundsätzlich nur statthaft, wenn die Aufhebung eines Verwaltungsakts oder die Verpflichtung der Landesjustizverwaltung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts begehrt wird. Daran fehlt es hier. Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Errichtung einer Notarstelle kein Verwaltungsakt, sondern ein lediglich verwaltungsinterner Vorgang ohne Regelungscharakter (Senat, Beschluß vom 18.9.1995 – NotZ 46/94 = BGHR BNotO § 111 Verwaltungsakt 3 m.w.N. = DNotZ 1996, 902; Beschluß vom 24.11.1997 – NotZ 10/97 = NJW-RR 1998, 849)

2. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung bleibt auch dann ohne Erfolg, wenn man ihn dahin auslegt, daß dem Antragsgegner auch die Besetzung der neu errichteten Notarstelle untersagt werden soll.

a) Der Senat hat in Einzelfällen Unterlassungsanträge amtierender Notare gegen die Bestellung eines weiteren Notars in ihrem Amtsbereich als zulässig angesehen (vgl. BGHZ 67, 348 = DNotZ 1977, 180; BGHZ 73, 54 = DNotZ 1979, 688; Beschluß vom 22.10.1979 – NotZ 3/79 = DNotZ 1980, 177; Beschluß vom 25.10.1982 – NotZ 7/82 = DNotZ 1983, 236). Diese Rechtsprechung wird von der Erwägung getragen, daß die Landesjustizverwaltung bei der Ausübung des ihr eingeräumten Organisationsermessens nach § 4 BNotO subjektive Rechte von Amtsinhabern insoweit zu wahren hat, als jedem Notar zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe als unabhängiger und unparteiischer Berater ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit zu gewährleisten ist (Senat, Beschluß vom 18.9.1995 – NotZ 46/94 = BGHR BNotO § 4 Bedürfnis 1). Das ändert indessen nichts daran, daß die Bestimmung der Zahl der Amtsinhaber und der Zuschnitt der Notariate der Organisationsgewalt des Staates vorbehalten ist, die Bedürfnisprüfung mithin grundsätzlich allein im Interesse der Allgemeinheit geschieht.

b) Der Unterlassungsantrag ist aber nur zulässig, wenn der Antragsteller die Möglichkeit dartut, in seinen Rechten verletzt zu sein.

Hierzu genügt es nicht, wenn ein Antragsteller allein auf die drohende Schmälerung seines Gebührenaufkommens hinweist, die mit der Bestellung eines weiteren Notars in seinem Amtsbereich verbunden wäre. Damit ist noch nicht eine Gefährdung seiner wirtschaftlichen Unabhängigkeit und eine damit einhergehende Gefährdung seiner Aufgabe, als unabhängiger und unparteiischer Berater der Beteiligten auf eine möglichst gerechte Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen hinzuwirken (vgl. BGHZ 67, 348, 353 = DNotZ 1977, 180), behauptet. So liegt es hier. Der Antragsteller hat in dem Doppelamt im Jahr 1997 einen Geschäftsanfall von 4.198 „bereinigten Urkundennummern“ gehabt. Die Lebensfähigkeit des Amtes ist damit in keiner Weise in Frage gestellt.

Die Zulässigkeit des Unterlassungsbegehrens ergibt sich aber daraus, daß der Antragsteller vorträgt, der Antragsgegner habe sich im Bereich der Bedürfnisprüfung nach § 4 BNotO durch eine ständige Übung gebunden, diesen Prüfungsmaßstab im vorliegenden Fall jedoch nicht beachtet.

c) Soweit danach der Antrag zulässig ist, läßt die Überprüfung ein rechtswidriges Verwaltungshandeln nicht erkennen.

Nach den allgemeinen Grundsätzen zur Neuerrichtung von Notarstellen in Bayern, die der Antragsgegner mit der Landesnotarkammer Bayern abgestimmt hat, wird das Bedürfnis für die Errichtung einer weiteren Notarstelle an Orten, an denen bisher bereits zwei oder mehr Notarstellen bestehen, danach beurteilt, ob der durchschnittliche Geschäftsanfall an dem betreffenden Amtssitz bei Errichtung einer neuen Notarstelle näher an der Richtzahl von 1.800 bereinigten Urkundennummern liegt, als wenn die Errichtung der Notarstelle unterbliebe. Dieser „bayerische Schlüssel“ wird dabei nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer konkreten Einzelfallbetrachtung angewandt. Wie der Senat bereits ausgesprochen hat, trägt dieser Schlüssel – die Zahl 1.800 ist nur als Richtwert zu verstehen – den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege hinreichend Rechnung und ist gemäß § 4 BNotO als Maßstab einer Landesjustizverwaltung für die Ausübung ihres Organisationsermessens bei der Errichtung neuer Notarstellen nicht zu beanstanden (BGHZ 73, 54, 59 = DNotZ 1979, 688).

Eine prinzipiell nur teilweise Berücksichtigung von Notargeschäften mit ausschließlich auswärtigen Beteiligten bei der Bedürfnisprüfung ist nicht Gegenstand dieser ständigen Übung des Antragsgegners. Die volle Anrechnung dieser Geschäfte kann deshalb für sich allein nicht als Abweichen von der Selbstbindung der Verwaltung angesehen werden.

Die Entscheidung des Senats vom 22.10.1979 – NotZ 3/79 = DNotZ 1980, 177 ist nicht dahin zu verstehen, daß in jedem Fall solche Geschäfte nur mit einem Anteil von etwa 10% der gesamten Urkundsgeschäfte Berücksichtigung finden dürften. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall mußte der Besonderheit Rechnung getragen werden, daß einer der beiden bereits amtierenden Notare nahezu das Vierfache der Urkundsgeschäfte des anderen Notars abwickelte und dabei einen Anteil „auswärtiger Beurkundungen“ von annähernd 40% hatte. In einem solchen Fall hätte deren uneingeschränkte Berücksichtigung zu einer Benachteiligung des

anderen Notars und einer unzutreffenden Einschätzung des Bedürfnisses nach einer neuen Notarstelle geführt. Anders liegt es hier: Angesichts des annähernd gleichen Anteils der „auswärtigen Beurkundungen“ bei den drei bestehenden Notariaten erscheint eine weitgehende Ausblendung dieser Tätigkeit nicht geboten. Im Rahmen seines Ermessens kann der Antragsgegner berücksichtigen, daß bei allen Notaren von Beteiligten außerhalb des Amtssitzes in einem das gewöhnliche Maß übersteigenden Umfang Notarleistungen nachgefragt werden. Dabei kommt es auf die Ursachen dieser erhöhten Nachfrage nicht entscheidend an.

Der Anspruch des Antragstellers auf Gleichbehandlung ist nicht verletzt, da der Antragsgegner in vergleichbaren Fällen in gleicher Weise verfährt.

Zutreffend weist der Antragsteller darauf hin, daß der Antragsgegner mit den „Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege“ i.S.v. § 4 BNotO die Lebensfähigkeit des jeweiligen örtlichen Notariats zu berücksichtigen hat. Die Verwaltung des Notarwesens fällt in den Zuständigkeitsbereich der Länder, die Bestellung der Notare erfolgt durch die Landesjustizverwaltungen. Zweck der Bedürfnisprüfung nach § 4 BNotO ist die „möglichst schnelle und ortsnahe notarielle Betreuung der Bevölkerung“ (BGHZ 67, 348, 353). Die Befriedigung des Bedarfs an Notarleistungen jenseits der Landesgrenzen ist bei der Bedürfnisprüfung deshalb nicht in Betracht zu ziehen. Gleichwohl ist es nicht fehlerhaft, daß der Antragsgegner diesen Bedarf insoweit berücksichtigt, als sich die Nachfrage aus dem Bereich Baden-Württemberg objektiv als eine Verknappung der Notarleistungen für die Bevölkerung des Amtsbezirks M., seines eigenen Zuständigkeitsbereichs, darstellt.

Entgegen dem Vortrag des Antragstellers hat der Antragsgegner bei der Errichtung der Notarstelle den Umstand erkannt, daß die Urkundennummern 1995 und 1996 leicht zurückgegangen sind, und dies ohne Rechtsfehler gewürdigt. Mit der Besetzung der Notarstelle setzt der Antragsgegner nur die Errichtungsentscheidung um. Auf die seitherige Entwicklung der Geschäftszahlen wäre bei der Prüfung des Unterlassungsbegehrens nur abzustellen, wenn diese Entwicklung die Beurteilung rechtfertigen würde, die wirtschaftliche Grundlage der bestehenden Notariate sei nicht mehr gewährleistet. Der Rückgang der Geschäftszahlen im Jahr 1997 war indessen nicht so erheblich, daß der Antragsgegner die Besetzung der neuen Notarstelle unterlassen müßte (vgl. BGHZ 73, 54, 60).

———

26. BeurkG § 40 *(Unterschriftsbeglaubigung bei einem blinden Beteiligten*)

Die von einem Blinden abgegebene Löschungsbewilligung bedarf keiner Beurkundung. Die im zweiten Abschnitt des BeurkG enthaltenen Formvorschriften sind auf die Unterschriftsbeglaubigung bei einem blinden Beteiligten nicht anwendbar.

LG Darmstadt, Beschluß vom 3.2.1998 – 23 T 6/98 –, mitgeteilt von Notar *Jürgen Kirchner,* Würzburg

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 2. ist Gläubiger einer auf dem Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 1. lastenden Grundschuld zu 125.000,– DM. Mit Datum 22.10.1997 unterzeichnete der Beteiligte zu 2. eine Löschungsbewilligung hinsichtlich der vorgenannten Grundschuld. Die Unterschriftsleistung wurde von dem am Wohnort des Beteiligten zu 2. dienstansässigen Notar beglaubigt. Weiterhin nahm der Notar den folgenden Vermerk auf:

„ Bezugnehmend auf § 22 Beurkundungsgesetz wird festgestellt, daß der Unterzeichnende aufgrund einer Starerkrankung fast erblindet ist und das Geschriebene nicht lesen kann. Er verzichtet jedoch ausdrücklich auf die Heranziehung eines Zeugen oder eines zweiten Notars.“

Nachdem der Antrag auf Löschung der vorgenannten Grundschuld am 1.12.1997 bei dem Amtsgericht eingegangen war, teilte der Rechtspfleger dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller mit Zwischenverfügung vom 11.12.1997 mit, daß im vorliegenden Fall die Vorlage einer Löschungsbewilligung in beurkundeter Form erforderlich sei. Dies deshalb, weil bei einem Blinden nur gewährleistet sei, daß er den Inhalt des von ihm Unterschriebenen auch tatsächlich kenne, wenn die Erklärung in beurkundeter Form abgegeben werde.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Löschung der Grundschuld darf nicht aus den Gründen der Zwischenverfügung zurückgewiesen werden. Auf die Löschungsbewilligung sind die Formvorschriften des 2. Abschnittes des Beurkundungsgesetzes grundsätzlich nicht anwendbar. Es genügt die Vorlage einer schriftlichen Erklärung, die von einer notariell beglaubigten Unterschrift umfaßt ist. Hierbei ist Zweck der Unterschriftsbeglaubigung lediglich die Sicherstellung der Echtheit der Unterschrift, mithin die öffentliche Beurkundung der Tatsache, daß die vollzogene Unterschrift von einer bestimmten Person herrührt (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler,* § 40 BeurkG Rdnr. 2). Insoweit gelten auch die Vorschriften über die Beurkundung der Erklärungen blinder, tauber, stummer und fremdsprachiger Personen für die Beglaubigung nicht (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler,* § 40 BeurkG, Rdnr. 37 ff).

Vollzieht ein Blinder seine Unterschrift vor dem Notar, so ist dies zulässig. Der Notar soll sich indessen davon überzeugen, daß der Blinde weiß, was er unterschreibt und daß ihm keine Verwechslung unterläuft (vgl. a.a.O. Rdnr. 38 m.w.N.).

Im vorliegenden Fall sind demnach die Anforderungen, die das Grundbuchverfahren an den Nachweis der Identität des die Löschungsbewilligung erteilenden Gläubigers stellt, grundsätzlich nicht höher als im Falle eines Sehenden.

Der Beteiligte zu 2. ist zwar erheblich sehbehindert, aber zur Unterschriftsleistung in der Lage. Es besteht auch keinerlei Anlaß zu der Vermutung, der Beteiligte zu 2. habe etwa Schriftstücke verwechselt oder nichts davon gewußt, daß er eine grundbuchverfahrensrechtliche Handlung vornimmt, als er eine Unterschrift vor einem Notar vollzogen hat. Insoweit gebietet auch der Gedanke der Privatautonomie, dem Beteiligten zu 2. nicht ohne weiteren Anhaltspunkt zu unterstellen, er habe allein aufgrund seiner Sehbehinderung den verfahrensrechtlichen Vorgang und die Tragweite seiner Handlung nicht verstanden. Auch ist kein Grund zu der Annahme ersichtlich, der Notar, vor dem die Unterschrift vollzogen wurde, habe die Sehbehinderung des Beteiligten zu 2. nicht zum Anlaß genommen, mit diesem die Tragweite seiner Handlung zu erörtern. Vielmehr spricht der Umstand, daß der Notar den Beteiligten zu 2. sogar entsprechend § 22 BeurkG befragt hat, ob er im Hinblick auf seine Sehbehinderung die Hinzuziehung eines Zeugen oder eines zweiten Notars wünsche, dafür, daß der Notar der besonderen Situation des Beteiligten zu 2. bei den Erörterungen anläßlich der Unterschriftsleistung hinreichend Rechnung getragen hat.

Kostenrecht

27. KostO § 20, § 30 Abs.1 *(Geschäftswert bei Verpflichtung des Käufers zur Vorausleistung auf Erschließungskosten)*

Verpflichtet sich in einem notariellen Kaufvertrag der Käufer zur Vorauszahlung eines bestimmten Betrages auf die anfallenden Erschließungskosten, sind bei der Ermittlung des Geschäftswerts für die Beurkundung unter Anwendung des § 30 Abs. 1 KostO dem Kaufpreis etwa 20% des Betrages als Gegenleistung i. S. des § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO hinzuzurechnen.

BayObLG, Beschluß vom 1.4.1998 – 3 Z BR 342/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Mit Kaufvertrag des beteiligten Notars vom 27.11.1996 erwarb der Beteiligte von der Gemeinde N. zwei erst zu vermessende Grundstücksteilflächen von ca. 685 m² und 600 m². Als Kaufpreis wurden pro Quadratmeter 65 DM, somit vorlaufig für 1 285 m² 83 525 DM, vereinbart.

Weiterhin verpflichtete sich der Käufer

a) in Abschnitt XIV des Kaufvertrags zum Abschluß eines Ablösungsvertrags hinsichtlich des Erschließungsbeitrags für die Vertragsgrundstücke und zur Zahlung einer Vorausleistung auf den Ablösungsbetrag in Höhe von 40 DM pro Quadratmeter, somit vorläufig 51 400 DM;

b) in Abschnitt XV des Kaufvertrags, auf den Kanalherstellungsbeitrag und die Erdgasanschlußkosten 23 990 DM vorauszuzahlen;

c) in Abschnitt XIX des Kaufvertrags, die Errichtung eines Masten für die Straßenbeleuchtung oder eines Schaltkastens auf den Vertragsgrundstücken zu dulden und eine entsprechende Dienstbarkeit im Grundbuch eintragen zu lassen.

In Abschnitt XX des Kaufvertrags räumte die Verkäuferin dem Beteiligten ein Ankaufsrecht für eine Bauparzelle im Bereich des Teiles 2 des Bebauungsplanes „Steinbreite“ ein. Dieser Anspruch sollte ersatzlos entfallen, wenn der Teil 2 des Bebauungsplans im Baugebiet „Steinbreite“ nicht weiter verfolgt oder keine Genehmigung des Bebauungsplans in Aussicht gestellt werde.

2. Mit der ursprünglichen Kostenberechnung verlangte der beteiligte Notar, ausgehend von einem Geschäftswert von 158 915 DM, von dem Beteiligten Gebühren, Auslagen und Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 914,02 DM. Er berichtigte die Kostenberechnung in der Folgezeit und stellte dem Beteiligten unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 167 775 DM letztlich insgesamt 983,02 DM in Rechnung. Neben dem Kaufpreis wurden die vereinbarten Vorauszahlungen in vollem Umfang in den Geschäftswert einbezogen. Für die Vereinbarungen in Abschnitt XIX des Kaufvertrags wurden 1 000 DM und in Abschnitt XX des Kaufvertrags 7 800 DM (20% des voraussichtlichen Kaufpreises) zugrunde gelegt.

Gegen die Kostenberechnung erhob der Beteiligte dem Notar gegenüber Einwendungen; der Notar beantragte deshalb die Entscheidung des Landgerichts. Der Beteiligte beanstandete den Kostenansatz insoweit, als diesem ein über den Kaufpreis hinausgehender Geschäftswert zugrunde gelegt worden sei. Mit der Vereinbarung über das Ankaufsrecht in Abschnitt XX sei zudem kein Anspruch begründet worden, da die Verpflichtung der Gemeinde bereits vor der Beurkundung festgestanden habe.

Der Notar hält demgegenüber an der Wertfestsetzung in seiner berichtigten Kostenberechnung fest. Neben dem Kaufpreis sei gemäß § 20 Abs. 1 KostO die volle Summe der Leistungen in Ansatz zu bringen, zu deren Erbringung sich der Erwerber ausdrücklich verpflichtet habe. Die Einräumung des Ankaufrechts in Abschnitt XX des Kaufvertrags habe der notariellen Beurkundung nach § 313 BGB bedurft.

Das Landgericht hat mit Beschluß vom 24.7.1997 auf die Beschwerde des Beteiligten den Kostenansatz des Notars dahin abgeändert, daß für den Gebührenansatz von einem Gesamtgeschäftswert in Höhe von 111 269,25 DM auszugehen ist, der zu einer Gebührenforderung des Notars in Höhe von – insgesamt – 776,02 DM führt. Im übrigen hat es die Beschwerde des Beteiligten zurückgewiesen. Von den gerichtlichen Auslagen des Beteiligten hat das Landgericht dem Notar 21% auferlegt.

3. Gegen die Entscheidung des Landgerichts haben sowohl der Notar wie der Beteiligte weitere Beschwerde eingelegt. Die weiteren Beschwerden blieben erfolglos.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat die notarielle Beurkundung vom 27.11.1996 nach § 39 Abs. 1 und 2 KostO zutreffend bewertet.

1. a) Bei der Berechnung des Geschäftswerts eines Kaufvertrages ist nach § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO dem Kaufpreis der Wert der vom Käufer übernommenen oder ihm sonst infolge der Veräußerung obliegenden Leistungen hinzuzurechnen. Solche Leistungen sind nach allgemeiner Ansicht nicht gegeben, wenn sich der Käufer eines Grundstücks zur Übernahme noch nicht fälliger Erschließungsbeiträge (und/oder von Kanal- und Erdgasanschlußbeitragen) verpflichtet; denn diese Beiträge sind aufgrund gesetzlicher Vorschrift als öffentliche Last ohnehin vom Erwerber zu tragen (BayObLG MittBayNot 1980, 38/41; OLG Zweibrücken Rpfleger 1973, 448; OLG Hamm JurBüro 1995, 595 [= MittBayNot 1995, 327], *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* – nachfolgend *Korintenberg* – KostO 13. Aufl. Rdnr. 27, *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. Rdnr. 6, je zu § 20; *Göttlich/Mümmler* KostO 13. Aufl. Stichwort „Erschließungsbeiträge“ S. 377). Einen eigenen Wert hat eine derartige Übernahmeverpflichtung aber dann, wenn sie dem Verkäufer mehr gewährt als der Käufer ohnehin gesetzlich zu leisten verpflichtet ist (OLG Zweibrücken a.a.O.). Zu Recht hat deshalb das Landgericht einen der veräußernden Gemeinde zufließenden Vorteil darin gesehen, daß der Käufer sich zur Zahlung der Erschließungsbeiträge und der Anschlußbeitrage vor Fälligkeit verpflichtet hat, da der Verkäuferin damit finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt werden, die sie noch nicht fordern konnte. Umgekehrt entstehen dem Käufer dadurch Finanzierungskosten.

Die Höhe dieses Wertes ist nach § 30 Abs. 1 KostO mit ca. 20% des Vorauszahlungsbetrages als dem Wert der Vorfinanzierung für zwei bis drei Jahre zu bestimmen (so *Göttlich/Mümmler* S. 378; *Mümmler* in JurBüro 1995, 596; vgl. auch OLG Zweibrücken a.a.O. und *Hartmann* Kostengesetze 27. Aufl. § 20 KostO Rdnr. 14, allerdings unter Anwendung des § 30 Abs. 2 KostO; LG Waldshut-Tiengen Rpfleger 1986, 176). Die von dem beschwerdeführenden Notar angestrebte volle Zurechnung der Vorauszahlung ist im Hinblick auf die letztlich bestehende gesetzliche Zahlungsverpflichtung nicht sachgerecht. Sie kann auch nicht befriedigend mit der Wertbestimmung des § 23 Abs. 1 KostO begründet werden (so OLG Hamm a.a.O.; *Rohs/Wedewer* § 20 Rdnr. 10), weil mit der Vorverlegung der Fälligkeit keine „Sicherstellung einer Forderung“ vorgenommen wird.

Auch die hilfsweise mit der weiteren Beschwerde des Notars vorgebrachte Erwägung, daß sich der Beteiligte in der Kaufvertragsurkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe, die schon für sich gesehen sämtliche Nominalbeträge wertmäßig erfasse, verhilft dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg. Eine besondere Gebühr für die Beurkundung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung ist gemäß § 44 Abs. 1 KostO nicht angefallen (*Korintenberg* § 30 Rdnr. 96 f.; vgl. auch OLG Zweibrücken Rpfleger 1973, 448 f.).

Der vom Beteiligten in der weiteren Beschwerde als „neue Tatsache“ bezeichnete Vortrag, daß der Notartermin erst nach dem Beginn der Erschließungsarbeiten stattgefunden habe, kann nicht berücksichtigt werden, weil die weitere Beschwerde gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 561 Abs. 1 ZPO nicht auf neue Tatsachen gestützt werden kann (vgl. *Jansen* FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 38).

Die in den Abschnitten XIV und XV des Kaufvertrages genannten Vorauszahlungen sind somit vom Landgericht zu Recht mit 20% ihrer jeweiligen Summe bewertet worden.

b) Die Bewertung des dinglichen Sicherungsanspruchs in Abschnitt XIX der Kaufvertragsurkunde wurde von dem Beteiligten nicht beanstandet und erscheint angemessen.

c) Das Ankaufsrecht in Abschnitt XX der Kaufvertragsurkunde bedurfte gemäß § 313 BGB zu seiner Rechtswirksamkeit der vorgenommenen notariellen Beurkundung. Es wurde vom Landgericht zu Recht in entsprechender Anwendung des § 20 Abs. 2 KostO mit dem halben Grundstückswert einschließlich Nebenleistungen bewertet (vgl. BayObLGZ 1975, 450 [= MittBayNot 1976, 84]), wobei wegen des möglichen Wegfalls des beurkundeten Anspruchs ein weiterer Abschlag von 50% vorgenommen werden konnte. Die dadurch bedingte Erhöhung dieses Geschäftswertteils verstößt nicht gegen das Verbot der Schlechterstellung (vgl. *Korintenberg* § 156 Rdnr. 61 und 65).

2. Insgesamt ist der Geschäftswert der Beurkundung deshalb – wie vom Landgericht angenommen – wie folgt anzusetzen:

Kaufpreis	83.525,– DM
Erschließungskostenvorauszahlung (20% aus 51.400,– DM)	10.280,– DM
Vorauszahlung der Kosten für Kanal- und Erdgasanschluß (20% aus 23.990,– DM)	4.798,– DM
dingliche Sicherung	1.000,– DM
Ankaufsrecht	11.666,25 DM
Geschäftswert	111.269,25 DM

Die Kostenrechnung des Notars hat unter Zugrundelegung dieses Geschäftswerts zu lauten:

Vertragsbeurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO	580,– DM
Schreibgebühren nach § 136 Abs. 1–3, § 152 Abs. 1 KostO	66,80 DM
Telefondienst- und Postentgelte nach § 152 Abs. 2 KostO	28,00 DM
	674,80 DM
Umsatzsteuer gemäß § 151 a KostO	101,22 DM
gesamt	776,02 DM

Die weiteren Beschwerden des Beteiligten und des Notars gegen den Beschluß des Landgerichts vom 24.7.1997 erweisen sich somit – auch hinsichtlich der Ermessensentscheidung über die gerichtlichen Auslagen nach § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO – als unbegründet und sind zurückzuweisen.

Anmerkung:

Die nachfolgende Anmerkung betrifft zwei Fallgestaltungen: diejenige, die das BayObLG zu entscheiden hatte, und diejenige, die es entschieden hat.

1. Der im November 1996 beurkundete Vertrag betraf den Kauf eines Grundstücks von einer Gemeinde, in dem hinsichtlich der Erschließungskosten nach dem BauGB eine Verpflichtung zum Abschluß eines Ablösungsvertrages und eine Vorauszahlung auf den Ablösungsbetrag (vorläufiger Ablösebetrag) enthalten war. Bezüglich der Beiträge für Wasser und Kanal war eine Vorauszahlungsvereinbarung getroffen worden; die endgültige Abrechnung sollte nach den Beitragssätzen der Beitrags- und Gebührensatzung erfolgen. Sämtliche vorbezeichneten Geldbeträge waren mit dem vorläufigen Grundstückspreis zur Zahlung fällig. Diesbezüglich unterwarf sich der Käufer in der notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung. Die Bebaubarkeit des Grundstücks war im Juli 1997 gegeben. Die Eigentumsumschreibung ist zum Zeitpunkt der Entscheidung des BayObLG aufgrund der ausstehenden Vermessung noch nicht erfolgt.

a) Bei dem beurkundeten Vertrag handelt es sich um einen gemischten zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Vertrag (BVerwG, NJW 1990, 1679 [= MittBayNot 1990, 196]). Auch hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Teile ist eine notarielle Zwangsvollstrekkungsunterwerfung zulässig (BVerwG, NJW 1995, 1104; a.A. MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner*, § 794 Rdnr. 211 u. 2. Aufl., § 794 Rdnr. 214).

b) Die Verpflichtung zum Abschluß einer Ablösungsvereinbarung unterfällt als Vorvertrag § 36 Abs. 2 KostO (vgl. *Bengel*, in: *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 13. Aufl. 1995, § 36 Rdnr. 18). Wird sie im Zusammenhang mit einem Grundstückskauf beurkundet, werden vom Käufer übernommene Leistungen hierbei dem Kaufpreis zugerechnet (§ 20 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 KostO). Es darf sich dabei um keine Leistungen handeln, die ohnehin aufgrund gesetzlicher Vorschrift der Käufer zu tragen hat. Um solche handelt es sich beim Ablösungsbetrag, der aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung nach § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB eintritt, nicht. Hier liegt der entscheidende Unterschied zu den Erschließungskosten, die den Erwerber treffen, da bei gemeindeeigenen Grundstücken erst mit Eigentumsumschreibung in der Person des Erwerbers die Beitragsschuld für die Erschließungsbeiträge nach dem BauGB entsteht (BVerwG, DVBl. 1984, 188). Die Wirksamkeit einer Ablösungsvereinbarung setzt voraus, daß das Eigentum auf den Erwerber übergegangen ist (s. dazu nur *Eue*, DNotI-Report 1998, 83 f.; *Grziwotz*, ZNotP 1998, 235/238 f. mit Formulierungsbeispiel u. ausführlich *ders.*, ZJR 1998, erscheint demnächst). Eine gesetzliche Beitragspflicht tritt bei einem Ablösungsvertrag nicht ein (*Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 133 Rdnr. 43). Der Ablösungsbetrag ruht auch nicht als öffentliche Last auf dem Kaufgrundstück (s. nur *Sailer*, in: *Cholewa/Dyong/von der Heide/Sailer*, BauGB, 3. Aufl. 1994, § 133 Anm. IV; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 4. Aufl. 1995, § 22 Rdnr. 3 u. *Klausing*, in FS f. Weyreuther, 1993, S. 455/467). Dies hat das BayObLG verkannt. Auch die angegebenen Belegstellen betreffen nicht den entschiedenen Fall. Richtig ist allerdings. daß die Vorauszahlung auf die Ablöseforderung nicht zusätzlich zur Ablösungsverpflichtung zu bewerten ist.

c) Hinsichtlich der Vorauszahlung auf die KAG-Beiträge beachtet das BayObLG die diesbezüglichen bayerischen Besonderheiten, die Anlaß für einen vom koordinierten Erschließungskostenerlaß (vgl. FinMin. Rh-Pf., DB 1989, 2100 u. Sächs. FinMin, DStR 1993, 1331) abweichenden bayerischen Erlaß waren (Bayer. Staatsm. d. Fin., DB 1990, 1696 u. vorher bereits *Grziwotz*, DB 1990, 1694 f.), nicht. Nach bayerischem Recht beitragspflichtig ist auch die Gemeinde selbst für Grundstücke, die sich im Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld in ihrem Eigentum befinden (s. nur BayVGH, BayVBl. 1986, 84 u. KStZ 1988, 144). Ein

Erwerber eines Grundstücks kann deshalb bescheidsmäßig nicht mehr zu einem Beitrag herangezogen werden, der bis zur Eigentumsumschreibung auf ihn gegenüber der Gemeinde entstanden ist (s. nur *Oehler*, KAG, Art. 5 Ziff. 2.2.). Bei einem Kaufvertrag über eine nicht vermessene Teilfläche empfiehlt es sich deshalb, eine entsprechende Regelung aufzunehmen, falls eine bescheidsmäßige Abwicklung nicht mehr möglich ist (s. dazu *Grziwotz*, ZNotP 1998, 100/103 mit Musterformulierung). Aus diesem Grund handelt es sich, wenn die Beitragsschuld bereits bei der Gemeinde entstanden ist, hinsichtlich der Grunderwerbsteuer auch bei vereinbarten „Vorauszahlungen" um eine grunderwerbsteuerpflichtige Kostenerstattung, da keine Leistung auf eine eigene künftige Beitragsschuld, sondern die längst entstandene der Gemeinde erfolgt (ausführlich *Grziwotz*, DStR 1994, 1014/1018 u. *Sack*, in: *Boruttau*, GrEStG, 14. Aufl. 1997, § 9 Rdnr. 290; vgl. auch *Hofmann*, GrEStG, 6. Aufl. 1996, § 8 Rdnr. 7 ff. u. *Pahlke/Franz*, GrEStG, 1995, § 8 Rdnr. 14 ff.). Im Hinblick auf die bis zur Entscheidung vergangene Zeit dürfte die Betragspflicht längst bei der Gemeinde entstanden sein, so daß für eine „echte Vorauszahlung" auf die KAG-Beiträge kein Raum mehr ist. Dieses auch für die Kostenbewertung entscheidungserhebliche Problem wurde vom BayObLG leider nicht gesehen.

d) Die Entscheidung des BayObLG ist aus den vorgenannten Gründen hinsichtlich des zu entscheidenden (nicht genügend ermittelten) Sachverhalts abzulehnen.

2. Entschieden hat das BayObLG ausweislich seines Leitsatzes den fiktiven Fall, wie vertraglich vereinbarte Vorauszahlungen in Grundstückskaufverträgen mit Gemeinden bei der Geschäftswertermittlung zu berücksichtigen sind.

Vertragliche Vereinbarungen über Vorausleistungen auf die Erschließungsbeiträge nach dem BauGB sind zulässig (s. nur *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 133 Rdnr. 42). Gleiches gilt auch für die Beiträge nach Art. 5 KAG (s. nur *Ecker*, Kommunalabgaben in Bayern, Ziff. 4.1.39). Auch die vertraglich vereinbarte Vorauszahlung, die allerdings wiederum nicht als öffentliche Last auf dem Grundstück ruht (BVerwG, DVBl. 1982, 543), ist ihrem Wesen nach ein vorgezogener Beitrag. Hierbei hat es im Bereich der Erschließungsbeiträge nach dem BauGB auch sein Bewenden. Insoweit verbleibt es zwar dabei, daß der Grundstückskäufer auf seine künftige Beitragsschuld bezahlt. Allerdings liegen die gesetzlichen Voraussetzungen zur bescheidsmäßigen Erhebung (§ 133 Abs. 3 BauGB) regelmäßig bereits mangels Eigentumsumschreibung auf den Käufer noch nicht vor (vgl. *Richarz/Steinfort*, Erschließung in der kommunalen Praxis, 1994, S. 77 m.w.N.) Aus diesem Grund erfolgt die Vereinbarung einer Vorauszahlung abweichend von den gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. *Quaas*, a.a.O., § 133 Rdnr. 40; *Grziwotz*, Baulanderschließung, 1993, S. 309 ff. u. *ders*. JuS 1998, erscheint demnächst). Es handelt sich also nicht um eine Leistung, die der Käufer ohnehin aufgrund gesetzlicher Vorschrift zu tragen hat Das Gegenteil ist vielmehr richtig: Der Käufer ist derzeit nicht verpflichtet, eine Vorausleistung zu erbringen (vgl. Auf der Straße, SächsVBl. 1998, 40/43). Ein entsprechender Bescheid der Gemeinde wäre rechtswidrig. Dementsprechend hat das OLG Hamm, FGPrax 1995, 125, 126 (= JurBüro 1995, 595 [= MittBayNot 1995, 327]), in einem ähnlichen Fall die Zahlung an die Gemeinde als Sicherheitsleistung angesehen und den Geschäftswert nach dem Betrag der zu sichernden Forderung bestimmt. Es befindet sich damit in Übereinstimmung mit der verwaltungsgerichtlichen Streitwertfestsetzung bei Streitigkeiten über Vorausleistungsbescheide (vgl. Streitwertkatalog i.d.F. v. Jan. 1996, II. 2.1, abgedruckt bei *Kopp/Schenke*, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 189 u. *Eyermann*, VwGO, 10. Aufl. 1998, Anh. 1).

Abweichungen können sich wiederum im Bereich der KAG-Beiträge ergeben. Tritt insoweit noch die Beitragsschuld bei der Gemeinde ein, handelt es sich trotz der Bezeichnung als Vorausleistung um eine Erstattung von Beiträgen, die sich die Gemeinde selbst in Rechnung stellen muß. Für die Kostenbewertung kommt es auf diese abgabenrechtlichen Vorgaben an. Dabei dürfte von einer Prognose nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auszugehen sein.

3. Ergebnis: Dem Leitsatz des BayObLG wäre dann zu folgen, wenn „echte" Vorausleistungen auf die spätere Beitragsschuld des Grundstückskäufers erbracht würden. Dies ist aber typischerweise bei Vereinbarungen über Vorauszahlungen nach dem BauGB und dem KAG nicht der Fall. Bei vertraglichen Vorauszahlungen auf die KAG-Beiträge sind zudem die bayerischen abgaberechtlichen Besonderheiten zu beachten: Tritt die Beitragsschuld noch bei der Gemeinde ein, handelt es sich, ohne daß es auf die Streitfrage ankommt, – wie im Grunderwerbsteuerrecht – um eine voll zu bewertende Gegenleistung. Auch ein im Zusammenhang mit dem Kauf beurkundeter Ablösungsvertrag und eine Verpflichtung zu seinem Abschluß sind beim Geschäftswert in Höhe des Ablösungsbetrages dem Kaufpreis hinzuzurechnen, da insoweit grundsätzlich keine eigene gesetzliche Beitragspflicht des Erwerbers mehr entsteht. Das Ergebnis des BayObLG wird zudem bei den betroffenen Grundstückserwerbern wegen der regionalen und temporären Kostenunterschiede wohl nicht die von der Rechtsprechung erhoffte Zustimmung erfahren. Das BayObLG sollte deshalb nochmals die Gelegenheit erhalten, seine Entscheidung unter Beachtung der abgabenrechtlichen Vorgaben und verwaltungsgerichtlichen Praxis zu überprüfen.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

---

28. KostO § 39 Abs. 2, § 156 Abs. 5 *(Geschäftswert bei Hofübergabe mit Pflichtteilsverzichten weichender Geschwister)*

1. **Im Fall der Weisungsbeschwerde steckt die Beanstandungsverfügung der vorgesetzten Dienstbehörde die Grenzen des gerichtlichen Verfahrens ab.**
2. **Enthält die Hofübergabeurkunde auch einen Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister gegen Zahlung von „Gleichstellungsgeldern" durch die Übergeberin, die hierzu den Übernehmer verpflichtet, so ist die Beurkundung insoweit als Austauschvertrag i. S. des § 39 Abs. 2 KostO zu werten.**

BayObLG, Beschluß vom 16.10.1997 – 3Z BR 120/97 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Der beteiligte Notar beurkundete am 17.2.1994 einen Vertrag „Übergabe eines Unternehmens", nach dem die Mutter des Beteiligten an diesen die Einzelfirma X mit allen Aktiven und Passiven, insbesondere dem gesamten zum Betriebsvermögen gehörenden Grundbesitz, übertrug. Der Übernehmer verpflichtete sich, als Gegenleistung an die Übergeberin als dauernde Last eine monatliche Zahlung von 2 000 DM auf Lebensdauer zu leisten sowie an seine – an der Vertragsbeurkundung ebenfalls beteiligten – Geschwister A und

B Gleichstellungsgelder in Höhe von 560 000 DM und 500 000 DM auszuzahlen. Alle drei Kinder verzichteten auf ihr gesetzliches Pflichtteilsrecht gegenüber ihrer Mutter.

Für die Beurkundung stellte der Notar der Firma X aus einem Gesamtgeschäftswert von 4 328 000 DM, der sich aus der Summe der Aktiva zuzüglich „Verkehrswert Grundbesitz“ in Höhe von 3 268 000 DM und dem Wertposten „Gleichstellung“ von 1 060 000 DM zusammensetzte, Gebühren und Auslagen in Höhe von insgesamt 16 796,56 DM in Rechnung.

2. Die Notarkasse wendet sich gegen den Geschäftswert der mit „Gleichstellung“ bezeichneten Position, die den Wert der Pflichtteilsverzichte der weichenden Geschwister betreffen soll. Sie vertritt die Auffassung, der Wert der Pflichtteilsverzichte der weichenden Geschwister sei nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen. Nur dann, wenn eine Hinauszahlungsverpflichtung ausdrücklich als Gegenleistung für den Verzicht zwischen Übergeber und verzichtenden Geschwistern des Übernehmers vereinbart werde, sei nach § 39 Abs.2 KostO der Geschäftswert für den Verzichtsvertrag nach dem höheren Wert der beiderseitigen Leistungen zu bestimmen. Ein Austauschvertrag (Zuwendung des Hinauszahlungsanspruches in Höhe von insgesamt 1 060 000 DM gegen Pflichtteilsverzicht) dürfe hier nicht angenommen werden. Ein entsprechender Zuwendungsvertrag zwischen Mutter und den weichenden Geschwistern sei nicht beurkundet.

Der Notar vertritt demgegenüber den Standpunkt, die Zuwendung der Gleichstellungsgelder stelle keine unentgeltlichen Zuwendungen des Übernehmers dar, sondern im Verhältnis zwischen Übergeber und weichenden Erben Zuwendungen des Übergebers dafür, daß die weichenden Erben Pflichtteilsverzichte erklären. Es liege somit zwischen Übergeber und weichenden Erben ein Austauschvertrag vor. Für die Wertbestimmung der Pflichtteilsverzichte sei dann, wenn wie hier die erfolgte Auszahlung höher ist, dieser Betrag maßgebend.

Der Präsident des Landgerichts hat den Notar „bezugnehmend auf den Prüfungsbericht der Prüfungsabteilung der Notarkasse“ angewiesen, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Dementsprechend hat der beteiligte Notar die Entscheidung des Landgerichts beantragt.

3. Das Landgericht hat die Weisungsbeschwerde des Notars gegen seine Kostenberechnung vom 17.2.1994 zurückgewiesen; die weitere Beschwerde hat es zugelassen.

4. Der Präsident des Landgerichts hat den beteiligten Notar angewiesen, gegen den Beschluß des Landgerichts weitere Beschwerde einzulegen. Dementsprechend hat der Notar weitere Beschwerde eingelegt. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. (…)

a) Der Gegenstand der Entscheidung in einem Verfahren nach § 156 KostO wird durch die Beanstandung des (Erst-)Beschwerdeführers bestimmt (BayObLGZ 1987, 186/190 [= MittBayNot 1987, 270] und 341 [= MittBayNot 1987, 274]; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* – nachfolgend *Korintenberg* – KostO 13. Aufl. § 156 Rdnr. 58 f. und 88; *Schneider* Die Notarkosten-Beschwerde S. 38, 40 und 122). Im Fall der Weisungsbeschwerde steckt die Beanstandungsverfügung der vorgesetzten Dienstbehörde im Bereich der „Einwendungen gegen die Kostenberechnung“ (§ 156 Abs.1 Satz 1 KostO) die Grenzen des gerichtlichen Verfahrens ab (OLG Celle Nds.Rpfl. 1960, 179/180). Nur die in der Anweisungsverfügung beanstandeten Punkte unterliegen der Nachprüfung des Gerichts (BayObLGZ 1986, 229/234 [= MittBayNot 1986, 212 (nur Leitsatz)]; BayObLG JurBüro 1989, 226/227 [= MittBayNot 1989, 42]; OLG Celle a.a.O.). Das gilt auch im Rechtsbeschwerdeverfahren.

Vorliegend läßt die Anweisung des Landgerichtspräsidenten zur Einlegung der weiteren Beschwerde in Verbindung mit der Anweisung in der Erstbeschwerdeinstanz und unter Berücksichtigung der ergangenen Entscheidung des Landgerichts erkennen, daß die Kostenberechnung des Notars nur insoweit beanstandet wird, als der ihr zugrunde gelegte Geschäftswert nicht den von der Notarkasse in deren Prüfungsbericht und den Nachtragsberichten dargelegten Grundsätzen entspricht. Die Notarkasse wendet sich gegen den Geschäftswert der in der Notarkostenberechnung mit „Gleichstellung“ bezeichneten Position, die den Wert der Pflichtteilsverzichte der weichenden Geschwister des Beteiligten betrifft. Sie hält eine Bewertung nach § 30 Abs.1 KostO anstelle der vom Notar angewendeten Regelung eines Austauschvertrages gemäß § 39 Abs. 2 KostO und damit einen niedrigeren Geschäftswert für zutreffend.

Diese Beanstandung bildet allein den Gegenstand des weiteren Beschwerdeverfahrens. Die – von allen Beteiligten bejahte – Frage, ob die Pflichtteilsverzichte der Geschwister im Verhältnis zur Übergabe des Unternehmens gegenstandsverschieden i.S. des § 44 Abs. 2 Buchst. a KostO sind, und die Frage der Kostenschuldnerschaft des Übernehmers insoweit, dürfen nicht mehr nachgeprüft werden.

b) Der Senat folgt der Auffassung des Landgerichts, daß die Urkunde vom 17.2.1994 auch die Beurkundung eines Austauschvertrages i.S. des § 39 Abs.2 KostO zwischen der Mutter des Beteiligten als Übergeberin und ihren beiden mit Geldbeträgen abgefundenen weiteren Kindern enthält. Die Übergeberin nimmt zur Ermöglichung der Übergabe an den Beteiligten den Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister entgegen; sie zahlt als Gegenleistung durch die Leistung des übernehmenden Sohnes, der sich ihr gegenüber hierzu verpflichtet hat, die weichenden Geschwister „hinaus“. Eine solche vertragliche Gestaltung hat das Landgericht zu Recht als Austauschvertrag im kostenrechtlichen Sinn gewertet (vgl. *Rohs/Wedewer* Rdnr. 14, *Korintenberg* Rdnrn. 6 und 24, je zu § 39).

2. Da die „Gleichstellungsgelder“ nach den Darlegungen des Notars die höhere Leistung i.S. des § 39 Abs. 2 KostO darstellen, hat der Notar seine Beurkundung insoweit zutreffend bewertet. Die weitere Weisungsbeschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist zurückzuweisen.

Anmerkung:

Die vorstehende Entscheidung befaßt sich mit der in der notariellen Praxis häufig diskutierten Frage, wie die Bewertung eines Pflichtteilsverzichts weichender Erben gegen Hinauszahlung von „Gleichstellungsgeldern“ im Rahmen eines Übergabevertrages zu bewerten ist. Die Prüfungsabteilung der Notarkasse vertrat bisher die Auffassung, daß der Wert eines Pflichtteilsverzichts, den die Geschwister des Übernehmers im Hinblick auf Hinauszahlungen des Übernehmers abgeben, stets nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen ist und die Hinauszahlungsbeträge nicht als Geschäftswert für den Verzicht herangezogen werden können (Streifzug durch die KostO 4. Auflage Rdnrn. 855, 856). Die Prüfungsabteilung vertrat allerdings auch bisher schon die Auffassung, daß dann, wenn eine Hinauszahlungsverpflichtung ausdrücklich als Gegenleistung für den Verzicht zwischen Übergeber und verzichtenden Geschwistern des Übernehmers vereinbart wird, Wertbestimmung nach § 39 Abs. 2 KostO vorzunehmen ist.

Das BayObLG geht einen Schritt weiter. Es hält bereits dann einen Austauschvertrag zwischen Übergeber und weichenden Erben für gegeben, wenn die Zahlung der Gleichstellungsgelder durch den Übernehmer erfolgt, der sich seinerseits dem Übergeber gegenüber hierzu verpflichtet hat. Bei dieser Fallgestaltung, bei der die Pflichtteilsverzichte der weichenden Erben ausdrücklich an die Zahlung von Geldbeträgen ge-

knüpft sind, ist der Wert der Vereinbarung nach § 39 Abs. 2 KostO zu bestimmen, also entweder mit dem Hinauszahlungsbetrag oder, wenn höher, nach dem Wert der Verzichte. Die Beurkundung einer – unmittelbaren – Hinauszahlungsverpflichtung des Übergebers an die verzichtenden Geschwister des Übernehmers setzt das BayObLG für die Anwendung des § 39 Abs. 2 KostO offensichtlich nicht voraus.

Ausreichend für die Bewertung als Austauschvertrag ist also, daß die weichenden Geschwister als Gegenleistung für ihren Verzicht Geldbeträge erhalten, gleich, ob diese vom Übergeber unmittelbar oder auf Veranlassung des Übergebers vom Übernehmer entrichtet werden. Dies kann zur Folge haben, daß die Hinauszahlungsbeträge unter Beachtung des jeweiligen Austauschverhältnisses sowohl beim Übergabevertrag (als Gegenleistung des Übernehmers) als auch beim Verzichtsvertrag (als Leistung des Übergebers) anzusetzen sind.

Die Prüfungsabteilung kann im Hinblick auf die Entscheidung des BayObLG ihre bisherige Auffassung zur Bewertung von Pflichtteilsverzichten weichender Geschwister gegen Entgelt im Rahmen von Übergabeverträgen nicht mehr beibehalten und bittet die Notarinnen und Notare im Bereich der Notarkasse um künftige Beachtung bei gleichgelagerten Bewertungsfällen.

Unverändert ist jedoch die Auffassung der Prüfungsabteilung zur Bewertung von Pflichtteilsverzichten oder Verzichten auf Pflichtteilsergänzungsansprüche, wenn die Zahlungen an die weichenden Geschwister bereits vor Beurkundung des Übergabevertrages geleistet wurden bzw. die Geschwister erklären, für ihre sämtlichen derartigen Ansprüche abgefunden zu sein. Es liegt hier kein Austauschvertrag vor, der Geschäftswert der Verzichte ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen (Streifzug Rdnr. 272, 854). Im Regelfall dürfte hierfür nur ein geringer Wertansatz in Betracht kommen.

Hinzuweisen ist, daß Gegenstand des Kostenverfahrens nur die Frage der Geschäftswertbestimmung war. Das BayObLG hat dazu festgestellt, daß die von allen Verfahrensbeteiligten bejahte Frage, ob die Pflichtteilsverzichte der Geschwister im Verhältnis zur Übergabe gegenstandsverschieden i.S. des § 44 Abs. 2 a) KostO sind, und die Frage der Kostenschuldnerschaft des Übernehmers insoweit, nicht nachgeprüft werden durften.

Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

---

29. KostO §§ 19, 20 Abs. 1 *(Geschäftswert bei Kaufvertrag)*

1. **Da der Kaufpreis eines Grundstücks im allgemeinen dessen Wert gleichkommt, ist für die Bestimmung des Geschäftswerts der Grundstückswert nur dann zu ermitteln, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß in dem nach § 18 KostO maßgebenden Zeitpunkt der Kaufpreis nicht annähernd so hoch ist, wie der nach allgemeinen Grundsätzen festgestellte Grundstückswert.**
2. **Der Wert von Industriegrundstücken macht in der Regel wegen des eingeengten Interessentenkreises von vorneherein nur einen Bruchteil des nach allgemeinen Grundsatzen zu ermittelnden Werts aus.**

BayObLG, 3. Zivilsenat, Beschluß vom 8.4.1998 – 3 Z BR 354/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Mit notarieller Urkunde vom 30.6.1994 kaufte die Beteiligte zu 1) von dem Konkursverwalter über das Vermögen der Firma X zwei Grundstücke (Fabrikgebäude und Hofraum, Bauplatz). Der Kaufpreis betrug 5 Mio. DM und setzte sich aus den Teilposten 90 000 DM für Grund und Boden, 4 905 000 DM für Gebäude und bauliche Anlagen sowie 5 000 DM für Außenanlagen zusammen. Nach der Präambel des Kaufvertrags beabsichtigte die Beteiligte zu 1) das unbewegliche und bewegliche Anlagevermögen des Werkes, diverse Maschinen sowie Vorräte zu erwerben, um die dort betriebene Fertigung weiterzuführen.

Mit Kostenansatz vom 18.9.1995 stellte der Kostenbeamte des Grundbuchamts der Beteiligten zu 1), ausgehend von einem Geschäftswert von 5 Mio. DM (Kaufpreis), für die Eintragung als Eigentümer, die Fortführung des Liegenschaftskatasters und die Löschung der Auflassungsvormerkung Kosten in Hohe von 15 600,50 DM in Rechnung, die gezahlt wurden.

Mit Kostenansatz vom 4.9.1996 setzte das Amtsgericht unter Erhöhung des Geschäftswerts auf nunmehr 15 Mio. DM Kosten in Höhe von 37 740,50 DM an und forderte unter Berücksichtigung bereits gezahlter 15 600 DM weitere 22 140 DM nach.

2. Mit notariellem Vertrag vom 20.12.1995 errichteten die Beteiligte zu 1) und weitere Gesellschaften die Beteiligte zu 2) als Gesellschaft bürgerlichen Rechts. In diese brachte die Beteiligte zu 1) die mit Kaufvertrag vom 30.6.1994 erworbenen Grundstücke ein.

Mit Kostenansatz vom 2.4.1996 stellte der Kostenbeamte des Grundbuchamts der Beteiligten zu 2), ausgehend von einem Geschäftswert von 5 Mio. DM, für die Eintragung als Eigentümerin Kosten in Höhe von 9 893 DM in Rechnung, die gezahlt wurden.

Mit Kostenansatz vom 4.9.1996 setzte das Amtsgericht unter Erhöhung des Geschäftswerts auf 14,1 Mio. DM Kosten in Höhe von 23 160,80 DM an und forderte unter Berücksichtigung bereits gezahlter 9 893 DM weitere 13 267,80 DM nach.

3. Gegen die beiden Kostenansätze vom 4.9.1996 legten die Beteiligten zu 1) und 2) Erinnerungen ein, welche die Rechtspflegerin des Amtsgerichts zurückwies. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Verkauf der Grundstücke für 5 Mio. DM sei weit unter Wert erfolgt, weshalb der Kaufpreis nach § 20 Abs.1 Satz 2 KostO für die Wertfestsetzung nicht maßgebend sein könne. Nach den für die Grundstücksbewertung entwickelten allgemeinen Grundsätzen sei von einem Gebäudewert von 15 030 000 DM und einem Bodenwert von 3 130 000 DM auszugehen. Unter Berücksichtigung eines Sicherheitsabschlags von 20% beim Gebäudewert ergebe sich ein Geschäftswert von rund 15 Mio. DM. Die Summe der in Abteilung III eingetragenen Belastungen mit 16,2 Mio. DM spräche ebenfalls für diesen Wert.

Gegen den Beschluß des Amtsgerichts legten die Beteiligten zu 1) und 2) Erinnerungen ein.

Rechtspflegerin und Grundbuchrichterin haben den Erinnerungen nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat die Beschwerden der Beteiligten zu 1) und 2) zurückgewiesen. Die hiergegen gerichteten weiteren Beschwerden führten zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

Aus den Gründen:

a) Der Wert der Eintragung des Eigentümers, aber auch die Bewertung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung (BayObLGZ 1982, 15/17) bestimmen sich nach den Vorschriften der § 18 ff. KostO. Nach allgemeiner Meinung gilt § 20 KostO, wenn wie hier ein Grundstückskauf vorliegt, auch für die Eintragung des Käufers als Eigentümer (BayObLG JurBüro 1982, 1548/1549) und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung (BayObLGZ a.a.O.). Maßgebend ist daher nach § 20 Abs.l Satz 1 KostO zunächst der Kaufpreis. Ist allerdings der Kaufpreis niedriger als der nach § 19 KostO festzustellende Wert, so ist nach § 20 Abs. 1 Satz 2 KostO die-

ser heranzuziehen. Nach dem Gesetzeswortlaut ist demnach jeweils ein Vergleich zwischen dem Kaufpreis und dem Wert des Grundstücks nach § 19 KostO anzustellen und der höhere Wert als Geschäftswert zugrunde zu legen. Da jedoch der Kaufpreis im allgemeinen dem Wert der gekauften Sache gleichkommen wird, soll für den Normalfall die Bestimmung des Geschäftswerts dadurch vereinfacht werden, daß der Wert der verkauften Sache nicht eigens festgestellt werden muß. Um diesem Vereinfachungszweck des § 20 Abs.1 Satz 1 KostO Rechnung zu tragen, ist der Wert der Sache nur festzustellen, wenn deutlich zutage tritt, daß in dem nach § 18 Abs.1 KostO maßgebenden Zeitpunkt der Kaufpreis nicht annähernd so hoch ist wie der sich bei Anwendung des § 19 KostO ergebende Wert der Sache (BayObLGZ 1974, 422/425 [= MittBayNot 1975, 36]; BayObLG JurBüro 1995, 432/433 m.w.N [= MittBayNot 1995, 409]).

b) Die Staatskasse und das Landgericht sehen einen derartigen Anhaltspunkt für einen augenscheinlich höheren Wert der Sache darin, daß der nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. BayObLGZ 1972, 297 [= MittBayNot 1972, 311]) ermittelte Grundstückswert wesentlich höher sei als der bei einer Veräußerung aus einer Konkursmasse erzielte Kaufpreis.

Staatskasse und Landgericht berücksichtigen bei der Ermittlung des Grundstückswerts jedoch nicht, daß es sich bei dem Kaufgegenstand um reine Betriebsgrundstücke handelt, auf denen Gebäude für die Fertigung spezieller Gegenstände errichtet sind, die für andere Zwecke kaum zu nutzen sind und nach der Präambel der Kaufurkunde vom 30.6.1994 auch nicht genutzt werden sollten. Derartige Grundstücke besitzen – schon wegen des eingeengten Interessentenkreises – einen eingeschränkten allgemeinen Verkehrswert (vgl. für Kraftwerke OLG Frankfurt Rpfleger 1977, 380 und OLG Karlsruhe Rpfleger 1978, 70; für ein mit einem Altenheim bebautes Grundstück BayObLG JurBüro 1995, 432/433 [= MittBayNot 1995, 409]; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 19 Rdnr. 2 b Fn.4). Der Wert solcher Grundstücke macht in der Regel von vorneherein nur einen Bruchteil des nach allgemeinen Grundsätzen zu ermittelnden Werts aus. Hinsichtlich des Kaufpreises ist die Tatsache, daß es sich um ein Konkursgrundstück handelt, deshalb hier nicht ausschlaggebend. Die in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Grundstücksbelastungen können wegen der Zubehörhaftung zur Zeit ihrer Bestellung zur Wertermittlung nur sehr bedingt herangezogen werden, zumal die Gläubiger der Löschung ihrer Grundschulden – deren Valutierung allerdings nicht festgestellt ist – im Rahmen des vorliegenden Verkaufs zugestimmt haben.

c) Wegen der Beschaffenheit der verkauften Grundstücke sind somit aus dem nach allgemeinen Grundsätzen ermittelten Grundstückswert keine zureichenden Anhaltspunkte dafhr herzuleiten, daß der Kaufpreis den Wert der Grundstücke nicht annähernd erreicht. Einen gewissen Anhaltspunkt für einen den Kaufpreis deutlich übersteigenden Wert könnten allerdings die Angaben der Beteiligten in Abschnitt II des Vertrages vom 20.12.1995 bieten, wo sie die Leistung der Einlagen gemäß § 9 UStG als steuerpflichtig behandeln und als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer den Verkehrswert der beiden Grundstücke in Höhe von rund 80% der Einheitswerte mit 10 Mio. DM angeben. Das Landgericht hatte sich insoweit jedoch nicht mit der bloßen Feststellung der Tatsachen begnügen dürfen; es hatte vielmehr gemäß § 12 FGG Ermittlungen durchführen müssen, wie die Beteiligten zu diesen Angaben gekommen sind und ob es nicht andere Erklärungen hierfür geben kann.

2. Da somit vor der abschließenden Entscheidung weitere Ermittlungen erforderlich sind, kann der Senat in der Sache nicht selbst entscheiden. Unter Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung ist die Sache deshalb an das Landgericht zurückzuverweisen.

Steuerrecht

30. GewStG § 2; EStG § 15 Abs. 2 *(Gewerblicher Grundstückshandel bei nur einem „Großobjekt“)*

Der Erwerb eines Grundstücks, dessen anschließende Bebauung mit einem Sechsfamilienhaus und die hiermit in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang stehende Veräußerung führen zu Einkünften aus Gewerbebetrieb („gewerbliche Bauunternehmung“)

BFH, Urteil vom 14.1.1998 – X R 1/96 –

Aus dem Tatbestand:

Der Ehemann der Klägerin – A. B. – ist Malermeister. Er betrieb bis Mitte des Jahres 1982 ein Malergeschäft als Einzelunternehmer. Seit diesem Zeitpunkt wird das Unternehmen aufgrund einer Betriebsaufspaltung von der A. B.-GmbH (im folgenden: GmbH) fortgeführt, an welcher A. B. zu 55 v.H. und drei Söhne zu je 15 v.H. beteiligt sind.

Mit Vertrag vom 1.6.1981 hatte A. B. den Bauplatz P-Straße in S zum Kaufpreis von 23 460 DM erworben. Der Erwerb wurde am 7.9.1981 im Grundbuch eingetragen. Am 6.11.1981 wurde die Aufhebung des Kaufvertrages und der Auflassung beurkundet. Sodann verkaufte der ursprüngliche Eigentümer das Grundstück an die Klägerin.

Bereits am 30.10.1981 hatte die Klägerin einen Antrag auf Baugenehmigung eines Vierfamilienhauses auf dem genannten Grundstück eingereicht. Das mit Bescheid vom 11.1.1982 genehmigte Bauvorhaben wurde im Juni 1982 um den Bau zweier weiterer Wohnungen im Dachgeschoß erweitert. Die Klägerin vergab verschiedene Gewerke an Bauunternehmen. Einen erheblichen Teil der Bauarbeiten führten ihre Familienangehörigen unentgeltlich aus. Die von der Klägerin aufgewendeten Herstellungskosten beliefen sich auf 391 930,71 DM. Es entstanden Finanzierungsaufwendungen und sonstige Kosten (Grundsteuer, Gebäudeversicherung usw.) in Höhe von 925 DM (1981), 6 830 DM (1982) und 18 392 DM (1983). Die Stadt S erteilte mit Bescheid vom 22. 8.1983 eine Abgeschlossenheitsbescheinigung für insgesamt sechs Wohnungen.

Mit notariellem Vertrag vom 5.9.1983 veräußerte die Klägerin das zu diesem Zeitpunkt noch ungeteilte Grundstück zum Preis von 700 000 DM an die GmbH. Diese übernahm ein Darlehen der Volksbank in Höhe von 100 000 DM. Ebenfalls am 5.9.1983 wurde die Aufteilungserklärung für sechs Eigentumswohnungen durch die GmbH notariell beurkundet. Die GmbH veräußerte die Wohnungen wie folgt:

Vertrag vom 14.9.1983 Wohnung Nr. 3 für 149 000 DM,

Vertrag vom 15.9.1983 Wohnung Nr. 1 für 140 000 DM,

Vertrag vom 17.11.1983 Wohnung Nr. 4 für 182 000 DM,

Vertrag vom 25.11.1983 Wohnung Nr. 2 für 172 000 DM.

Die Wohnungen Nr. 5 und 6 befinden sich derzeit noch im Betriebsvermögen der GmbH.

Nach einer Außenprüfung vertrat der Beklagte, das Finanzamt – FA –, die Auffassung, die Klägerin habe sich mit den das Grundstück P-Straße betreffenden Rechtsgeschäften gewerblich betätigt. Es setzte mit Bescheid vom 29.8.1988 für das Streitjahr 1983 einen einheitlichen Gewerbesteuer-Meßbetrag in Höhe von 14 335 DM fest. Auf den hiergegen eingelegten Einspruch hin ermäßigte das FA den Gewerbesteuer-Meßbetrag auf 11 120 DM. Im übrigen hatte der Einspruch keinen Erfolg.

Das Finanzgericht (FG), vgl. EFG 1996, 107, hat der Klage stattgegeben.

Die Revision wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

1. Das FG hat im Ergebnis zu Recht angenommen, daß die Klägerin mit dem Ankauf des unbebauten Grundstücks, der Bebauung und der Veräußerung des bebauten Grundstücks nach Art einer gewerblichen Bauunternehmerin/Bauträgerin tätig geworden ist. Der hier zu beurteilende Erwerbsvorgang, die Bebauung des Grundstücks sowie die bei Ankauf und Bebauung zumindest bedingt beabsichtigte zeitnahe Veräußerung, die in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang miteinander stehen, erfüllen den Tatbestand des § 15 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG).

2. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG) unterliegt der Gewerbesteuer jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird. Unter Gewerbebetrieb ist ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des EStG zu verstehen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG). Die Tätigkeit muß die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 EStG erfüllen und darf sich nach den Umständen des Einzelfalls nicht als private Vermögensverwaltung darstellen. Die Absicht, gewerbliche Gewinne zu erzielen, muß durch eine Tätigkeit verfolgt werden, die nach allgemeiner Auffassung als unternehmerisch gewertet wird (Beschluß des Großen Senats des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 17.1.1972 GrS 10/70, BFHE 106, 84, BStBl II 1972, 700, unter II. 2.). Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und der nicht steuerbaren Sphäre ist auf das Gesamtbild der Verhältnisse und auf die Verkehrsanschauung abzustellen. In Zweifelsfällen ist maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist (Beschluß des Großen Senats des BFH vom 3.7.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, 90, BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492], unter C. I.).

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten, wenn die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt (Beschluß in BFHE 178, 86 BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492], unter C. I.).

3. Die Rechtsprechung legte mit der Formel von der „Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung" Gewicht auf die Gewinnerzielung durch den An- und Verkauf von Grundstücken, mithin den Grundstücks-"Handel" im eigentlichen Wortsinne. Die neuere Rechtsprechung betont indes die eigenständige rechtliche Bedeutung der zum Kernbereich der gewerblichen Betätigung gehörenden Produktion von Gütern für Zwecke des Verkaufs.

a) Der Große Senat des BFH hat in seinem Beschluß in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492] (unter C. II. 2.) entschieden: Die „Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung, Verkauf)" haben für die Beurteilung am Maßstab des § 15 EStG eine indizielle Bedeutung. „Die von der Rechtsprechung entwickelten Beweisanzeichen dienen dem Zweck, eine die Gleichheit der Rechtsanwendung gewährleistende Zuordnung zum ‚Bild des Gewerbebetriebes' – der Handel mit Grundstücken durch marktmäßigen Umschlag erheblicher Sachwerte sowie die Bauunternehmung – bzw. zur privaten Vermögensverwaltung zu ermöglichen."

b) Im Anschluß hieran hat der erkennende Senat durch Urteil vom 24.1.1996 X R 255/93 (BFHE 180, 51, BStBl II 1996, 303 [= MittBayNot 1996, 326] ausgeführt: Die Bebauung eines Grundstücks des Privatvermögens *ohne* Absicht der Veräußerung ist auch dann private Vermögensverwaltung, wenn dies in großem Umfang geschieht und hierbei erhebliche Fremdmittel eingesetzt werden. Hingegen liegt eine gewerbliche Tätigkeit vor, wenn der Bauherr „nach Art eines Bauträgers/Bauunternehmers" zwei gewerbliche Großobjekte (Supermarktgebäude) errichtet, sofern er jedenfalls im Zeitpunkt der Bebauung die zumindest bedingte Absicht einer Veräußerung hat. Die Gesamtheit dieser Tätigkeiten stellt sich unter besonderer Berücksichtigung der Bebauung für Zwecke der Veräußerung nicht als Fruchtziehung aus zu erhaltenden Vermögenswerten dar. Die Gewerblichkeit ergibt sich hier nicht lediglich aus der wiederholten Anschaffung und Veräußerung von Wirtschaftsgütern im Sinne eines marktmäßigen Umschlags von Sachwerten. Die Errichtung von gewerblich genutzten Gebäuden der in jenem Fall zu beurteilenden Größenordnung zum Zwecke der Veräußerung entspricht dem Bild des „typischen" – produzierenden – Unternehmers, der eigeninitiativ tätig wird und Produktionsfaktoren – die eigene Arbeitsleistung, Eigen- und Fremdkapital, selbständig und nichtselbständig erbrachte Leistungen Dritter – zu marktfähigen Güter- und Dienstleistungsangeboten bündelt und sie auf eigenes Risiko am Markt absetzt. „Urbild" des auf dem Grundstücksmarkt tätigen Produzenten ist der Bauunternehmer. Auch der Große Senat hat in seinem Beschluß in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492] (unter C. II. 2.) den Bauunternehmer als Beispiel für den auf dem Grundstücksmarkt gewerblich tätigen Produzenten erwähnt. „Typischer" Gewerbetreibender bleibt der Unternehmer auch, wenn er auf einem ihm gehörenden Grundstück ein Gebäude errichtet und dieses bestimmungsgemäß verkauft.

Ergibt sich hiernach die Zuordnung zum „Bild des Gewerbebetriebes" bereits unter dem Gesichtspunkt der nachhaltigen und mit Gewinnerzielungsabsicht betriebenen „Produktion für den Markt", kann dieses Ergebnis nicht mehr aufgrund der Indizwirkung einer geringen Zahl von „Objekten" korrigiert werden.

4. Der erkennende Senat hält an den Rechtsgrundsätzen seines Urteils in BFHE 180, 51, BStBl II 1996, 303 [= MittBayNot 1996, 326] fest. Er erachtet darüber hinaus diese Grundsätze als auch für den vorliegend gegebenen Fall anwendbar, daß ein einziges Mehrfamilienhaus mit sechs Wohneinheiten in zumindest bedingter Absicht der Veräußerung errichtet und in zeitlichem Zusammenhang hiermit veräußert wird.

Die Bauausführung „in eigener Regie" zur Veräußerung von Neubauten gehört zum Kernbereich der „Bauunternehmung" (vgl. – in handelsrechtlicher Sicht – *Brüggemann* in Staub, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch 4. Aufl. 1982, § 1 Rdnr. 64). Die *Errichtung* auch nur eines einzigen Gebäudes kann nachhaltig i.S. des § 15 Abs. 2 EStG sein, weil für diese Annahme ausreicht, daß die Erledigung des Bauauftrags mehrere (Einzel-)Tätigkeiten erfordert (BFH-Urteil vom 23.2.1961 IV 313/59 U, BFHE 72, 533, BStBl III 1961, 194, zur Rechtslage bei Arbeitsgemeinschaften vor Einfügung des § 2a GewStG; allgemein zum Rechtsbegriff „nachhaltig" BFH-Urteil vom 21.8.1985 I R 60/80, BFHE 145, 33, 36 f., BStBl II 1986, 88).

Nur aufgrund dieser Auslegung der § 2 Abs. 1 GewStG, § 15 Abs. 2 EStG ist eine den Erfordernissen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes – GG –) genügende Erfassung aller Fälle einer gewerblichen Produktion von Gütern für den Markt möglich, wie sie vom Großen

Senat des BFH (Beschluß in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492]) gefordert wird. Errichtet jemand aufgrund entsprechender Verpflichtung auf einem dem Besteller gehörenden Grundstück ein Gebäude, ist er, da er sich insoweit als Bauunternehmer betätigt, gewerblich tätig. Dies muß erst recht der Fall sein, wenn er sich zusätzlich verpflichtet hat, den von ihm bebauten Grund und Boden zu übereignen. Nichts anderes gilt, wenn ein Bauunternehmer einen Bau „in eigener Regie" und auf eigene Rechnung zum Zwecke der Veräußerung errichtet.

5. Die Grundsätze über die Indizwirkung der sog. Drei-Objekt-Grenze stehen dieser Annahme schon deswegen nicht entgegen, weil die Klägerin ein Mietwohngebäude mit sechs Wohneinheiten errichtet und veräußert hat.

a) Nach der Rechtsprechung des BFH kommt der sog. gewerbliche Grundstücks-"Handel" in der Regel erst dadurch zustande, daß der Veräußerer eine Anzahl bestimmter Objekte (Einfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen – Wohneinheiten –) zuvor gekauft *oder bebaut* und sie in zeitlichem Zusammenhang hiermit veräußert hat (vgl. Beschluß des Großen Senats in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492]). Überwiegend ist bei der Anwendung der Drei-Objekt-Grenze zumeist nicht unterschieden worden zwischen den Fällen des Handels mit baulich unveränderten Objekten einerseits und den Fällen der unternehmerischen Wertschöpfung (Errichtung bzw. rechtlich gleichwertige Modernisierung von Wohnobjekten) in Veräußerungsabsicht (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 14.3.1989 VIII R 373/83, BFHE 158, 214, BStBl II 1990, 1053; vom 14.3.1989 VIII R 96/84, BFH/NV 1989, 784; vom 1.12.1989 III R 56/85, BFHE 159, 167, BStBl II 1990, 1054; vom 20.11.1990 VIII R 15/87, BFHE 163, 66, BStBl II 1991, 345; vom 11.3.1992 XI R 17/90, BFHE 167, 401, 403, BStBl II 1992, 1007; vom 12.7.1991 III R 47/88, BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143; vom 28.10.1993 IV R 66-67/91, BFHE 173, 313, BStBl II 1994, 463; vom 30.6.1993 XI R 38, 39/91, BFH/NV 1994, 20; ausdrücklich auch BFH-Urteil vom 23.4.1996 VIII R 27/94, BFH/NV 1997, 170, 173, a.A. FG des Saarlandes, Urteil vom 28.2.1992 1 K 152/91, EFG 1992, 407). Eine private Vermögensverwaltung hat der BFH im Urteil in BFHE 159, 167, BStBl II 1990, 1054 auch dann angenommen, wenn sich der Veräußerer den Erwerbern gegenüber zur schlüsselfertigen Bebauung zweier Grundstücke verpflichtet hatte.

b) Die bisherige Rechtsprechung hatte offengelassen, ob die „Drei-Objekt-Grenze" nur für sog. „Wohneinheiten" – Einfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser und Eigentumswohnungen (vgl. Großer Senat, Beschluß in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492], unter C. II. 2.) – gilt. Der XI. Senat hatte in seinem Beschluß vom 2.9.1992 XI R 21/91 (BFHE 171, 31, BStBl II 1993, 668) nicht über die *Errichtung* von anderen Gebäuden als „Wohneinheiten" zu befinden (vgl. Senatsurteil in BFHE 180, 51, BStBl II 1996, 303 [= MittBayNot 1996, 326] unter 2. c). Auch zeitlich nach Ergehen des Beschlusses des Großen Senats in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617, der hierzu nicht Stellung genommen hatte, ist diese Frage höchstrichterlich nicht abschließend entschieden worden. Der IV. Senat hat in seinen Urteilen vom 7.12.1995 IV R 78, 81/94 (BFH/NV 1996, 535) und vom 7.3.1996 IV R 2/92 (BFHE 180, 121, 129 f., BStBl II 1996, 369) offengelassen, ob ein Mehrfamilienhaus *ein* „Objekt" im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung ist.

Zwar hat der VIII. Senat in seinem Urtell vom 23.4.1996 VIII R 27/94 (BFH/NV 1997, 170) ausgeführt, Objekt im Sinne der Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel sei „jedes einzelne Immobilienobjekt …, das selbständig veräußert und genutzt werden" könne. Auch ein – vom Steuerpflichtigen zeitnah zur Veräußerung errichtetes – Wohngebäude mit neun Wohnungen sei vor der Teilung in Eigentumswohnungen ein einziges Objekt im Sinne der „Drei-Objekt-Grenze"; erst die Teilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) schaffe die zivilrechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung selbständiger Wirtschaftsgüter. Die Art des Gebäudes und dessen Nutzung ließen keinen Schluß auf die für die Zuordnung zu einer Einkunftsart maßgebende Intensität und den Umfang dieser Tätigkeiten des Veräußerers zu. Diese Aussage war indes nicht entscheidungserheblich, da dieses Mietwohngebäude mit weiteren drei Objekten in einen gewerblichen Grundstückshandel einbezogen wurde und schon deswegen die Zahl von drei Objekten überschritten war.

c) Auch der erkennende Senat braucht nicht abschließend zu entscheiden, ob der *bloße An- und Verkauf* von anderen – insbesondere größeren – Objekten als Wohneinheiten gewerblich ist, wenn die Zahl von vier Objekten nicht erreicht ist, wie es etwa das Bundesministeriums der Finanzen (BMF) annimmt (Schreiben vom 20.12.1990 IV B 2 – S 2240 – 61/90, BStBl I 1990, 884, Rdnr. 9). Die Gleichheit der Rechtsanwendung (vgl. Großer Senat in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492], unter C. II. 2.) gebietet jedenfalls bei „Großobjekten" der hier zu beurteilenden Art eine Unterscheidung zwischen den Fällen des bloßen Handels und der unternehmerischen Wertschöpfung nach Art eines Bauunternehmers/Bauträgers.

6. Das Urteil des FG entspricht diesen Grundsätzen. Die Klägerin hat die Tatbestandsvoraussetzungen des 15 Abs. 2 EStG erfüllt. Mit umfangreichen, im vorstehend dargelegten Sinne nachhaltigen grundstücksbearbeitenden Tätigkeiten hat sie unter Einsatz von Fremdkapital und unter Inanspruchnahme von Dienstleistungen Dritter eine beabsichtigte Wertsteigerung erzielt, die rechtlich nicht mehr als bloße Frucht einer verwaltenden Nutzung vorhandenen Vermögens gewertet werden kann. Die auf Wertschöpfung gerichtete nachhaltige Tätigkeit erhält ihren Rechtscharakter als gewerblich zugleich aufgrund der Absicht, mit Veräußerung des geschaffenen Produkts am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilzunehmen. Die Grenze von der nichtsteuerbaren Vermögensverwaltung zur Gewerblichkeit ist damit überschritten.

Ist bei dem rechtlich gebotenen Abgleichen mit dem Typus des Bauträgers das Tatbestandsmerkmal „nachhaltig" (§ 15 Abs. 2 EStG) infolge der auf unternehmerische Wertschöpfung gerichteten koordinierten Bautätigkeit erfüllt, ist es unerheblich, daß die Verfügungsmacht über das „Produkt" dem Abnehmer in einem einmaligen Umsatzakt verschafft wird. Auch hat die Klägerin *mit ihrer Bautätigkeit* am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilgenommen.

7. Die Verfahrensrüge, die sich auf das Nichtvorliegen einer Wiederholungsabsicht und die Absicht bezieht, nur an die GmbH zu verkaufen, ist aus den vorgenannten Gründen des materiellen Rechts gegenstandslos.

Auch die weiteren Verfahrensrügen verhelfen der Revision nicht zum Erfolg. Die Tatsachenwürdigung des FG, daß die Klägerin schon beim Erwerb und der Bebauung des Grundstücks eine bedingte Absicht der Wiederveräußerung hatte, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Würdigung des FG ist möglich; ein Verstoß gegen die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze liegt nicht vor.

Ein die Veräußerungsabsicht indizierender zeitlicher Zusammenhang zwischen Ankauf bzw. Bebauung eines Grundstücks und dessen Veräußerung wird in der Regel angenommen, wenn die Zeitspanne zwischen der Errichtung des Gebäudes und dem Verkauf weniger als fünf Jahre beträgt (BFH-Urteil in BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143, m.w.N. der Rechtsprechung). Beträgt der Zeitabstand der für die Einstufung als gewerbliche Wertschöpfung maßgebenden Tätigkeiten wie im Streitfall nur zwei Jahre, sind an die Widerlegung der Vermutung strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BFH-Urteil vom 16. 4.1991 VIII R 74/87, BFHE 164, 347, BStBl II 1991, 844). Je kürzer der Zeitraum zwischen Erwerb und Veräußerung ist, um so eher ist davon auszugehen, daß ein Grundstück zum Zwecke der Veräußerung erworben worden ist. An die Widerlegung der Vermutung sind bei kurzen Zeitabständen „sehr strenge Anforderungen" zu stellen. Beträgt der Zeitabstand weniger als ein Jahr, ist „ohne weiteres davon auszugehen", daß zumindest auch die Ausnutzung des Vermögenswertes selbst in Erwägung gezogen war; dies ist für die Bejahung einer gewerblichen Betätigung ausreichend (BFH-Urteile in BFHE 164, 347, BStBl II 1991, 844; vom 21.5.1993 VIII R 10/92, BFH/NV 1994, 94, m.w.N.).

8. Hiernach kann dahingestellt bleiben, ob in der Zwischenschaltung der GmbH ein Scheingeschäft i.S. des § 41 der Abgabenordnung (AO 1977) oder ein Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO 1977) liegt (vgl. hierzu BFH-Urteil in BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143). Nach dieser Entscheidung kommt eine mißbräuchliche Gestaltung insbesondere dann in Betracht, wenn die in den Vertrieb eines – sofort oder wenig später parzellierten – Grundstücks eingeschaltete Gesellschaft im wesentlichen nur zu dem Zweck des Kaufs und Weiterverkaufs der Grundstücke gegründet worden ist und einen so hohen Kaufpreis gezahlt hat, daß von vornherein nur ein Verlust oder ein unerheblicher Gewinn aus dem Weiterverkauf zu erwarten war.

---

31. AO 1977 § 39 Abs. 2 Nr. 1; EStG § 4 Abs. 3, § 18 Abs. 1 *(Scheidungsklausel führt nicht zum Verlust des wirtschaftlichen Eigentums)*

Allein eine sog. Scheidungsklausel führt noch nicht dazu, daß der rechtliche Eigentümer sein wirtschaftliches Eigentum verliert (Abgrenzung zu BFH-Urteil vom 26.6.1990 VIII R 81/85, BFHE 161, 472, BStBl II 1994, 645).

BFH, Urteil vom 4.2.1998 – XI R 35/97 –

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) erzielt als Mitglied einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis, die er gemeinsam mit dem Arzt Dr. H (H) betreibt und die ihren Gewinn nach § 4 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) ermittelt, Einkünfte aus selbständiger Arbeit. Die Praxisräume befinden sich auf dem Grundstück W. Eigentümerin war zunächst die Mutter des Klägers, die mit Vertrag vom 31.8.1989 das Grundstück an dessen Ehefrau für 550 000 DM veräußerte. Das Geld für den Erwerb hatte der Kläger seiner Ehefrau geschenkt. Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten sollten am l.10.1989 auf die Ehefrau übergehen. Zeitgleich trat die Ehefrau in den zwischen der Mutter und der Gemeinschaftspraxis geschlossenen Mietvertrag ein.

Unter dem 27.10.1989 schlossen der Kläger und seine Ehefrau einen Ehevertrag, in dem diese sich verpflichtete, für den Fall der Beendigung des Güterstandes auf andere Weise als durch Tod das bebaute Grundstück unentgeltlich auf den Kläger zu übertragen. Zugleich bevollmächtigte sie den Kläger unwiderruflich zur Auflassung des Grundstücks und zur Eintragung einer Vormerkung. Im Fall der Durchführung eines Zugewinnausgleichs sollte der Wert des Grundstücks als Vermögen des Klägers gelten. Mit Vertrag vom 18.9.1996 haben der Kläger und seine Ehefrau die Scheidungsfolgenvereinbarung aufgehoben.

Aus den Gründen:

1. Im Streitfall geht es um die Frage, wem das Altgebäude und der Anbau zuzurechnen sind und wer die aus der Nutzung dieser Wirtschaftsgüter erzielten Einkünfte zu versteuern hat. Entgegen der Auffassung des FG ist bei den betrieblichen Einkunftsarten die Frage der Zurechnung vorrangig, da grundsätzlich der, dem das Wirtschaftsgut zuzurechnen ist, zur Nutzung berechtigt ist und die Erträge aus der Nutzung des ihm zuzurechnenden Wirtschaftsguts zu versteuern hat; die Nutzungsbefugnis und Einkünftezurechnung folgen aus der Stellung als rechtlicher oder wirtschaftlicher Eigentümer. Allerdings ist es dem Eigentümer unbenommen, unter bestimmten Voraussetzungen die Nutzungsbefugnis auf einen anderen zu übertragen; auch sind in Ausnahmefällen Gestaltungen denkbar, in denen ein Wirtschaftsgut ohne Wissen des rechtlichen Eigentümers genutzt wird.

2. Wirtschaftlicher Eigentümer ist der, der die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, daß er den rechtlichen Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann (vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 1 der Abgabenordnung – AO 1977 –), wer also die tatsächliche Herrschaft über die Sache auch gegen den Willen des rechtlichen Eigentümers auf Dauer ausüben kann. Die in § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO 1977 aufgeführten Beispiele lassen erkennen, daß es sich um Fälle handelt, in denen die formale (äußere) Rechtsmacht durch im Innenverhältnis gegebene Befugnisse begrenzt wird.

Regelmäßig ist der rechtliche Eigentümer auch der wirtschaftliche Eigentümer. Nur in besonders gelagerten Fällen fallen rechtliches und wirtschaftliches Eigentum auseinander, z.B. bei Treuhandverhältnissen, bei Sicherungseigentum, bei Eigenbesitz, in Leasing-Fällen oder bei der Verpflichtung zur Beseitigung eines Wirtschaftsguts (dazu Urteile des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 22.8.1994 I R 198/80, BFHE 142, 370, BStBl II 1985, 126; vom 8.6.1995 IV R 67/94, BFH/NV 1996, 101). Rechtliches und wirtschaftliches Eigentum sind hingegen nicht getrennt, wenn ein anderer als der rechtliche Eigentümer am Erlös aus der Veräußerung des Wirtschaftsguts beteiligt ist oder wenn die Verfügung über das (rechtliche) Eigentum in einzelnen Beziehungen (wie etwa durch eine Testamentsvollstreckung oder eine Vorerbschaft) beschränkt ist (vgl. BFH-Urteile vom 25.10.1951 III 225/51 U, BFHE 55, 567, BStBl III 1951, 229; vom 26.3.1987 IV R 20/84, BFHE 149, 557, BStBl II 1987, 561; *Fischer* in *Hübschmann/Hepp/Spitaler,* Abgabenordnung-Finanzgerichtsordnung, 10. Aufl., § 39 AO 1977 Rdnr. 48).

3. Nach diesen Grundsätzen ist im Streitfall das Altgebäude (nebst Grundstück), das bereits zu 35,4 % betrieblich genutzt wurde, der Ehefrau zuzurechnen. Dieses Gebäude hat die Ehefrau von ihrer Schwiegermutter durch notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 31.8.1989 erworben. Der Umstand, daß der Kläger seiner Ehefrau den Kaufpreis geschenkt hat, steht der Ausübung der rechtlichen und tatsächlichen Herrschaftsmacht an dem Altgebäude durch sie nicht entgegen. Die Schenkung der Mittel ist für den Erwerb des rechtlichen

Eigentums ohne Bedeutung; sie berührt auch nicht die Verfügungsbefugnis über das Grundstück im Verhältnis zum Schenker. Der BFH hat sogar Mietzahlungen an den Schenker des dazu verwendeten Geldes einkommensteuerrechtlich berücksichtigt (vgl. BFH-Urteil vom 23.2.1994 X R 131/93, BFHE 173, 551, BStBl II 1994, 694). Ebensowenig steht der notarielle Vertrag vom 27.10.1989 der Ausübung der tatsächlichen Herrschaftsmacht entgegen. Zwar verpflichtete sich die Ehefrau in dieser Vereinbarung, für den Fall der Beendigung des Güterstandes auf andere Weise als durch Tod, das Grundstück unentgeltlich auf den Kläger zu übertragen. Von dieser Beschränkung abgesehen, die weniger Gewicht hat als die, denen ein Vorerbe gemäß §§ 2100 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB – unterliegt, war die Ehefrau aber im übrigen nicht gehindert, das Grundstück nach Belieben zu nutzen und ggf. auch zu veräußern; allein eine sog. Scheidungsklausel begründet daher noch kein wirtschaftliches Eigentum des Schenkers bzw. des Begünstigten (so auch *Schmidt*, Einkommensteuergesetz, 16. Aufl., 1997, § 17 Rdnr. 51).

Diese Beurteilung steht nicht im Widerspruch zu dem Urteil des VIII. Senats vom 26.6.1990 VIII R 81/85 (BFHE 161, 472, BStBl II 1994, 645). In dieser Entscheidung, in der die Zurechnung von Kommanditanteilen zu beurteilen war, führten erst weitere Umstände neben der Scheidungsklausel zur Verneinung des wirtschaftlichen Eigentums der Kommanditistinnen.

Auch die dem Kläger eingeräumte Möglichkeit, zu seinen Gunsten oder zugunsten eines Dritten eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eintragen zu lassen oder sogar mittels eines Scheidungsantrags die Eigentumsumschreibung herbeizuführen, bewirkt nicht den Verlust des wirtschaftlichen Eigentums der Ehefrau, solange der Kläger von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht; diese Beschränkung war zwar möglich, aber noch nicht vollzogen.

———

32. AO 1977 § 42; EStG § 21 (*Sicherung eines Mietverhältnisses durch einen Nießbrauch ist kein Mißbrauch i.S. von § 42 AO)*

Die gleichzeitige Vereinbarung eines Nießbrauchs und eines Mietvertrages ist jedenfalls dann kein Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts (§ 42 AO 1977), wenn das dingliche Nutzungsrecht lediglich zur Sicherung des Pacht- oder Mietverhältnisses vereinbart und nicht tatsächlich ausgeübt wird.

BFH, Urteil vom 3.2.1998 – IX R 38/96 –

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) wurden im Streitjahr zur Einkommensteuer zusammen veranlagt.

Der Kläger erwarb am 9.4.1990 von seiner Mutter eine Eigentumswohnung zum Kaufpreis von 175 000 DM. In dem notariellen Kaufvertrag wurde ein Grundstücksübertragungsvertrag“ zum Gegenstand der Urkunde gemacht, den die Parteien dem Notar übergeben hatten. In diesem sollte für die Verkäuferin, die Mutter des Klägers, ein Wohnungsrecht an der verkauften Wohnung bestellt werden. Gleichzeitig wurde ein lebenslänglicher Mietvertrag zwischen der Mutter und ihrem Sohn vereinbart. Das Wohnungsrecht sollte nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Urkunde zur Verstärkung des Mietverhältnisses dienen. In dem notariellen Kaufvertrag wurde in Abänderung des übergebenen „Grundstücksübertragungsvertrages“ vereinbart, daß der Verkäuferin anstelle des dort vorgesehenen Wohnungsrechts der Nießbrauch an dem verkauften Wohnungseigentum zustehen sollte. Der Inhalt des Nießbrauchs bestimmte sich nach den gesetzlichen Bestimmungen. Das Recht, den Nießbrauch Dritten zur Ausübung zu überlassen, wurde ausgeschlossen.

Am 2.5.1990 schlossen die Vertragspartner einen weiteren Vertrag, durch den die Mutter dem Kläger ein mit 6,5 v.H. zu verzinsendes und auf 10 Jahre unkündbares Darlehen in Höhe des vereinbarten Kaufpreises gewährte.

In ihrer gemeinsamen Einkommensteuererklärung erklärten die Kläger ab dem 1.5.1990 Mieteinnahmen von monatlich 300 DM = 2 400 DM im Jahr 1990. Außerdem machten sie Werbungskosten in einer Gesamthöhe von 19 271 DM geltend.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) erkannte die negativen Einkünfte in Höhe von 16 871 DM nicht an, da die Mutter des Klägers die Wohnung aufgrund eigenen Rechts (Nießbrauch) genutzt habe. Eine mietweise Überlassung der Räume habe nicht vorgelegen. Der Einspruch der Kläger blieb erfolglos.

Das Finanzgericht (FG) wies die daraufhin erhobene Klage ab.

Aus den Gründen:

1. (…)

2. Entgegen der Auffassung des FG sind die Voraussetzungen eines Mißbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts (§ 42 AO 1977) nicht gegeben.

a) Ein Gestaltungsmißbrauch im Sinne dieser Vorschrift ist gegeben, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die, gemessen an dem erstrebten Ziel, unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist (ständige Rechtsprechung: Senatsurteil vom 16.1.1996 IX R 13/92, BFHE 179, 400, BStBl II 1996, 214, m.w.N.). Das Motiv, Steuern zu sparen, macht eine steuerliche Gestaltung noch nicht unangemessen (Beschluß des Großen Senats des BFH vom 29.11.1982 GrS 1/81, BFHE 137, 433, 444, BStBl II 1983, 272). Auch Angehörigen steht es frei, ihre Rechtsverhältnisse untereinander steuerlich möglichst günstig zu gestalten. Eine rechtliche Gestaltung ist erst dann unangemessen, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll (BFH in BFHE 179, 400, BStBl II 1996, 214).

Die gleichzeitige Vereinbarung eines dinglichen Nutzungsrechts und eines Mietvertrages ist jedenfalls dann kein Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts, wenn das dingliche Nutzungsrecht zur Sicherung des Pacht- oder Mietverhältnisses vereinbart wird.

b) Die Sicherung eines obligatorischen Mietverhältnisses durch ein dingliches Nutzungsrecht ist zivilrechtlich möglich.

Über dieselbe Wohnung kann sowohl ein Mietvertrag und gleichzeitig oder auch nachträglich ein dingliches Nutzungsrecht bestellt werden (BGH vom 25.1.1974 V ZR 68/72, Der Deutsche Rechtspfleger, 1974, 187; vom 10.5.1968 V ZR 221/64, Betriebs-Berater 1968, 767; *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, S. 372; *Joost*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1093 RdNr. 16; *Staudinger/Ring*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1093 Rdnr. 3; *Rothe*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, § 1093 Rdnr. 5). Zwar kann ein Miet- oder Pachtvertrag nicht zum Inhalt eines dinglichen Rechts gemacht werden, weil dies gegen die Formenstrenge des Sachenrechts verstößt (BGH vom 5.3.1965 V ZR 195/62, Wertpapier-Mitteilungen/Zeitschrift für Wirt-

schafts- und Bankrecht – WM – 1965, 649; vom 23.5.1962 V ZR 187/60, WM 1962, 746). Es ist jedoch zulässig, außerhalb und unabhängig vom obligatorischen Mietvertrag ein dingliches Nutzungsrecht für denselben Vertragspartner zu begründen (BGH vom 13.7.1966 V ZR 21/64, WM 1966, 1088, 1089).

Ein Nießbrauch kann auch zur Sicherung eines bestehenden Miet- oder Pachtverhältnisses eingesetzt werden (vgl. ausführlich zum Sicherungsnießbrauch: *Schön*, a.a.O., S. 370 ff.). Bereits in seinem Urteil vom 25.4.1968 V 73/65 (BFHE 92, 303, BStBl II 1968, 509) hat der BFH entschieden, daß ein Nießbrauch, der dem Mieter sicherheitshalber eingeräumt worden ist, das Mietverhältnis nicht beeinträchtigt, wenn der Nießbrauch tatsächlich nicht ausgeübt worden ist. In seiner jüngeren Rechtsprechung hat der erkennende Senat eine im Zuge einer (teil-)entgeltlichen Übertragung eines Grundstücks vereinbarte Einräumung eines (dinglichen) Wohnungsrechts durch den Übernehmer und den gleichzeitigen Abschluß eines Mietvertrages anerkannt (BFH-Urteil vom 19.12.1995 IX R 35/94, BFH/NV 1996, 598).

Die Bestellung eines Sicherungsnießbrauchs macht es dem Grundstückseigentümer auch nicht unmöglich, dem Nießbrauchsberechtigten aufgrund eines Mietvertrages den Gebrauch des Grundstücks zu gewähren. Unmöglichkeit würde erst eintreten, wenn der Begünstigte seinen Nießbrauch tatsächlich ausüben würde (vgl. BFH in BFHE 92, 303, BStBl II 1968, 509). Es ist jedoch vorliegend nicht erkennbar, daß die Mutter des Klägers den Nießbrauch tatsächlich ausgeübt hat.

c) Die Vereinbarung des Klägers mit seiner Mutter ist ferner nicht deshalb als Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zu beurteilen, weil er in dem notariellen Vertrag vom 9.4.1990 gleichzeitig einen Mietvertrag vereinbart und seiner Mutter einen (Sicherungs-)Nießbrauch eingeräumt hat. In dieser Vertragsgestaltung ist keine den wirtschaftlichen Zielen der Beteiligten gegenüber unangemessene Gestaltung zu sehen.

Ein Mißbrauch liegt nicht schon deshalb vor, weil gleichzeitig zwischen dem ehemaligen und dem jetzigen Eigentümer ein Mietvertrag über die übertragene Wohnung abgeschlossen worden ist (vgl. BFH-Urteil vom 12.9.1995 IX R 54/93, BFHE 178, 542, BStBl II 1996, 158). Den Vertragsparteien stand es frei, die Wohnung ohne jede Auflage oder Einschränkung auf den Kläger zu übertragen oder im Zuge der entgeltlichen Übertragung eine – wie auch immer geartete – Nutzungsmöglichkeit für den Übertragenden vorzusehen. Dabei ist es in der Regel nicht unangemessen, ein Grundstück unter gleichzeitiger Vereinbarung eines Mietvertrages mit dem vormaligen Eigentümer zu übertragen. Im Streitfall ergibt sich aus dem insoweit eindeutigen Vertrag, daß der Kläger seiner Mutter die Wohnung im Rahmen eines Mietverhältnisses gegen Entgelt überlassen hat.

Ein Mißbrauch ergibt sich auch nicht aus der gleichzeitigen Bestellung des Nießbrauchs für die vormalige Eigentümerin des Grundstücks. Es handelt sich nicht um eine den wirtschaftlichen Zielen der Beteiligten gegenüber unangemessene Gestaltung. Dabei ist eine an der Interessenlage der Vertragsparteien orientierte Vertragsauslegung zugrunde zu legen, die der Senat selbst vornehmen kann (BFH in BFH/NV 1996, 598; Senatsurteil vom 21.2.1991 IX R 265/87, BFHE 163, 560, BStBl II 1992, 718, m.w.N.). Im Streitfall haben die Beteiligten den Nießbrauch zur Absicherung des gleichzeitig abgeschlossenen Mietvertrages bestellt. Dies ergibt sich aus dem ursprünglichen Vertragstext, in dem das dingliche Recht „zur Verstärkung“ des Mietvertrages vereinbart worden ist. Auch nach den Feststellungen des FG ging es der Mutter des Klägers darum, abgesichert zu sein und in der Wohnung möglichst auf Lebenszeit bleiben zu können.

Eine solche Absicherung ist entgegen der Ansicht des FA und des FG nicht nur im Wege des Vorbehaltsnießbrauchs denkbar. Zwar behält sich insbesondere bei einer Grundstücksübertragung von Eltern auf ihre Kinder der vormalige Eigentümer häufig einen (unentgeltlichen) Nießbrauch an dem übertragenen Grundstück vor. Es ist jedoch nicht zwingend, daß jedes dingliche Nutzungsrecht, welches in zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung zugunsten des übergebenden Eigentümers bestellt wird, als unentgeltlich vorbehaltenes Nutzungsrecht zu qualifizieren ist. Vielmehr ist denkbar, daß das dingliche Sicherungsrecht (teil-)entgeltlich bestellt wird oder – wie im Streitfall – lediglich der Absicherung eines schuldrechtlich vereinbarten Mietvertrages dient.

Die gleichzeitige Vereinbarung von Mietvertrag und Sicherungsnießbrauch kann auch außersteuerlichen Zwecken dienen. Ein dinglich gesichertes Nutzungsrecht gibt dem Nutzer eine größtmögliche Sicherheit. Durch den gleichzeitig abgeschlossenen Mietvertrag erhält der Käufer einen regelmäßigen Ertrag aus dem erworbenen Grundstück. Würde lediglich ein unentgeltlicher Vorbehaltsnießbrauch anerkannt, müßte der Erwerber auf diesen Ertrag verzichten. Darüber hinaus hat die Vereinbarung eines Mietzinses den Vorteil, daß die mit großen Unsicherheiten verbundene Bewertung eines unentgeltlichen Vorbehaltsnießbrauchs vermieden werden kann. Daß diese Vertragsgestaltung gleichzeitig steuerrechtlich von Vorteil ist, führt nicht zu einem Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten. Im übrigen ist eine gleichzeitige Vereinbarung von Mietrecht und dinglichem Nutzungsrecht auch unter fremden Dritten möglich und sinnvoll (vgl. BFH in BFHE 92, 303, BStBl II 1968, 509; *Schön*, a.a.O., S. 371; *Stein*, Deutsches Steuerrecht 1997, 1469, 1471).

3. Die im Streitfall getroffenen Vereinbarungen entsprechen auch den Anforderungen, die die Rechtsprechung an Verträge zwischen nahen Angehörigen stellt. Danach setzt die steuerrechtliche Anerkennung solcher Verträge voraus, daß sie zum einen bürgerlich-rechtlich wirksam geschlossen sind und darüber hinaus (sog. Fremdvergleich) sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung des Vereinbarten dem zwischen Fremden Üblichen entspricht (Senatsurteile vom 20.10.1997 IX R 38/97, BStBl II 1998, 106; vom 7.5.1996 IX R 69/94, BFHE 180, 377, BStBl II 1997, 196).

Die im Streitfall getroffenen Vereinbarungen sind bürgerlich-rechtlich wirksam (vgl. oben 2 b). Die vorliegende Gestaltung hält dem sog. Fremdvergleich stand. Die Vereinbarung eines Sicherungsnießbrauchs mag zwar nicht die typische Vertragsgestaltung im Rahmen der Übertragung eines Grundstücks sein. Sie ist jedoch grundsätzlich unter Fremden möglich und wird entsprechend vereinbart (vgl. z.B. BFH in BFHE 92, 303, BStBl II 1968, 509). Die gewählte Gestaltung ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil gleichzeitig mit der Übertragung des Grundstücks zwischen dem Kläger als neuem Eigentümer und seiner Mutter als früherer Eigentümerin eine Vereinbarung über die entgeltliche Nutzungsüberlassung der Wohnung getroffen worden ist (vgl. Senatsurteile in BFHE 178, 542, BStBl II 1996, 158; in BFH/NV 1996, 598, 600).

Die Vereinbarungen sind in einer unter Fremden üblichen Weise tatsächlich durchgeführt worden. Das FA hat die tatsächliche Durchführung der vertraglichen Regelungen ebensowenig beanstandet wie das FG.

1. Aufgrund verschiedener, in diesem Jahr in Kraft getretener gesetzlicher Änderungen und Neuerungen, von denen auch die Notarkosten betroffen sind, gibt die Prüfungsabteilung der Notarkasse folgende Bewertungshinweise:

1) § 24 Abs. 4 KostO

Diese Vorschrift erfuhr mit Wirkung zum 1.7.1998 zunächst durch Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechtes (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) vom 19.12.1997, BGBl I 1997, 2941, und sodann durch Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhalts minderjähriger Kinder (Kindesunterhaltsgesetz – KindUG) vom 6.4.1998, BGBl I 1998, 666, Änderungen. Die nunmehrige Fassung lautet:

„(4) Der Geschäftswert für Unterhaltsansprüche nach den §§ 1612 a) bis 1612 c) des BGB bestimmt sich nach dem Betrag des einjährigen Bezugs. Dem Wert nach Satz 1 ist der Monatsbetrag des Unterhalts nach dem Regelbetrag und der Altersstufe zugrundezulegen, die im Zeitpunkt der Beurkundung maßgebend sind."

Die durch das KindUG neugefaßten Bestimmungen der §§ 1612 a) bis 1612 c) BGB regeln die Ansprüche eines minderjährigen Kindes auf Unterhalt gegen einen Elternteil, mit dem es nicht in einem Haushalt lebt, ferner die Anrechnungsbestimmungen für das auf das Kind entfallende Kindergeld.

Bei der Anwendung des § 24 Abs. 4 KostO ist die Gebührenfreiheit nach § 55 a KostO zu beachten (siehe hierzu Abschnitt 3).

2) § 38 Abs. 4 KostO

Die Wörter „zur Ehelicherklärung" wurden gestrichen (Art. 10 KindRG).

3) § 55 a KostO

Nach der bisherigen Fassung des § 55 a KostO waren Beurkundungen und Beglaubigungen der in § 59 des Achten Buches Sozialgesetzbuch genannten Art gebührenfrei. Durch das KindUG wurden die Worte „und Beglaubigungen der in § 59 des Achten Buches Sozialgesetzbuch genannten Art" durch die Worte „nach § 62 Abs.1 des BeurkG" ersetzt.

Nach § 62 Abs. 1 BeurkG, zuletzt geändert durch das KindUG, sind unbeschadet der Zuständigkeit sonstiger Stellen die Amtsgerichte zuständig für die Beurkundung von

1. Erklärungen über die Anerkennung der Vaterschaft
2. Verpflichtungen zur Erfüllung von Unterhaltsansprüchen eines Kindes
3. Verpflichtungen zur Erfüllung von Unterhaltsansprüchen nach § 1615 l) des BGB.

Nimmt der Notar die Beurkundung vor, ist somit Gebührenbefreiung zu gewähren; dies gilt auch für den Notar, dem die Gebühren für seine Tätigkeit selbst zufließen (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 13. Auflage – nachstehend *Korintenberg* genannt – § 55 a Rdnr. 2).

Gebühren können also nicht erhoben werden für folgende Geschäfte:

a) Erklärungen über die Anerkennung der Vaterschaft (darunter dürften auch fallen Zustimmungserklärungen zur Vaterschaftsanerkennung (*Korintenberg* § 55 a Rdnr. 1; Streifzug durch die KostO 4. Auflage – nachstehend Streifzug genannt – Rdnr. 362).

Die Bestimmung des § 38 Abs. 4 KostO, wonach für die Beurkundung von Zustimmungserklärungen zur Anerkennung der Vaterschaft 1/4 der vollen Gebühr zu erheben ist, dürfte nicht mehr anwendbar sein, da § 55 a KostO vorrangig zu beachten ist.

b) Verpflichtungen zur Erfüllung von Unterhaltsansprüchen eines Kindes. Dazu gehören auch die Unterhaltsansprüche nach §§ 1612 a) bis 1612 c) BGB, für die die Wertvorschrift des § 24 Abs. 4 KostO gilt. Vorrangig ist auch hier § 55 a KostO zu beachten.

c) Verpflichtung zur Erfüllung von Unterhaltsansprüchen nach § 1615 l BGB. Nach den dortigen Regelungen handelt es sich um Unterhaltsansprüche zwischen den Eltern des Kindes, und zwar um solche Ansprüche der Mutter gegen den Vater auf die Dauer von 6 Wochen vor und 8 Wochen nach der Geburt des Kindes sowie der Kosten, die infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung außerhalb dieses Zeitraumes entstehen, ferner um Unterhaltsansprüche über die Mutterschutzzeit hinaus, soweit die Mutter einer Erwerbstätigkeit nicht nachgeht, weil sie infolge der Schwangerschaft oder einer durch die Schwangerschaft oder die Entbindung verursachten Krankheit dazu außerstande ist oder von der Mutter wegen Pflege oder Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.

Vorsorglich wird darauf hingewiesen, daß es sich bei § 55 a KostO um eine *Gebühren*befreiungsvorschrift handelt, die Befreiung gilt nicht für Schreibauslagen, Auslagen sowie die darauf zu erhebende Mehrwertsteuer (Streifzug Rdnr. 360).

4) Sorgeerklärungen nach §§ 1626 a), 1626 d) BGB

Nach Art.13 KindRG wurde § 59 Abs. 1 Satz 1 des Achten Buches Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe – dahingehend geändert, daß folgende Nr. 8 angefügt wurde:

„8. die Sorgeerklärungen (§ 1626 a) Abs.1 Nr.1 des BGB) zu beurkunden".

Nach § 55 a (a.F.) KostO wären damit die Beurkundungen von Sorgeerklärungen gebührenfrei gewesen. Da § 55 a KostO i.d.F. vom 1.7.1998 aber nicht mehr auf Beurkundungen und Beglaubigungen der in § 59 des Achten Buches Sozialgesetzbuch verweist, sondern auf die in § 62 Abs.1 BeurkG genannten Beurkundungen, ist die Beurkundung von Sorgeerklärungen gebührenpflichtig, da diese in § 62 Abs.1 BeurkG nicht genannt sind.

Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 3 i.V. mit § 30 Abs. 2 KostO zu bestimmen, regelmäßig mit 5.000,00 DM. Bei Sorgeerklärungen für mehrere Kinder in einer Urkunde hat Wertansatz für jedes Kind zu erfolgen; die Gebühr ist aus dem Gesamtwert nach § 44 Abs. 2 a) KostO zu erheben.

Anzusetzen ist eine 10/10 Gebühr nach § 36 Abs.1 KostO, auch wenn die Sorgeerklärung von beiden Elternteilen abgegeben wird. Es handelt sich hier um gegenstandsgleiche einseitige Erklärungen der Eltern, nicht um eine vertragliche Regelung.

Eine etwa mitbeurkundete Zustimmungserklärung nach § 1626 c) Abs. 2 BGB ist gegenstandsgleich gemäß § 44 Abs.1 KostO mit den Sorgeerklärungen. Bei gesonderter Beurkundung der Zustimmungserklärung ist aus dem obigen Geschäftswert eine 5/10 Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr.1 KostO zu erheben; § 38 Abs. 4 KostO ist nicht einschlägig.

Nimmt der Notar die Mitteilung an das zuständige Jugendamt gemäß § 1626 d) Abs. 2 BGB vor (*gesetzliche* Mitteilungspflicht), handelt es sich um ein gebührenfreies Nebengeschäft gemäß § 35 KostO. Eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO kann nicht erhoben werden.

5) § 148 a KostO

Gemäß Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (Schiedsverfahrensneuregelungsgesetz – SchiedsVfG) BGBl I 1997, 3224 vom 22.12.1997 wurde § 148 a Abs. 1 Satz 1 KostO wie folgt neugefaßt:

„Für das Verfahren über den Antrag auf vollstreckbare Erklärung eines Vergleichs (§§ 796 a) bis 796 c) der ZPO) oder eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut (§ 1053 der ZPO) erhält der Notar die Hälfte der vollen Gebühr."

Die kostenrechtlichen Bestimmungen über die Vollstreckbarerklärung eines Anwaltsvergleichs wurden damit ergänzt durch die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut. § 148 a KostO ist daher nun auch anwendbar, wenn der Notar einen Schiedsspruch des Schiedsgerichtes mit dem vereinbarten Wortlaut gemäß § 1053 Abs. 4 ZPO für vollstreckbar erklärt.

Auf Streifzug Rdnr. 970, 971 wird verwiesen.

6) § 26 KostO

Durch das Gesetz der Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz – HRefG) BGBl I 1998, 1473, vom 26.6.1998, wurden auch die §§ 26, 38 und 85 KostO geändert. Für die notarielle Praxis von Bedeutung sind folgende zum 1.7.1998 in Kraft getretenen Änderungen:

a) Streichung der Worte „oder eines Unternehmens nach § 36 des HGB" in § 26 Abs. 3 Nr. 1 KostO.

b) Änderung von § 26 Abs. 4 KostO wie folgt:

   Einfügung eines Höchstwertes von 400.000,00 DM für die Eintragung der Löschung einer Kapitalgesellschaft.

   Hier ist darauf hinzuweisen, daß dieser Höchstwert nur für die *Eintragung* im Handelsregister maßgeblich ist und für den Notar keine Anwendung findet. Der Höchstwert für Handelsregisteranmeldungen durch den Notar beträgt gemäß § 39 Abs. 4 KostO 1 Mio. DM.

c) In § 26 Abs. 4 Nr. 4 KostO wurden nach dem Wort „Einzelkaufmann" die Worte „ein Unternehmen nach § 36 des HGB" gestrichen.

d) § 26 Abs. 5 KostO wurde neu gefaßt. Diese Bestimmung betrifft nicht die Gebühren des Notars für die Anmeldung, sondern nur die *Eintragungen* im Handelsregister.

e) § 26 Abs. 6 Satz 2 KostO wurde durch folgende Sätze ersetzt:

   „Hat das Unternehmen mehrere Zweigniederlassungen, so ist der Wert für jede Zweigniederlassung durch Teilung des nach Satz 1 bestimmten Betrages durch die Anzahl der eingetragenen Zweigniederlassungen zu ermitteln; bei der ersten Eintragung von Zweigniederlassungen sind diese mitzurechnen. Der Wert nach den vorstehenden Sätzen beträgt mindestens 25.000,00 DM und höchstens 5 Mio. DM. Die Sätze 2 und 3 sind für Prokuren nicht anzuwenden".

   Hier ist zunächst zu beachten, daß der Höchstwert von 5 Mio. DM nur für das Registergericht gilt. Für die Beurkundung von Anmeldungen beträgt der Höchstwert gemäß § 39 Abs. 4 KostO 1 Mio. DM.

   Hinsichtlich der Wertermittlung für Anmeldungen betreffend Zweigniederlassungen ist im Gegensatz zur vorherigen Fassung des § 26 Abs. 6 KostO zu beachten, daß der nach § 26 Abs. 6 Satz 1 KostO zu bestimmende Wert durch die Anzahl der *eingetragene*n Zweigniederlassungen (vorher der *betroffenen* Zweigniederlassungen) zu ermitteln ist. Klargestellt wird, daß bei der ersten Eintragung von Zweigniederlassungen diese selbst mitzurechnen sind.

   Der Mindestwert für die Anmeldungen betreffend Zweigniederlassungen ist mit 25.000,00 DM anzunehmen.

   Darüber hinaus ist zu beachten, daß § 26 Abs. 6 Satz 2 und 3 KostO für Prokuren nicht anzuwenden ist. Das bedeutet, daß der Geschäftswert für die Anmeldung oder Löschung einer Prokura gemäß § 26 Abs. 6 Satz 1 KostO stets mit der Hälfte des nach § 26 Abs. 4 KostO zu bestimmenden Wertes anzusetzen ist, ohne Rücksicht auf die Zahl der eingetragenen Zweigniederlassungen.

   Beispiel:

   Im Handelsregister ist eine Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital von 8 Mio. DM eingetragen. Sie hat vier im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassungen. Nunmehr wird eine neue Zweigniederlassung angemeldet.

   Gleichzeitig wird angemeldet, daß dem C Einzelprokura, beschränkt auf die neue Zweigniederlassung, erteilt wird.

   Berechnung des Geschäftswertes:

   a) Neuanmeldung der Zweigniederlassung

      Es handelt sich um eine Anmeldung mit bestimmtem Geldbetrag. Der Wert ist nach § 26 Abs. 1 Nr. 1, § 26 Abs. 6 Satz 1 KostO mit der Hälfte des Grundkapitals von 8 Mio. DM zu ermitteln = 4 Mio. DM, nach § 26 Abs. 6 Satz 2 KostO geteilt durch die Anzahl der eingetragenen Zweigniederlassungen unter Einbeziehung der neuen Zweigniederlassung, also 4 Mio. DM geteilt durch 5 = 800.000,00 DM.

   b) Anmeldung der Prokura

      Hier liegt eine Anmeldung mit unbestimmtem Geldbetrag vor. Der Wert ist nach § 26 Abs. 4 Nr.1 KostO mit 1% des eingetragenen Grundkapitals = 80.000,00 DM, hiervon nach § 26 Abs. 6 Satz 1 KostO die Hälfte = 40.000,00 DM, zu bestimmen.

      Gemäß § 26 Abs. 6 Satz 4 KostO ist dieser Wert nicht durch die Zahl der eingetragenen Zweigniederlassungen zu teilen, weil § 26 Abs. 6 Satz 2 und 3 KostO auf Prokuren nicht anzuwenden ist.

   c) Der Gesamtwert beträgt somit gemäß § 44 Abs. 2 a) KostO 800.000,00 DM für die Anmeldung der Zweigniederlassung und 40.000,00 DM für die Anmeldung der Prokura, somit 840.000,00 DM.

7) § 147 Abs.1 Satz 1 und § 150 KostO

Vorstehende Vorschriften wurden durch das Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31.8.1998 BGBl I 1998, 2585, mit Wirkung zum 8.9.1998 geändert.

a) Änderung des § 147 Abs.1 Satz 1 KostO

Die bisherige Gebühr von 25,00 DM wurde durch die Mindestgebühr nach § 33 nach KostO ersetzt.

Für die isolierte Einsicht des Grundbuchs, öffentlicher Register und von Akten sowie über deren Inhalt (Streifzug Rdnr. 757) ist somit künftig die Mindestgebühr nach § 33 KostO von derzeit 20,00 DM zu erheben.

b) Änderung des § 150 KostO

Nach der Neufassung dieser Vorschrift erhält der Notar für die Erteilung einer Bescheinigung nach

1. § 21 Abs.1 Nr.1 BNotO eine Gebühr von 25,00 DM und
2. § 21 Abs.1 Nr. 2 BNotO eine Gebühr von 50,00 DM.

Nach § 21 n.F. BNotO sind die Notare zuständig

1. Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung sowie
2. Bescheinigungen über das Bestehen oder den Sitz einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft, die Firmenänderung, eine Umwandlung oder sonstige rechtserhebliche Umstände auszustellen,

wenn sich diese Umstände aus einer Eintragung im Handelsregister oder einem ähnlichen Register ergeben.

Daraus folgt:

– Für die Erteilung einer Vertretungsbescheinigung erhält der Notar künftig eine feste Gebühr von 25,00 DM. Nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse kann daneben nicht die Gebühr des § 147 Abs. 1 Satz 1 KostO erhoben werden (Streifzug Rdnr. 759). Nach der amtlichen Begründung (Bundestagsdrucksache 13/4184) soll die Neufassung des § 150 KostO und des § 147 Abs. 1 Satz 1 KostO dazu führen, daß die Gebühr nach § 147 Abs.1 Satz 1 KostO entsprechend der ausdrücklichen Regelung in § 147 Abs. 3 KostO künftig nicht mehr neben der des § 150 KostO erhoben wird.

– Für die Erteilung einer Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 BNotO fällt gemäß § 150 Nr. 2 KostO eine Gebühr von 50,00 DM an.

Die Gebühren von 25,00 DM bzw. 50,00 DM können auch nebeneinander entstehen, wenn der Notar sowohl die Vertretungsbescheinigung als auch die Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 BNotO in *einem* Vermerk erteilt, wenn er also z.B. im Zusammenhang mit einer Vertretungsbescheinigung auch eine Firmenänderung zu bescheinigen hat. Dies gilt aber nicht für die übliche Bescheinigung, wonach der Notar die Vertretungsberechtigung bei einer im Handelsregister eingetragenen juristischen Person oder Handelsgesellschaft feststellt. Hierfür fällt nur die Gebühr von 25,00 DM an.

8) Umschreibung von Vollstreckungsklauseln der „Bayerische Hypo- und Vereinsbank Aktiengesellschaft“ in München

Die Bayerische Hypotheken- und Wechsel-Bank AG wurde mit der Bayerischen Vereinsbank AG durch Aufnahme verschmolzen. Die Bayerische Hypotheken- und Wechsel-Bank AG ist erloschen.

Die Firma der Bayerischen Vereinsbank AG ist geändert und lautet nunmehr Bayerische Hypo- und Vereinsbank Aktiengesellschaft.

Die Eintragungen im Handelsregister sind am 31.8.1998 erfolgt.

Vollstreckbare Ausfertigungen notarieller Urkunden, die bisher für die Bayerische Hypotheken- und Wechsel-Bank AG oder die Bayerische Vereinsbank AG erteilt waren, sind auf Antrag auf die nunmehrige Firma Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG umzuschreiben. Die Gläubigerin beantragt in aller Regel, die Umschreibung der Vollstreckungsklausel aufgrund Offenkundigkeit vorzunehmen.

Kostenrechtliche Stellungnahme:

a) Gemäß § 133 KostO ist für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde die Hälfte der vollen Gebühr zu erheben, wenn der Eintritt einer Tatsache oder einer Rechtsnachfolge zu prüfen ist (§§ 726 bis 729 ZPO). § 133 ist also anwendbar, wenn bei einer Verschmelzung durch Aufnahme die der aufgenommenen Gesellschaft erteilte Vollstreckungsklausel auf die aufnehmende Gesellschaft umgeschrieben werden soll.

Gemäß § 727 ZPO kann eine vollstreckbare Ausfertigung für den Rechtsnachfolger nur erteilt werden, wenn die Rechtsnachfolge offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. In beiden Fällen ist eine Rechtsnachfolge zu *prüfen* und demgemäß die Gebühr aus § 133 KostO zu erheben (*Korintenberg* Rdnr.11,12; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Auflage § 133 Rdnr. 5; *Göttlich/Mümmler* KostO 12. Auflage S. 1257). Die Gebühr nach § 133 KostO entfällt auch nicht in den Fällen, in denen sich die Prüfung aufgrund Offenkundigkeit einfach gestaltet (OLG München JVBl. 1940, 30). Für die Umschreibung der Vollstreckungsklausel der ehemaligen Bayerischen Hypotheken- und Wechsel-Bank AG ist daher die Gebühr nach § 133 KostO zu erheben.

b) Die Umschreibung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist gebührenfrei, wenn bei Fortbestehen der Identität des Gläubigers nur dessen geänderter Name eingesetzt wird (Streifzug Rdnr. 966). Dies ist der Fall, wenn Vollstreckungsklauseln der ehemaligen Bayerischen Vereinsbank AG auf die nunmehrige Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG umgeschrieben werden.

Sind die Voraussetzungen für den Ansatz der Gebühr nach § 133 KostO nicht gegeben, können auch keine Gebühren nach § 147 Abs. 2 oder § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO erhoben werden (Streifzug Rdnr. 967). Zu erheben sind aber etwaige Auslagen nach § 137 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 152 Abs. 2 Nr.1 und 2 KostO, soweit solche angefallen sind.

NOR i.N. *Josef Klinger,* Prüfungsabteilung der Notarkasse

---

2. Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder

Anwendung des § 1 Abs. 2 a GrEStG

Vom 24. Juni 1998

1. Vorbemerkung

Der durch Artikel 7 des Jahressteuergesetzes 1997 in § 1 GrEStG eingefügte Absatz 2 a knüpft an die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zum zeitgleichen oder zeitnahen Wechsel der Gesellschafter einer grundbesitzhaltenden Personengesellschaft an (vgl. BFH-Urteil vom 6.3.1996 – BStBl 1996 II S. 377). Nach dieser Rechtsprechung führte nur der vollständige Wechsel der Gesellschafter nach einem vorgefaßten Plan unter Berücksichtigung des § 42 AO zu einem steuer-

baren Rechtsträgerwechsel. Durch das Verbleiben eines Gesellschafters konnte die Besteuerung selbst dann vermieden werden, wenn dieser Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen nicht beteiligt war (BFH-Urteil vom 31.7.1991 – BStBl 1991 II S. 891).

Der neue § 1 Abs. 2 a GrEStG unterwirft nunmehr Gestaltungen der Besteuerung, bei denen innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren der Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft derart ausgewechselt wird, daß bei wirtschaftlicher Betrachtung dieser Gesellschafterwechsel als ein auf die Übereignung eines inländischen Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft anzusehen ist. Das ist stets der Fall, wenn 95 v.H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen.

2. Personengesellschaft

Personengesellschaften im Sinne des § 1 Abs. 2 a GrEStG sind insbesondere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (einschließlich der GmbH & Co. KG). Dazu gehören auch Personengesellschaften, deren Zweck sich nicht im Halten und Verwalten von inländischen Grundstücken erschöpft.

3. Vermögen der Personengesellschaft

Die Regelung betrifft diejenigen Grundstücke, die während des Zeitraums durchgängig zum Vermögen der Personengesellschaft gehören, in dem sich der vollständige oder wesentliche Wechsel des Gesellschafterbestandes vollzieht. Ein Grundstück gehört auch dann durchgängig zum Vermögen der Gesellschaft, wenn es im Zusammenhang mit einem vorgefaßten Plan erst nach einem teilweise vollzogenen Gesellschafterwechsel erworben wurde. Zum Vermögen einer Personengesellschaft gehören nicht nur die Grundstücke, die sich bereits im Eigentum der Personengesellschaft befinden oder deren Erwerb nach § 1 Abs.1 GrEStG steuerbar gewesen ist, sondern auch solche Grundstücke, über die die Personengesellschaft die Verwertungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 2 GrEStG (z. B. durch ein unwiderrufliches Verkaufsangebot) erlangt hat.

4. Wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes

Eine wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes ist anzunehmen, wenn sie bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Übertragung des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft darstellt. Der Gesellschafterbestand kann sich durch Übergang von Gesellschaftsanteilen auf neue Gesellschafter (derivativer Erwerb) oder durch Erwerb zusätzlicher Gesellschaftsanteile durch neue Gesellschafter (originärer Erwerb) ändern. Änderungen der Beteiligung der Altgesellschafter am Gesellschaftsvermögen sind nicht zu berücksichtigen. Für die Tatbestandsverwirklichung kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Leistung der Einlagen an.

4.1 Derivativer Erwerb

Beim derivativen Erwerb liegt eine wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes stets vor, wenn mindestens 95 v.H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen. Ein Gesellschafterwechsel liegt auch dann vor, wenn sich dieser durch Umwandlung im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger vollzieht (vgl. BFH-Urteil vom 29.1.1997 – BStBl 1997 II S. 296). Gehen weniger als 95 v.H. der Anteile auf neue Gesellschafter über, ist zu prüfen, ob sich der Gesellschafterbestand so wesentlich geändert hat, daß dies wirtschaftlich der Entstehung einer neuen Gesellschaft gleichzusetzen ist, auf die das Grundstück übergeht. Hierbei sind insbesondere zu berücksichtigen:

a) die Zuteilung von Rechten, die über die übergehende Beteiligung am Gesellschaftsvermögen hinausgehen, z. B. von Stimmrechten, Geschäftsführungsbefugnissen oder Genehmigungsvorbehalten für bestimmte Rechtsgeschäfte (Beispiel 4.2.1),

b) weitere Veränderungen der Vermögensbeteiligungen durch bloße Kapitaländerungen (Beispiel 4.2.2),

c) Treuhandverhältnisse sowie mittelbare Beteiligungen (Beispiel 4.2.3),

d) Änderungen der Beteiligungsverhältnisse bei einer Komplementär-GmbH (Beispiel 4.2.4).

4.2 Beispiele

4.2.1 Eine Gesellschaft besteht aus fünf Gesellschaftern, die jeweils zu 20 v.H. am Vermögen beteiligt sind. Vier Gesellschafter übertragen ihre Anteile auf neu hinzutretende Gesellschafter, wobei die Stimmrechte des verbleibenden Altgesellschafters durch gesellschaftsvertragliche Abreden so eingeschränkt werden, daß den neuen Gesellschaftern eine beherrschende Stellung zukommt.

4.2.2 Eine Gesellschaft besteht aus fünf Gesellschaftern, die jeweils zu 20 v.H. am Vermögen beteiligt sind. Das Gesellschaftsvermögen beträgt 100 000 DM. Drei Gesellschafter übertragen ihre Anteile auf neue Gesellschafter. Anschließend wird innerhalb des Fünfjahreszeitraums das Vermögen im Wege der Kapitalerhöhung auf 1 000 000 DM aufgestockt, wobei das zusätzliche Kapital ausschließlich auf die Anteile der hinzugetretenen Gesellschafter entfällt. Da die Altgesellschafter weiterhin zusammen nur zu 40 000 DM am Vermögen der Gesellschaft beteiligt bleiben, sind auf die Neugesellschafter insgesamt 96 v. H. der nunmehr bestehenden Anteile übergegangen.

4.2.3 An der Komplementär-GmbH, die 20 v.H. der Anteile einer GmbH & Co. KG hält, ist zu 70 v.H. eine weitere GmbH beteiligt, deren gesamte Anteile veräußert werden. Der einzige Kommanditist, der bisher 80 v.H. der KG-Anteile gehalten hat, vereinbart mit vier Treugebern, für diese zukünftig jeweils 20 v. H. der Anteile treuhänderisch zu halten. Die Veränderung der mittelbaren Beteiligung an der GmbH und die Vereinbarung der Treuhandverhältnisse sind zu berücksichtigen und erfüllen zusammen die Voraussetzung des § 1 Abs. 2 a Satz 2 GrEStG.

4.2.4 Eine GmbH ist als persönlich haftende Gesellschafterin zu 20 v.H. am Gesellschaftsvermögen einer GmbH & Co. KG beteiligt. Alle Kommanditisten übertragen ihre Anteile auf neu hinzutretende Kommanditisten. Außerdem wird die Mehrheit der Anteile an der GmbH veräußert. Die Übertragung der Kommanditanteile allein erfüllt noch nicht die Voraussetzungen der wesentlichen Änderung des Gesellschafterbestands. Zusammen mit dem mehrheitlichen Wechsel im Gesellschafterbestand der GmbH erfüllen diese Veränderungen jedoch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a Satz 2 GrEStG.

4.3 Originärer Erwerb

Eine wesentliche Veränderung des Gesellschafterbestandes kann sich auch durch den Beitritt neuer Gesellschafter bei

gleichzeitiger Kapitalerhöhung ergeben, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung eine neue Personengesellschaft dadurch entsteht, daß die Beteiligungen der neuen Gesellschafter im Verhältnis zu den Beteiligungen der Altgesellschafter weit überwiegen; Altgesellschafter sind die Gründungsgesellschafter und grundsätzlich auch alle Gesellschafter, die bereits vor dem Erwerb eines Grundstücks an der Gesellschaft beteiligt gewesen sind. Altgesellschafter sind jedoch nur die Gründungsgesellschafter, wenn die Beteiligung der übrigen Gesellschafter mit einer Investition nach einem vorgefaßten Plan verknüpft ist (vgl. Beispiel 1). Liegt eine derartige Gestaltung vor, tritt die wesentliche Veränderung des Gesellschafterbestandes ein, sobald entsprechend dem vorgefaßten Plan für die Verwirklichung der Investition (vgl. BFH-Urteil vom 13. 11.1991 – BStBl 1992 II S. 202) die Kapitalaufstockung vollzogen ist (vgl. Beispiel 2).

Beispiel 1:

A und B gründen mit einer Beteiligung von je 5000 DM eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Nunmehr beteiligt sich C mit einer Einlage von 300 000 DM. Anschließend erwirbt die Gesellschaft ein Grundstück zum Zweck der Errichtung eines Bürogebäudes. Danach treten der Gesellschaft weitere Gesellschafter bei, bis die Kapitalaufstockung entsprechend der vorhandenen Finanzierungsplanung auf insgesamt 4 Mio. DM vollzogen ist.

Obwohl C der Personengesellschaft vor dem Erwerb des Grundstücks beigetreten ist, gehört sein Beitritt im Hinblick auf den vorgefaßten Plan zu dem nach § 1 Abs. 2 a GrEStG maßgeblichen Gesellschafterwechsel. Erst mit der Beendigung der Kapitalaufstockung sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a GrEStG erfüllt.

Beispiel 2:

A und B gründen mit einer Beteiligung von je 5 000 DM eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die zum Zweck der Errichtung eines Bürogebäudes ein Grundstück erwirbt. Entsprechend der vorhandenen Finanzierungsplanung beteiligt sich zunächst ein weiterer Gesellschafter C mit 190 000 DM an der Gesellschaft. Anschließend treten der Gesellschaft weitere Gesellschafter bei, bis die erforderliche Kapitalaufstockung auf insgesamt 4 Mio. DM vollzogen ist. In diesem Fall tritt die wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes nicht bereits mit dem Beitritt des C, sondern erst mit dem Vollzug der dem vorgefaßten Plan entsprechenden Kapitalaufstokkung ein, zu der auch der Kapitalbeitrag des C gehört.

Ist die Kapitalaufstockung geringer, als es dem Finanzierungsplan entspricht, ist die wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes in dem Zeitpunkt anzunehmen, in dem die Investition tatsächlich vorgenommen, also in den Beispielsfällen das Bürogebäude hergestellt ist.

Steht das Eigenkapital der Gesellschaft aufgrund eines vorgefaßten Plans von vornherein zweifelsfrei fest und ist es – wie z. B. bei der Durchführung größerer Immobilien-Investitionsvorhaben üblich – durch entsprechende Kapitalerhöhungen zu erbringen, tritt eine wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes erst ein, wenn mindestens 95 v.H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen durch neue Gesellschafter erworben werden. Das Verhältnis der Anteile der Altgesellschafter zu den Anteilen der neuen Gesellschafter berechnet sich in diesen Fällen von dem Betrag des der Höhe nach feststehenden Eigenkapitals.

Eine wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes kommt beim Erwerb von weniger als 95 v.H. der Anteile durch neue Gesellschafter nur in 7.1.1 Betracht, wenn zu dem Anteilserwerb bestimmte weitere Umstände hinzutreten, die es rechtfertigen, wirtschaftlich von der Entstehung einer neuen Gesellschaft auszugehen, auf die das Grundstück übergeht. Auf die beispielhafte Aufzahlung derartiger Umstände in Tz. 4.1 wird hingewiesen.

Fällt in den vorbezeichneten Fällen die Kapitalerhöhung nachträglich geringer aus, als es dem Finanzierungsplan entspricht, weil sich z. B. die Investitionskosten verringert haben, ist das Beteiligungsverhältnis der Alt- und Neugesellschafter zur Ermittlung der 95-v.H.-Grenze von dem verringerten Eigenkapital zu berechnen.

5. Fünfjahreszeitraum

Für die Beurteilung der Frage, ob aufgrund einer vollständigen oder wesentlichen Änderung des Gesellschafterbestandes eine Grundstücksübertragung anzunehmen ist, sind alle Anteilsübertragungen innerhalb von fünf Jahren zu berücksichtigen. § 1 Abs. 2 a GrEStG ist erstmals auf Rechtsgeschäfte anzuwenden, die die Voraussetzungen dieser Bestimmung nach dem 31.12.1996 erfüllen (§ 23 Abs. 3 GrEStG). Der Fünfjahreszeitraum kann schon vor dem 1.1.1997 begonnen haben.

6. Anteilserwerb von Todes wegen

Gehen Anteile am Gesellschaftsvermögen von Todes wegen auf neue Gesellschafter über, bleiben diese Anteile bei der Ermittlung des 95-v.H.-Satzes i. S. des § 1 Abs. 2 a Satz 3 GrEStG außer Ansatz. Auch für die Beurteilung der Frage, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung i. S. des § 1 Abs. 2 a Satz 2 GrEStG (vgl. oben Tz. 4.1 Satz 3) eine Übertragung des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft stattgefunden hat, sind die von Todes wegen erworbenen Anteile am Gesellschaftsvermögen nicht zu berücksichtigen.

7. Grundstückserwerbe von einem Gesellschafter

Die Fiktion einer rechtsgeschäftlichen Grundstücksübertragung auf eine neue Personengesellschaft gilt insoweit nicht, als die Personengesellschaft vor dem Wechsel des Gesellschafterbestandes von einem Gesellschafter ein Grundstück erworben hat und die für diesen Fall vorgesehene Vergünstigung nach § 5 GrEStG aufgrund der Rechtsprechung des BFH (vgl. Urteil vom 30.10.1996 – BStBl 1997 II S. 87) zu versagen oder rückgängig zu machen ist. Entsprechendes gilt für § 6 Abs. 3 GrEStG. Da § 1 Abs. 2 a Satz 5 GrEStG eine Doppelbelastung vermeiden soll, ist die Ausnahme nur anwendbar, wenn das planmäßige Ausscheiden des Gesellschafters, der das Grundstück übertragen hat, oder die planmäßige Verringerung seiner Beteiligung durch Übertragung auf einen neuen Gesellschafter gleichzeitig einen Teil des die Besteuerung nach § 1 Abs. 2 a Sätze 1 bis 3 GrEStG auslösenden Gesellschafterwechsels darstellt.

7.1 Beispiele

7.1.1 An der A & B OHG ist A zu 95 v.H. und B zu 5 v.H. beteiligt. A veräußert der OHG sein Grundstück. Für diesen Vorgang ist die Grunderwerbsteuer gem. § 5 Abs. 2 GrEStG nur in Höhe von 5 v. H. zu erheben. Verringert A nach einem vorgefaßten Plan in zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksveräußerung seine Beteiligung durch Übertragung von 90 v. H. der Gesellschaftsanteile an C, so ist die

Steuer in Höhe von 90 v. H. (nachträglich) zu erheben. Veräußert anschließend B innerhalb des Fünfjahreszeitraums seinen Gesellschaftsanteil (5 v.H.) an D, liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a Sätze 1 bis 3 GrEStG vor. Die Steuer ist jedoch nach § 1 Abs. 2 a Satz 5 GrEStG von einer verminderten Bemessungsgrundlage zu berechnen (Gegenleistungen von C und D abzüglich des Betrags, für den die Steuervergünstigung nach § 5 Abs. 2 GrEStG nachträglich zu versagen ist).

7.1.2 Nach der Veräußerung des Grundstücks an die OHG wird das Grundstück bebaut. Von der Besteuerung ausgenommen ist (wie oben) 90 v.H. der Bemessungsgrundlage. Die Bemessungsgrundlage war jedoch nur die Gegenleistung für das unbebaute Grundstück, so daß auch nur dieser Anteil herauszurechnen ist.

7.1.3 C und D übertragen ihre Anteile mehr als fünf Jahre nach der Veräußerung des A an C auf neue Gesellschafter. Da die Veräußerung des A an C wegen Zeitablaufs keinen Teil des die Besteuerung nach § 1 Abs. 2 a Sätze 1 bis 3 GrEStG auslösenden Gesellschafterwechsels darstellt, ist die Ausnahme des Satzes 5 nicht anzuwenden.

7.1.4 An der A & B OHG ist A zu 95 v.H. und B zu 5 v.H. beteiligt. A veräußert der OHG sein Grundstück. Für diesen Vorgang ist die Grunderwerbsteuer gem. § 5 Abs. 2 GrEStG nur in Höhe von 5 v.H. zu erheben. Verringert A nach einem vorgefaßten Plan in zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksveräußerung seine Beteiligung durch Übertragung von 90 v. H. der Gesellschaftsanteile an B, ist die Steuer in Höhe von 90 v. H. (nachträglich) zu erheben. Veräußert anschließend B innerhalb des Fünfjahreszeitraums seine gesamte Beteiligung (95 v. H.) an C, liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 a Sätze 1 bis 3 GrEStG vor. Da die Veränderung der Beteiligungsverhältnisse unter den Altgesellschaftern keinen Teil des die Besteuerung nach § 1 Abs. 2 a Sätze 1 bis 3 GrEStG auslösenden Gesellschafterwechsels darstellt, ist die Bemessungsgrundlage der unter Beachtung der Rechtsprechung zu § 5 Abs. 2 GrEStG (nachträglich) zu erhebenden Steuer nicht nach § 1 Abs. 2 a Satz 5 GrEStG zu berücksichtigen (s. auch Tz. 4 Satz 3).

7.2 Steuersatzänderungen

Änderungen des Steuersatzes haben keinen Einfluß auf die Anwendung des § 1 Abs. 2 a Satz 5 GrEStG, da sich die Ausnahme nur auf die Bemessungsgrundlage und nicht auf die zu erhebende Steuer bezieht.

8. Verhältnis zu § 1 Abs. 3 GrEStG

§ 1 Abs. 2 a GrEStG geht der Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG vor. Die Anwendung des § 1 Abs. 3 wird durch § 1 Abs. 2 a GrEStG auch dann ausgeschlossen, wenn nach dessen Satz 5 oder einer Befreiungsvorschrift die Steuer nicht erhoben wird.

9. Verhältnis zu § 1 Abs. 6 GrEStG

Die Anwendung des § 1 Abs. 6 GrEStG setzt u. a. Erwerberidentität voraus. Diese Voraussetzung ist beim Erwerb eines Grundstücks durch eine Personengesellschaft und einer anschließenden Übereignung des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 2 a GrEStG nicht gegeben.

10. Verhältnis zu Befreiungsvorschriften

§ 1 Abs. 2 a GrEStG fingiert einen rechtsgeschäftlichen Grundstücksübergang. Dabei sind die Steuerbefreiungen des § 3 GrEStG zu beachten.

Beispiel:

A, B und C sind Gesellschafter einer OHG. A überträgt seinen Anteil von 90 v.H. auf seinen Sohn D. B überträgt seinen Anteil von 8 v.H. auf den ihm fremden E. Auf die Übertragung des Anteils von A auf D, die zusammen mit der Anteilsübertragung von B auf E einen Grundstücksübergang nach § 1 Abs. 2 a GrEStG auslöst, ist § 3 Nr. 6 GrEStG anzuwenden. Zu besteuern ist nur die Gegenleistung des E.

11. Verhältnis zu § 6 Abs. 3 GrEStG

In den Fällen des § 1 Abs. 2 a GrEStG ist § 6 Abs. 3 GrEStG nicht anzuwenden, weil dessen Regelungsgehalt schon insofern berücksichtigt ist, als steuerpflichtige Gegenleistung nach § 9 Abs. 1 Nr. 8 GrEStG nur die für die Erlangung der Gesellschafterstellung erbrachten grundstücksbezogenen Leistungen sind, insoweit also die Beteiligung etwa verbleibender Gesellschafter von der Regelung ohnehin nicht berührt wird.

12. Verhältnis zu § 16 GrEStG

§ 16 GrEStG ist im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2 a GrEStG nur dann anzuwenden, wenn alle Gesellschafterwechsel, die zu einer Verwirklichung des § 1 Abs. 2 a GrEStG geführt haben, rückgängig gemacht werden.

13. Bemessungsgrundlage

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 8 GrEStG ist Bemessungsgrundlage für den fiktiven rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerb der Teil der für die Erlangung der Gesellschafterstellung erbrachten Leistungen, der entsprechend der Boruttau'schen Formel auf Grundstücke im Vermögen der Personengesellschaft entfällt. Dazu gehören nicht nur der beim derivativen Erwerb an den übertragenden Gesellschafter zu zahlende Nennbetrag sowie die beim originären Erwerb zu leistende Einlage, sondern auch der Umfang einer kraft Gesetzes entstehenden oder durch Rechtsgeschäft übernommenen Haftung für Schulden und Lasten der Gesellschaft oder des übertragenden Gesellschafters (vgl. BFH-Urteil vom 29.1.1992 – BStBl 1992 II S. 418 – für den Übergang von Schulden und Lasten bei Verschmelzung).

Beispiel:

A, der am Vermögen der A & B OHG zu 95 v.H. beteiligt ist, überträgt seinen Anteil auf den neuen Gesellschafter C. Das Vermögen der Gesellschaft besteht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus einem Grundstück im Wert von 1 Mio. DM und einem Bankguthaben von 100 000 DM. Da der Grundstückserwerb zum Teil fremdfinanziert wurde, bestehen Kreditverbindlichkeiten in Höhe von 800 000 DM, für die das Grundstück mit einer entsprechenden Grundschuld belastet ist. C zahlt an A für die Übertragung des Gesellschaftsanteils 285 000 DM.

Für den Erwerb des Gesellschaftsanteils wendet C neben dem Kaufpreis von 285 000 DM auch den Wert der nach § 128 HGB auf ihn entfallenden Haftung für die Gesellschaftsschulden in Höhe von anteilig 760 000 DM auf. Von dem Gesamtbetrag von 1 045 000 DM bilden jedoch lediglich 950 000 DM den Teil der Leistung, der auf des Grundstück der Gesell-

schaft entfällt, während 95 000 DM auf sonstiges Vermögen der Gesellschaft entfallen.

Ändert sich der Gesellschafterbestand nach und nach, umfaßt die Bemessungsgrundlage die Summe der Teilleistungen, die in ihrer Gesamtheit die vollständige oder wesentliche Änderung im Gesellschafterbestand bewirkt haben. Hierbei ist bezüglich des Umfangs der Bemessungsgrundlage zwischen originären und derivativen Erwerben zu unterscheiden (s. Tz. 4).

Beispiel 1:

Eine Personengesellschaft besteht aus 100 Gesellschaftern mit gleichen Vermögensbeteiligungen. Sämtliche Beteiligungen werden nach und nach innerhalb von fünf Jahren veräußert.

Wechselt der fünfundneunzigste Gesellschafter, ist der Besteuerungstatbestand zwar schon bei diesem Gesellschafterwechsel erfüllt (§ 1 Abs. 2 a Satz 3 GrEStG); die Bemessungsgrundlage kann jedoch die Leistungen aller neuen Gesellschafter umfassen, wenn auch die letzten fünf Gesellschafter ihre Beteiligungen innerhalb des Fünfjahreszeitraums an neue Gesellschafter übertragen. Wird die Übertragung der letzten fünf Beteiligungen nachträglich bekannt, ist die Festsetzung nach § 173 Abs. 1 Satz 1 AO zu ändern. Die Übertragung von Beteiligungen, die nach der Steuerfestsetzung stattfindet, ist nicht zu berücksichtigen.

Beispiel 2:

Sachverhalt wie in Beispiel 2 unter Tz 4.3. Die Bemessungsgrundlage umfaßt die von den hinzutretenden Gesellschaftern nach dem vorgefaßten Plan erbrachten Leistungen in Höhe von 4 Mio. DM.

14. Steuerschuldner und Bekanntgabe des Steuerbescheids

Steuerschuldner ist in den Fällen des § 1 Abs. 2 a GrEStG die Personengesellschaft in ihrer jeweiligen Zusammensetzung (§ 13 Nr. 6 GrEStG). Der fiktive Grundstücksübergang auf eine neue Gesellschaft hat verfahrensrechtlich keinen Einfluß auf den Fortbestand der Gesellschaft. Gegen sie als Inhaltsadressaten ist der Steuerbescheid zu richten (§ 157 Abs. 1 Satz 2 AO). Bekanntzugeben ist er an die im Zeitpunkt der Bekanntgabe vertretungsberechtigten Personen (§§ 709, 710 BGB). Hinweis auf BFH-Urteil vom 12.12.1996 – BStBl 1997 II S. 299

.

15. Anzeigepflicht

Nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 a GrEStG hat die Personengesellschaft dem zuständigen Finanzamt jeden einzelnen Gesellschafterwechsel oder hinzutritt dann anzuzeigen, wenn eine vollständige oder wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes im Sinne des § 1 Abs. 2 a GrEStG eingetreten ist. Die Verpflichtung trifft die zur Geschäftsführung befugten Personen.

16. Anwendung

Dieser Erlaß ist auf alle noch nicht abgeschlossenen Fälle anwendbar. Die gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 2 a GrEStG vom 13.6.1997 (BStBl I S. 632) treten ab sofort außer Kraft.

———

3. Einkommensteuerrechtliche Behandlung des Nießbrauchs und anderer Nutzungsrechte bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung

Inhaltsübersicht **Rz.**

A. Allgemeines

I. Zurechnung von Einkünften 1

II. Bestellung eines dinglichen Nutzungsrechts zugunsten naher Angehöriger 2–5

III. Obligatorische Nutzungsrechte und „fehlgeschlagener" Nießbrauch 6–8

IV. Sicherungsnießbrauch 9

B. Zurechnung von Einkünften im einzelnen

I. Zugewendete Nutzungsrechte

1. Zuwendungsnießbrauch
a) Abgrenzung zwischen entgeltlicher, teilweise entgeltlicher und unentgeltlicher Bestellung 10–13
b) Allgemeine Grundsätze 14–17
c) Unentgeltlich bestellter Nießbrauch
aa) Behandlung beim Nießbraucher 18–22
bb) Behandlung beim Eigentümer 23–25
d) Entgeltlich bestellter Nießbrauch
aa) Behandlung beim Nießbraucher 26–27
bb) Behandlung beim Eigentümer 28–30
e) Teilweise entgeltlich bestellter Nießbrauch 31

2. Vermächtnisnießbrauch 32

3. Zugewendetes dingliches Wohnrecht 33–34

4. Zugewendetes obligatorisches Nutzungsrecht
a) Allgemeines 35
b) Behandlung beim Nutzenden 36
c) Behandlung beim Eigentümer 37–38

II. Vorbehaltene Nutzungsrechte

1. Vorbehaltsnießbrauch
a) Allgemeines 39–40
b) Behandlung beim Nießbraucher 41–44
c) Behandlung beim Eigentümer 45–48

2. Vorbehaltenes dingliches Wohnrecht 49–50

3. Vorbehaltenes obligatorisches Nutzungsrecht
a) Allgemeines 51
b) Behandlung beim Nutzenden 52
c) Behandlung beim Eigentümer 53–54

C. Ablösung von Nutzungsrechten

1. Vorbehaltsnießbrauch
a) Allgemeines 55
b) Ablösung im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe
aa) Allgemeines 56
bb) Behandlung beim Eigentümer 57
cc) Behandlung beim Nießbraucher 58
c) Ablösung im Zusammenhang mit sonstigen Vermögensübertragungen
aa) Behandlung beim Eigentümer 59
bb) Behandlung beim Nießbraucher 60

2. Zuwendungsnießbrauch
a) Unentgeltlicher Zuwendungsnießbrauch 61–62
b) Entgeltlicher Zuwendungsnießbrauch 63–64
3. Vermächtnisnießbrauch 65
4. Dingliches Wohnrecht 66
5. Obligatorisches Nutzungsrecht 67

D. Übergangsregelung in Fällen der Ermittlung des Nutzungswerts als Überschuß des Mietwerts über die Werbungskosten

1. Allgemeines 68
2. Vorbehaltsnießbrauch 69
3. Zuwendungsnießbrauch 70
4. Vermächtnisnießbrauch 71
5. Obligatorisches Nutzungsrecht 72

E. Anwendungsregelung 73–74

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung des Nießbrauchs und anderer Nutzungsrechte bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung wie folgt Stellung:

A. Allgemeines

I. Zurechnung von Einkünften

1 Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sind demjenigen zuzurechnen, der den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) verwirklicht und dadurch Einkünfte erzielt (BFH-Urteil vom 7.4.1987 – BStBl 1987 II S. 707 m.w.N.). Den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung verwirklicht derjenige, der Träger der Rechte und Pflichten eines Vermieters ist (BFH-Urteil vom 31.10.1989 – BStBl 1992 II S. 506 m.w.N.) und mit diesen Rechten und Pflichten Sachen und Rechte i. S. d. § 21 Abs. 1 EStG an andere zur Nutzung gegen Entgelt überläßt (BFH-Urteil vom 26.4.1983 – BStBl II S. 502). Einem Nutzungsberechtigten sind bei Vermietung des Grundstücks die Einkünfte im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG zuzurechnen, wenn ihm die volle Besitz- und Verwaltungsbefugnis zusteht, er die Nutzungen tatsächlich zieht, das Grundstück in Besitz hat und es verwaltet. Den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung erfüllt auch der am Gesellschaftsanteil einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung Nießbrauchsberechtigte, wenn ihm kraft seines Nießbrauchs eine Stellung eingeräumt ist, die der eines Gesellschafters entspricht. Hierfür genügt die bloße Einräumung eines Anspruchs auf Gewinnbezug nicht (BFH-Urteil vom 9.4.1991 BStBl II S. 809).

II. Bestellung eines dinglichen Nutzungsrechts zugunsten naher Angehöriger

2 Bürgerlich-rechtliche Gestaltungen zwischen nahen Angehörigen sind steuerrechtlich nur dann anzuerkennen, wenn sie klar vereinbart, ernsthaft gewollt und tatsächlich durchgeführt werden.

3 Aus der Bestellung eines Nießbrauchs oder eines anderen dinglichen Nutzungsrechts zugunsten naher Angehöriger können somit steuerrechtliche Folgerungen nur gezogen werden, wenn ein bürgerlich-rechtlich wirksames Nutzungsrecht begründet worden ist und die Beteiligten die zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen auch tatsächlich durchführen (BFH-Urteile vom 11.3.1976 – BStBl II S. 421 und 613 und vom 13.5.1980 – BStBl 1981 II S. 297). An der tatsächlichen Durchführung fehlt es, wenn äußerlich alles beim alten bleibt und etwa nur die Erträge an den Nutzungsberechtigten abgeführt werden.

4 Räumen Eltern ihren minderjährigen Kindern einen Nießbrauch an einem Grundstück ein, bedarf es in der Regel der Mitwirkung eines Pflegers, weil das mit dem Nießbrauch regelmäßig verbundene gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher neben Rechten auch Pflichten des Nießbrauchers begründet und der Nießbraucher daher nicht nur einen rechtlichen Vorteil erlangt (BFH-Urteil vom 13.5.1980 – BStBl 1981 II S. 297). Insbesondere der Eintritt des Nießbrauchers in die Vermieterstellung ist insoweit als rechtlich nachteilig anzusehen. Daher ist auch in den Fällen des Bruttonießbrauchs (Rz. 14) die Mitwirkung des Ergänzungspflegers erforderlich, wenn der Nießbraucher in bestehende Mietverhältnisse eintreten oder zur Vermietung verpflichtet seins soll (BMF-Schreiben vom 26.5.1992 – BStBl I S. 370).

5 Die Bestellung des Nießbrauchs ohne Mitwirkung eines Ergänzungspflegers ist in diesen Fällen einkommensteuerrechtlich auch dann nicht anzuerkennen, wenn das Vormundschaftsgericht die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers für entbehrlich angesehen hat (BFH-Urteil vom 31.10.1989 – BStBl 1992 II S. 506). Die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft ist nur für die Bestellung, nicht für die Dauer des Nießbrauchs erforderlich (BFH-Urteil vom 13.5.1980 – BStBl 1981 II S. 295).

III. Obligatorisches Nutzungsrecht und „fehlgeschlagener" Nießbrauch

6 Den Tatbestand der Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung kann auch ein obligatorisch Nutzungsberechtigter erfüllen, wenn er eine gesicherte Rechtsposition erlangt hat und tatsächlich selbst die Stellung des Vermieters oder Verpächters einnimmt. Eine gesicherte Rechtsposition ist gegeben, wenn der Eigentümer dem Nutzenden den Gebrauch des Grundstücks für eine festgelegte Zeit nicht entziehen kann (BFH-Urteil vom 29.11.1983 – BStBl 1984 II S. 366).

7 Obligatorische Nutzungsrechte zugunsten naher Angehöriger sind nur anzuerkennen, wenn die Voraussetzungen der Rz. 2 bis 4 erfüllt sind. Ein unentgeltlich begründetes Nutzungsrecht kann regelmäßig nur anerkannt werden, wenn der Überlassungsvertrag schriftlich abgeschlossen und das Nutzungsrecht für einen festgelegten Zeitraum, mindestens für die Dauer von einem Jahr, vereinbart worden ist. Bei einem teilweise entgeltlich begründeten Nutzungsrecht ist grundsätzlich ein schriftlicher Mietvertrag erforderlich; der Festlegung einer Mindestzeit bedarf es nicht.

8 Ist ein Nießbrauch mangels Eintragung im Grundbuch bürgerlich-rechtlich nicht wirksam bestellt worden, sind die Grundsätze zu den obligatorischen Nutzungsrechten (Rz. 35 bis 38 und 51 bis 54) anzuwenden.

IV. Sicherungsnießbrauch

9 Ein Nießbrauch, der lediglich zu Sicherungszwecken eingeräumt wird, ist, soweit er nicht ausgeübt wird, einkommen-

steuerrechtlich unbeachtlich. Ein Sicherungsnießbrauch liegt vor, wenn die Vereinbarung des dinglichen Nutzungsrechts lediglich dazu bestimmt ist, die dem Berechtigten versprochenen Leistungen dinglich abzusichern, ohne daß der Berechtigte selbst auf Art und Umfang Einfluß nehmen kann (zum Sicherungsnießbrauch vgl. auch Rz. 10 des BMF-Schreibens vom 23.12.1996 – BStBl I S. 1508).

B. Zurechnung von Einkünften im einzelnen

I. Zugewendete Nutzungsrechte

1. Zuwendungsnießbrauch

a) Abgrenzung zwischen entgeltlicher, teilweise entgeltlicher und unentgeltlicher Bestellung

10 Ein Nießbrauch, der vom Eigentümer dem Berechtigten bestellt ist (Zuwendungsnießbrauch), ist als entgeltlich bestellt anzusehen, wenn der Wert des Nießbrauchs und der Wert der Gegenleistung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen sind. Beim Vergleich von Leistung und Gegenleistung sind die von den Vertragsparteien jeweils insgesamt zu erbringenden Leistungen gegenüberzustellen.

11 Ist zwischen Personen, die nicht durch verwandtschaftliche oder sonstige enge Beziehungen miteinander verbunden sind, ein Nießbrauch gegen Entgelt vereinbart worden, ist davon auszugehen, daß der Wert des Nießbrauchs und der Wert der Gegenleistung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten abgewogen sind.

12 Sind der Wert des Nießbrauchs und der Wert der Gegenleistung nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten abgewogen, ist von einem teilweise entgeltlich bestellten Nießbrauch auszugehen. Der Vorgang ist in einen entgeltlichen und in einen unentgeltlichen Teil aufzuteilen. Dabei berechnen sich der entgeltlich und der unentgeltlich erworbene Teil des Nießbrauchs nach dem Verhältnis des Entgelts zu dem Kapitalwert des Nießbrauchs.

13 Ist der Wert der Gegenleistung im Verhältnis zum Wert des Nießbrauchs so bemessen, daß bei Zugrundelegung einer zwischen Fremden üblichen Gestaltung nicht mehr von einer Gegenleistung ausgegangen werden kann, liegt ein unentgeltlich bestellter Nießbrauch vor. Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn der Wert der Gegenleistung weniger als 10 v.H. des Werts des Nießbrauchs beträgt.

b) Allgemeine Grundsätze

14 Nach § 577 BGB tritt der Nießbraucher in die Rechtsstellung des Eigentümers als Vermieter ein. Die Ausgestaltung eines Nießbrauchs als Bruttonießbrauch beeinträchtigt die Vermieterstellung eines Nießbrauchers grundsätzlich nicht (BFH-Urteil vom 13.5.1980 BStBl 1981 II S. 299). Es handelt sich dabei um einen Nießbrauch, bei dem sich der Nießbrauchbesteller verpflichtet, die den Nießbrauchberechtigten nach §§ 1041, 1045, 1047 BGB treffenden Kosten und Lasten zu tragen, so daß dem Nießbraucher die Bruttoerträge verbleiben.

15 Mietzahlungen sind an den Nießbraucher zu leisten. Vertreten Eltern ihre minderjährigen Kinder, müssen die Willenserklärungen im Namen der Kinder abgegeben werden (BFH-Urteil vom 13.5.1980 – BStBl 1981 II S. 295).

16 Bei einem Quotennießbrauch und einem Bruchteilsnießbrauch gelten für die Gemeinschaft von Nießbraucher und Eigentümer die Grundsätze in Rz. 14 und 15 entsprechend. Ein Quotennießbrauch liegt vor, wenn dem Nießbraucher ein bestimmter Anteil an den Einkünften des Grundstücks zusteht; ein Bruchteilsnießbrauch liegt vor, wenn der Nießbrauch an einem Bruchteil eines Grundstücks bestellt wird. Mietzahlungen auf ein gemeinsames Konto beeinträchtigen die Vermieterstellung des Quotennießbrauchers oder Bruchteilsnießbrauchers nicht, wenn sichergestellt ist, daß der anteilige Überschuß in die alleinige Verfügungsmacht des Nießbrauchers gelangt.

17 Hat der Nießbraucher das Gebäude oder eine Wohnung in Ausübung seines Nießbrauchsrechts an den Eigentümer vermietet, so kann darin die Rückgängigmachung des Nießbrauchs oder ein Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) liegen. Bestellen Eltern ihrem Kind einen befristeten Nießbrauch an einem Grundstück und vermietet das Kind den Grundbesitz anschließend an die Eltern zurück, stellt eine solche Gestaltung regelmäßig einen Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten i.S.d. § 42 AO dar (BFH-Urteil vom 18.10.1990 – BStBl 1991 II S.205). Eine mißbräuchliche Gestaltung kann auch in der Unkündbarkeit eines in zeitlichem Zusammenhang mit der Nießbrauchbestellung mit dem Nießbrauchbesteller vereinbarten Mietverhältnisses oder darin liegen, daß die Dauer eines befristeten Nießbrauchs auf die Unterhaltsbedürftigkeit des Nießbrauchers abgestimmt ist.

c) Unentgeltlich bestellter Nießbrauch

aa) Behandlung beim Nießbraucher

18 Bei der Vermietung des nießbrauchsbelasteten Grundstücks sind die Grundsätze der Rz. 14 bis 17 maßgebend.

19 AfA auf das Gebäude darf der Nießbraucher nicht abziehen (BFH-Urteil vom 24.4.1990 – BStBl II S. 888). Von den Herstellungskosten für in Ausübung des Nießbrauchs eingebaute Anlagen und Einrichtungen i.S.d. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB darf der Nießbraucher AfA in Anspruch nehmen. Ferner darf er AfA für Aufwendungen für Einbauten zu vorübergehendem Zweck i.S.d. § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB abziehen.

20 Auf das unentgeltlich erworbene Nießbrauchsrecht darf der Nießbraucher keine AfA vornehmen (BFH-Urteil vom 28.7.1981 – BStBl 1982 II S. 454).

21 Andere Werbungskosten darf der Nießbraucher abziehen, soweit er sie im Rahmen der Nießbrauchbestellung vertraglich übernommen und tatsächlich getragen hat oder – bei Fehlen einer vertraglichen Regelung – aufgrund der gesetzlichen Lastenverteilung getragen hat. Aufwendungen, zu denen der Nießbraucher nicht verpflichtet, aber nach § 1043 BGB berechtigt ist und die in seinem Interesse erfolgen, sind abzuziehen. Verzichtet der Nießbraucher jedoch gegenüber dem Eigentümer von vornherein auf den Ersatzanspruch nach § 1049 BGB oder steht schon bei der Aufwendung fest, daß der Ersatzanspruch nicht zu realisieren ist, ist von einer Zuwendung gemäß § 12 Nr. 2 EStG durch die Erhaltungsmaßnahme auszugehen (vgl. BFH-Urteil vom 14.11.1989 – BStBl 1990 II S. 462 und vom 5.9.1991 – BStBl 1992 II S. 192).

22 Hat der Nießbraucher größeren Erhaltungsaufwand nach § 82 b EStDV auf mehrere Jahre verteilt und endet der Nießbrauch vor Ablauf des Verteilungszeitraums, darf der Nießbraucher den noch nicht berücksichtigten Teil des Erhaltungsaufwands nur noch im Jahr der Beendigung des Nießbrauchs abziehen.

bb) Behandlung beim Eigentümer

23 Dem Eigentümer sind keine Einkünfte aus dem nießbrauchsbelasteten Grundstück zuzurechnen.

24 Der Eigentümer darf AfA auf das Gebäude und Grundstücksaufwendungen, die er getragen hat, nicht als Werbungskosten abziehen, da er keine Einnahmen erzielt.

25 Bei einem Bruchteilsnießbrauch darf der Eigentümer AfA auf das Gebäude nicht abziehen, soweit sie auf den mit dem Nießbrauch belasteten Eigentumsanteil entfallen. Entsprechendes gilt für den Abzug anderer Aufwendungen. Sätze 1 und 2 gelten beim Quotennießbrauch sinngemäß.

d) Entgeltlich bestellter Nießbrauch

aa) Behandlung beim Nießbraucher

26 Im Falle der Nutzung durch Vermietung darf der Nießbraucher auf das entgeltlich erworbene Nießbrauchsrecht die nach der Dauer des Nießbrauchs bemessene AfA nach § 7 Abs. 1 EStG vornehmen (BFH-Urteil vom 27.6.1978 – BStBl 1979 II S. 38). Ist der Nießbrauch für die Lebenszeit des Berechtigten oder einer anderen Person eingeräumt, sind die Aufwendungen für den Erwerb des Nießbrauchs durch AfA auf die mutmaßliche Lebenszeit der betreffenden Person zu verteilen (zur Lebenserwartung vgl. gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Bewertung von Kapitalforderungen/-schulden sowie von Ansprüchen/Lasten bei wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen vom 12.10.1994, BStBl I S. 775, Tabelle 6 zu § 12 BewG). Leistet der Nießbraucher als Gegenleistungen für die Einräumung des Nießbrauchs ausschließlich gleichmäßige laufende Zahlungen, ist es aus Vereinfachungsgründen nicht zu beanstanden, wenn nur die laufend gezahlten Beträge als Werbungskosten abgesetzt werden.

27 Nutzt der Nießbraucher das Gebäude durch Vermietung, darf er Aufwendungen, die er aufgrund vertraglicher Bestimmungen getragen hat, als Werbungskosten abziehen. Haben die Vertragsparteien bei Einräumung des Nießbrauchs keine besonderen Regelungen getroffen, sind Aufwendungen des Nießbrauchers als Werbungskosten zu berücksichtigen, soweit er sie nach den gesetzlichen Bestimmungen (§§ 1041, 1045, 1047 BGB) getragen hat. Zur Abziehbarkeit der Aufwendungen im einzelnen vgl. Rz. 21.

bb) Behandlung beim Eigentümer

28 Beim Eigentümer ist das für die Bestellung des Nießbrauchs gezahlte Entgelt im Jahr des Zuflusses als Einnahme aus Vermietung und Verpachtung zu erfassen. Das gilt unabhängig davon, ob beim Nießbraucher Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung anfallen.

29 Aus Billigkeitsgründen kann auf Antrag die Zahlung des gesamten Entgelts in einem Kalenderjahr auf die Laufzeit des Nießbrauchs, längstens über einen Zeitraum von 10 Jahren, gleichmäßig verteilt werden.

30 Der Eigentümer ist – da ihm Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen sind – zur Vornahme von Abschreibungen berechtigt. Daneben darf er die von ihm aufgrund vertraglicher Vereinbarungen, bei fehlenden Vereinbarungen die aufgrund der gesetzlichen Lastenverteilung (§§ 1041, 1045, 1047 BGB), getragenen Aufwendungen für das belastete Grundstück abziehen.

e) Teilweise entgeltlich bestellter Nießbrauch

Bei einem teilweise entgeltlich bestellten Nießbrauch sind die Grundsätze der Rz. 26 bis 30 anzuwenden. Rz. 30 ist nicht anzuwenden, soweit der Nießbrauch unentgeltlich bestellt worden ist. Zur Aufteilung der Aufwendungen vgl. Rz. 12. **31**

2. Vermächtnisnießbrauch

Ein Vermächtnisnießbrauch liegt vor, wenn aufgrund einer letztwilligen Verfügung des Grundstückseigentümers durch dessen Erben einem Dritten der Nießbrauch an dem Grundstück eingeräumt worden ist. Für den Vermächtnisnießbrauch gelten die Ausführungen zum unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauch (Rz. 18 bis 25) entsprechend. Der Vermächtnisnehmer ist nicht berechtigt, die AfA für das vom Erblasser hinterlassene Gebäude in Anspruch zu nehmen (BFH-Urteil vom 28.9.1993 – BStBl 1994 II S. 319). **32**

3. Zugewendetes dingliches Wohnrecht

Ist das Grundstück in der Weise belastet, daß an einer Wohnung ein im Grundbuch eingetragenes Wohnrecht zugunsten eines anderen begründet worden ist, sind die für den Zuwendungsnießbrauch geltenden Grundsätze insoweit entsprechend anzuwenden. Zur Abgrenzung von unentgeltlich, entgeltlich und teilentgeltlich zugewendeten dinglichen Wohnrechten vgl. Rz. 10 bis 13. Der Erwerb eines Grundstücks gegen die Verpflichtung, dieses mit einem Wohnhaus zu bebauen und dem Veräußerer ein dingliches Wohnrecht an einer Wohnung zu bestellen, ist wie ein entgeltlicher Zuwendungsnießbrauch zu behandeln. Der Erwerber bezieht in Höhe des Grundstückswerts bis zur Höhe des Kapitalwerts des Wohnrechts Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung. Ein den Kapitalwert des Wohnrechts übersteigender Grundstückswert ist eine Zuwendung i.S.d. § 12 Nr. 2 EStG. Rz. 29 gilt entsprechend. **33**

Der Eigentümer darf AfA auf den mit dem Wohnrecht belasteten Gebäudeteil nur in Anspruch nehmen, soweit das Wohnrecht entgeltlich zugewendet worden ist. Entsprechendes gilt für den Abzug anderer Aufwendungen. **34**

4. Zugewendetes obligatorisches Nutzungsrecht

a) Allgemeines

Zur Abgrenzung zwischen der entgeltlichen, teilweise entgeltlichen und unentgeltlichen Einräumung eines Nutzungsrechts vgl. Rz. 10 bis 13. **35**

b) Behandlung beim Nutzenden

Vermietet der Nutzungsberechtigte das Grundstück, hat er die erzielten Einnahmen zu versteuern. Er darf die vertraglich übernommenen und von ihm getragenen Aufwendungen einschließlich des an den Eigentümer gezahlten Entgelts als Werbungskosten absetzen. Bei bereits bestehenden Nutzungsverträgen kann der Nutzungsberechtigte nur durch eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme in die Vermieterstellung eintreten (vgl. BFH-Urteil vom 26.4.1983 – BStBl 1983 II S. 502). Zur Herstellung eines Gebäudes auf fremdem Grund und Boden, die zu einem Nutzungsrecht führt, vgl. Rz. 42 Abs. 5 Satz 3 und 4 EStR 1996. Im übrigen gelten die Ausführungen in Rz. 14 bis 22, 26 bis 27 und 31 entsprechend. **36**

c) Behandlung beim Eigentümer

37 Beim Eigentümer ist das für die Einräumung eines Nutzungsrechts gezahlte Entgelt im Jahr des Zuflusses als Einnahme aus Vermietung und Verpachtung zu erfassen. Im übrigen gelten die Ausführungen in Rz. 14 bis 17, 23 bis 25, 28 bis 31 entsprechend.

38 Nutzt der Berechtigte eine ihm unentgeltlich überlassene Wohnung aufgrund einer gesicherten Rechtsposition, darf der Eigentümer AfA auf das Gebäude nicht in Anspruch nehmen, soweit sie auf den Gebäudeteil entfallen, auf den sich das Nutzungsrecht erstreckt. Entsprechendes gilt für den Abzug anderer Aufwendungen. Soweit sich aus den BFH-Urteilen vom 29.11.1983 und vom 13.12.1983 (BStBl 1984 II S. 366, 368 und 371) etwas anderes ergibt, sind diese Urteile weiterhin über die entschiedenen Einzelfälle hinaus nicht anzuwenden.

II. Vorbehaltene Nutzungsrechte

1. Vorbehaltsnießbrauch

a) Allgemeines

39 Ein Vorbehaltsnießbrauch liegt vor, wenn bei der Übertragung eines Grundstücks gleichzeitig ein Nießbrauchsrecht für den bisherigen Eigentümer an dem übertragenen Grundstück bestellt wird. Einem Vorbehaltsnießbraucher ist ein Schenker gleichzustellen, der mit dem Beschenkten im voraus eine klare und eindeutige Schenkungsabrede über den Erwerb eines bestimmten Grundstücks und die Bestellung eines Nießbrauchsrechts an diesem Grundstück trifft (BFH-Urteil vom 15.5.1990 – BStBl 1992 II S. 67). Gleiches gilt für einen vorläufigen Erben, der die Erbschaft mit der Maßgabe ausgeschlagen hat, daß ihm ein Nießbrauchsrecht an den zum Nachlaß gehörenden Gegenständen eingeräumt wird (BFH-Urteil vom 4.6.1996 – BStBl 1998 II S. 431).

40 Die Bestellung des Nießbrauchs ist keine Gegenleistung des Erwerbers (BFH-Urteile vom 28.6.1981 – BStBl 1982 II S. 378, vom 10.4.1991 – BStBl II S. 791 und vom 24.4.1991 – BStBl II S. 793), unabhängig davon, ob das Grundstück entgeltlich oder unentgeltlich übertragen wird.

b) Behandlung beim Nießbraucher

41 Ist das mit dem Vorbehaltsnießbrauch belastete Grundstück vermietet, erzielt der Nießbraucher Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Dies gilt auch, wenn der Nießbraucher das Grundstück dem Grundstückseigentümer entgeltlich zur Nutzung überläßt.

42 Der Vorbehaltsnießbraucher darf im Falle der Nutzung durch Vermietung die AfA für das Gebäude wie zuvor als Eigentümer in Anspruch nehmen (BFH-Urteil vom 28.7.1981 – BStBl 1982 II S. 380, vom 24.9.1985 – BStBl 1986 II S. 12 und vom 30.1.1995 – BStBl II S. 281). Rz. 25 ist entsprechend anzuwenden.

43 Der Vorbehaltsnießbraucher ist berechtigt, die von ihm getragenen Aufwendungen auf das Grundstück nach Maßgabe der Rz. 21 und 22 als Werbungskosten abzuziehen.

44 Ist das Grundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs entgeltlich übertragen worden, ist die Bemessungsgrundlage für die AfA nicht um die Gegenleistung des Erwerbers zu kürzen.

c) Behandlung beim Eigentümer

45 Sind dem Eigentümer aus dem nießbrauchsbelasteten Grundstück keine Einnahmen zuzurechnen, darf er Aufwendungen auf das Grundstück nicht als Werbungskosten abziehen. Sind dem Eigentümer Einnahmen aus dem nießbrauchsbelasteten Grundstück zuzurechnen, ist Rz. 25 entsprechend anzuwenden.

46 Nach Erlöschen des Nießbrauchs stehen dem Eigentümer die AfA auf das gesamte Gebäude zu.

47 Ist das Grundstück entgeltlich unter Vorbehalt des Nießbrauchs übertragen worden, bemessen sich die AfA nach den Anschaffungskosten des Eigentümers. Der Kapitalwert des Nießbrauchs gehört nicht zu den Anschaffungskosten. Die AfA-Bemessungsgrundlage erhöht sich um die zusätzlichen Herstellungskosten, die der Eigentümer getragen hat (BFH-Urteil vom 7.6.1994 – BStBl II S. 927). Das AfA-Volumen ist um die AfA-Beträge zu kürzen, die von den Anschaffungskosten des Eigentümers auf den Zeitraum zwischen Anschaffung des Grundstücks und dem Erlöschen des Nießbrauchs entfallen.

48 Ist das Grundstück unentgeltlich unter Vorbehalt des Nießbrauchs übertragen worden, führt der Eigentümer nach Erlöschen des Nießbrauchs die AfA nach § 11 d EStDV fort. Bei teilentgeltlichem Erwerb gelten die Grundsätze der Tz. 14 und 15 des BMF-Schreibens vom 13.1.1993 (BStBl I S. 80) entsprechend.

2. Vorbehaltenes dingliches Wohnrecht

49 Ist das Grundstück gegen Einräumung eines vorbehaltenen dinglichen Wohnrechts übertragen worden, sind die für den Vorbehaltsnießbrauch geltenden Grundsätze entsprechend anzuwenden.

50 Der Eigentümer darf AfA auf das entgeltlich erworbene Gebäude nur in Anspruch nehmen, soweit sie auf den unbelasteten Teil entfallen (BFH-Urteil vom 7.6.1994 – BStBl II S. 927). In diesen Fällen ist die AfA-Bemessungsgrundlage nur für den unbelasteten Gebäudeteil zu ermitteln, und zwar wie folgt: Die Einräumung des Wohnrechts stellt kein Entgelt für die Übertragung des Grundstücks dar. Der Übernehmer erhält lediglich das von vornherein um das Nutzungsrecht geminderte Vermögen. Der Kaufpreis zuzüglich der Nebenkosten ist auf die beiden Wirtschaftsgüter Grund und Boden sowie Gebäude nach dem Verhältnis der Verkehrswerte aufzuteilen. Da sich das Wohnrecht nicht auf den Grund und Boden bezieht, ist nur der Verkehrswert des Gebäudes um den kapitalisierten Wert des Wohnrechts zu mindern. Der Anteil des unbelasteten Gebäudeteils an den tatsächlichen Gebäudeanschaffungskosten ergibt sich dann aus dem Verhältnis des Verkehrswerts des unbelasteten Teils zum Verkehrswert des gesamten Gebäudes abzüglich des kapitalisierten Werts des Nutzungsrechts.

Beispiel:

V überträgt sein Zweifamilienhaus gegen Übernahme der Verbindlichkeiten in Höhe von 350 000 DM an K. Dabei behält V sich ein lebenslängliches dingliches Wohnrecht an der Wohnung im Obergeschoß vor (Kapitalwert des Wohnrechts im Erwerbszeitpunkt 150 000 DM). Die Erdgeschoßwohnung ist weiterhin vermietet. Beide Wohnungen sind gleich groß. Die Verkehrswerte betragen für das Gebäude 500 000 DM und für den Grund und Boden 100 000 DM (ohne Berücksichtigung des Wohnrechts).

Die AfA-Bemessungsgrundlage für die unbelastete Wohnung ist wie folgt zu ermitteln:

1. Schritt: Aufteilung der Anschaffungskosten in Höhe von 350.000 DM auf Grund und Boden und Gebäude im Verhältnis der Verkehrswerte:

Verkehrswert Grund und Boden	100.000 DM	= 22,22 v.H.
Verkehrswert Gebäude	500.000 DM	
abzügl. Kapitalwert Nutzungsrecht	150.000 DM	
	350.000 DM	= 77,78 v.H.
Damit entfällt der Kaufpreis von 350.000 DM auf	22,22 v.H.	
den Grund und Boden	von 350.000 DM	77.770 DM
	77,78 v.H.	
das Gebäude	von 350.000 DM	272.230 DM

2. Schritt: Ermittlung der AfA-Bemessungsgrundlage:

		unbelastete Wohnung (50 v.H)	wohnrechtsbelastete Wohnung (50 v.H.)
Verkehrswert Gebäude	500.000 DM	250.000 DM	250.000 DM
abzügl. Kapitalwert Nutzungsrecht	150.000 DM		150.000 DM
	350.000 DM	250.000 DM	100.000 DM
Kaufpreisanteil	350/350	250/350	100/350
Gebäude	272.230 DM	194.450 DM	77.780 DM

Da es sich hier um einen teilentgeltlichen Erwerb handelt, ist § 11 d EStDV auf den unentgeltlich erworbenen und unbelasteten Anteil anzuwenden.

3. Vorbehaltenes obligatorisches Nutzungsrecht

a) Allgemeines

51 Behält sich der bisherige Eigentümer bei der Übertragung des Grundstücks ein obligatorisches Nutzungsrecht vor, stellt die Einräumung des Nutzungsrechts keine Gegenleistung des Erwerbers dar.

b) Behandlung beim Nutzenden

52 Der Nutzungsberechtigte hat bei Vermietung des Grundstücks die Einnahmen zu versteuern. Er darf die von ihm getragenen Aufwendungen einschließlich des an den Eigentümer gezahlten Entgelts als Werbungskosten absetzen. Der Nutzende darf weiterhin wie zuvor als Eigentümer die AfA für das Gebäude in Anspruch nehmen (BFH-Urteil vom 28.3.1995 – BStBl 1997 II S. 121).

c) Behandlung beim Eigentümer

53 Die für den Eigentümer geltenden Grundsätze des Vorbehaltsnießbrauchs nach Rz. 45 bis 48 sind entsprechend anzuwenden.

54 Zur AfA-Berechtigung des Eigentümers auf das Gebäude und zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage vgl. Rz. 50.

C. Ablösung von Nutzungsrechten

1. Vorbehaltsnießbrauch

a) Allgemeines

55 Unbeachtlich ist, ob der Nießbrauch anläßlich einer entgeltlichen oder einer unentgeltlichen Grundstücksübertragung vorbehalten wurde. Bei der Ablösung ist zu unterscheiden zwischen Vermögensübertragungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge (Vermögensübergabe) und sonstigen Vermögensübertragungen. Zur Abgrenzung der Vermögensübergabe von sonstigen Vermögensübertragungen vgl. Rz. 3, 4 und 41 des BMF-Schreibens vom 23.12.1996 – a.a.O.

b) Ablösung im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe

aa) Allgemeines

56 Zum Begriff der vorweggenommenen Erbfolge und den Arten der Vermögensübertragung durch vorweggenommene Erbfolge vgl. BMF-Schreiben vom 13.1.1993 – BStBl I S. 80.

bb) Behandlung beim Eigentümer

57 Einmalige Zahlungen zur Ablösung des Vorbehaltsnießbrauchs sind Abstandszahlungen an den Vermögensübergeber und erhöhen die Bemessungsgrundlage für die AfA des Grundstückseigentümers (BFH-Urteil vom 28.11.1991 – BStBl 1992 II S. 381, vom 21.7.1992 – BStBl 1993 II S. 484 und vom 21.7.1992 – BStBl 1993 II S. 486). Zur Ablösung des Vorbehaltsnießbrauchs durch wiederkehrende Leistungen vgl. BMF-Schreiben vom 23.12.1996 – a.a.O.

cc) Behandlung beim Nießbraucher

58 Die Ablösung des Vorbehaltsnießbrauchs gegen Einmalzahlung ist beim Nießbraucher eine nicht steuerbare Vermögensumschichtung (für den Fall eines vorbehaltenen Wohnrechts vgl. BFH-Urteil vom 9.8.1990 – BStBl II S. 1026). Zur Beurteilung der zur Ablösung empfangenen wiederkehrenden Leistungen vgl. BMF Schreiben vom 23.12.1996 – a.a.O.

c) Ablösung im Zusammenhang mit sonstigen Vermögensübertragungen

aa) Behandlung beim Eigentümer

59 Eine Einmalzahlung führt in voller Höhe, wiederkehrende Leistungen führen mit ihrem Barwert (§§ 13, 14 BewG i.V.m. Anlage 9, 9 a zum BewG) zu Anschaffungskosten (BFH-Urteil vom 9.2.1994 – BStBl 1995 II S. 47 und vom 18.10.1994 – BStBl 1995 II S. 169 – für dauernde Last –). Ist die Einmalzahlung bzw. der Barwert der wiederkehrenden Leistungen höher als der Wert des übertragenen Vermögens, ist Entgeltlichkeit in Höhe des angemessenen Kaufpreises anzunehmen. Der übersteigende Betrag ist eine Zuwendung i.S.d. § 12 Nr. 2 EStG. Ist der Barwert der wiederkehrenden Leistungen mehr als doppelt so hoch wie der Wert des übertragenen Vermögens, liegt insgesamt eine Zuwendung i.S.d. § 12 Nr. 2 EStG vor. Wiederkehrende Leistungen in Zusammenhang mit einer privaten Vermögensumschichtung dürfen weder als Rente noch als dauernde Last abgezogen werden (BFH-Urteil vom 25.11.1992 – BStBl 1996 II S. 663 m.w.N.). Der in den wiederkehrenden Leistungen enthaltene Zinsanteil, der in entsprechender Anwendung der Ertragsanteilstabellen der §§ 22 EStG, 55 EStDV zu ermitteln ist, ist im Falle der Vermietung gem. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 2 EStG als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abzuziehen.

bb) Behandlung beim Nießbraucher

60 Die Ablösung eines vorbehaltenen Nießbrauchs gegen Einmalzahlung ist eine beim Nießbraucher nicht steuerbare Vermögensumschichtung. Wiederkehrende Leistungen, die nicht als Versorgungsleistungen im Rahmen einer Vermögensübergabe erbracht werden, sind mit ihrem Zinsanteil nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG oder bei Veräußerungsleibrenten mit dem Ertragsanteil nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Satz 3 EStG steuerbar (vgl. Rz. 49 des BMF-Schreibens vom 23.12.1996 – a.a.O.).

2. Zuwendungsnießbrauch

a) Unentgeltlicher Zuwendungsnießbrauch

61 Zahlungen zur Ablösung eines unentgeltlich eingeräumten Zuwendungsnießbrauchs sind grundsätzlich als Zuwendungen i.S.d. § 12 Nr. 2 EStG zu beurteilen (vgl. bei fehlender tatsächlicher Änderung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse BFH-Urteil vom 13.10.1993 – BStBl 1994 II S. 451 und beim Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO 1 BFH-Urteil vom 6.7.1993 – BStBl 1998 II S. 429). Sie gehören daher beim Nießbraucher nicht zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung. Der Eigentümer kann sie nicht als Werbungskosten abziehen; sie erhöhen auch nicht seine Anschaffungskosten für das Grundstück. Ein anstelle des bisherigen Nießbrauchs eingeräumter Ersatznießbrauch ist als neu bestellter unentgeltlicher Zuwendungsnießbrauch zu behandeln.

62 Rz. 61 gilt nicht für die Fälle, in denen der ablösende Eigentümer das Grundstück selbst bereits mit der Belastung des Nießbrauchs erworben hat (vgl. BFH-Urteil vom 15.12.1992 – BStBl 1993 II S. 488). In einem solchen Fall vollzieht sich die Ablösung im Rahmen eines entgeltlichen Veräußerungsgeschäfts. Eine Einmalzahlung ist in voller Höhe, wiederkehrende Leistungen sind mit ihrem Barwert Anschaffungskosten.

b) Entgeltlicher Zuwendungsnießbrauch

63 Zahlungen zur Ablösung eines entgeltlich bestellten Zuwendungsnießbrauchs sind beim Eigentümer im Jahr der Zahlung als negative Einnahmen bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu erfassen. Ist das für die Bestellung des Nießbrauchs gezahlte Entgelt nach Rz. 29 auf mehrere Jahre verteilt worden, ist der noch nicht versteuerte Restbetrag beim Eigentümer als Einnahme aus Vermietung und Verpachtung zu erfassen. Besteht die Abfindung in wiederkehrenden Leistungen, sind diese jeweils im Jahr der Zahlung als negative Einnahmen anzusetzen.

64 Die Ablösungszahlungen sind beim Nießbraucher der privaten Vermögensebene zuzuordnen (BFH-Urteil vom 9.8.1990 – BStBl II S. 1026).

3. Vermächtnisnießbrauch

65 Aufwendungen zur Ablösung eines zugewendeten Vermächtnisnießbrauchs sind nachträgliche Anschaffungskosten des Grundstückseigentümers (BFH-Urteil vom 21.7.1992 – BStBl 1993 II S. 484). Die Ablösung eines Vermächtnisnießbrauchs gegen Einmalzahlung ist eine beim Nießbraucher nicht steuerbare Vermögensumschichtung. Zur Ablösung gegen wiederkehrende Leistungen vgl. Tz. 9 des BMF-Schreibens vom 23.12.1996 – a.a.O.

4. Dingliches Wohnrecht

66 Für die Behandlung von Ablösungszahlungen des Eigentümers an den dinglich Wohnberechtigten sind die für die Ablösung von Nießbrauchsrechten geltenden Grundsätze entsprechend anzuwenden. Aufwendungen zur Ablösung eines vom Rechtsvorgänger eingeräumten dinglichen Wohnrechts entfallen, soweit sie nachträgliche Anschaffungskosten des Grundstückseigentümers sind, in vollem Umfang auf das Gebäude (BFH-Urteil vom 21.7.1992 – BStBl 1993 II S. 484).

5. Obligatorisches Nutzungsrecht

Für die Behandlung von Aufwendungen für die Ablösung obligatorischer Nutzungsrechte gelten die Grundsätze zur Ablösung eines Vorbehalts- und Zuwendungsnießbrauchs (Rz. 55 bis 64) entsprechend. **67**

D. Übergangsregelung in Fällen der Ermittlung des Nutzungswerts als Überschuß des Mietwerts über die Werbungskosten

1. Allgemeines

Die Besteuerung des Nutzungswerts der Wohnung im eigenen Haus (§ 21 Abs. 2 Satz 1 1. Alternative EStG) kann aufgrund der Übergangsregelung des § 52 Abs. 21 Satz 2 EStG bis einschließlich Veranlagungszeitraum 1998 fortgeführt werden, wenn im Veranlagungszeitraum 1986 und in dem jeweils in Betracht kommenden Veranlagungszeitraum, der dem Veranlagungszeitraum 1986 folgt, die Voraussetzungen für die Ermittlung des Nutzungswerts als Überschuß des Mietwerts über die Werbungskosten vorgelegen haben (vgl. hierzu BMF-Schreiben vom 19.9.1986 – BStBl I S 480). **68**

2. Vorbehaltsnießbrauch

Nutzt der Vorbehaltsnießbraucher das mit dem Vorbehaltsnießbrauch belastete Grundstück für eigene Wohnzwecke, ist ihm der Nutzungswert nach § 21 Abs. 2 Satz 1 1. Alternative EStG zuzurechnen (BFH-Urteil vom 7.12.1982 – BStBl 1983 II S. 627). In einem solchen Fall kommt für den Vorbehaltsnießbraucher die Übergangsregelung nach § 52 Abs. 21 Satz 2 EStG für einen Veranlagungszeitraum in Betracht, wenn in diesem Veranlagungszeitraum und im Veranlagungszeitraum 1986 die Voraussetzungen für die Ermittlung des Nutzungswerts als Überschuß des Mietwerts über die Werbungskosten vorgelegen haben. **69**

3. Zuwendungsnießbrauch

Für den Zuwendungsnießbrauch ist die Übergangsregelung nach Rz. 68 nicht anzuwenden. **70**

4. Vermächtnisnießbrauch

Für den Vermächtnisnießbraucher gelten die Ausführungen in Rz. 69 aus Billigkeitsgründen entsprechend. **71**

5. Obligatorisches Nutzungsrecht

Wird eine Wohnung aufgrund eines unentgeltlich zugewendeten oder vorbehaltenen obligatorischen Nutzungsrechts von dem Berechtigten selbst genutzt und hat der Nutzende keine gesicherte Rechtsposition, so ist dem Eigentümer der Nutzungswert nach § 21 Abs. 2 Satz 1 1. Alternative EStG zuzurechnen. Er kann den Nutzungswert im Rahmen der Übergangsregelung nach § 52 Abs. 21 Satz 2 EStG in einem Veranlagungszeitraum versteuern, wenn in diesem Veranlagungszeitraum und im Veranlagungszeitraum 1986 die Voraussetzungen für die Ermittlung des Nutzungswerts als Überschuß des Mietwerts über die Werbungskosten vorgelegen haben. **72**

E. Anwendungsregelung

73 Die Grundsätze dieses Schreibens sind in allen noch offenen Fällen anzuwenden.

74 Die Grundsätze in Rz. 4 und 5 dieses BMF-Schreibens sind entsprechend dem BMF-Schreiben vom 26.5.1992 (BStBl I S. 370) in allen Fällen anzuwenden, in denen der Nießbrauch nach dem 30. 6.1992 notariell beurkundet oder der Überlassungsvertrag nach dem 30.6.1992 abgeschlossen worden ist. Ist der Nießbrauch vor dem 1.7.1992 beurkundet oder der Überlassungsvertrag vor dem 1.7.1992 abgeschlossen worden, ist Rz. 4 bzw. Rz. 53 des BMF-Schreibens vom 15.11.1984 (BStBl I S. 561) weiter anzuwenden.

75 Die Grundsätze in Rz. 32 dieses BMF-Schreibens sind entsprechend dem BMF-Schreiben vom 22.4.1994 (BStBl I S. 258) in den Fällen anzuwenden, in denen der Vermächtnisnießbrauch nach dem 31.5.1994 notariell beurkundet worden ist. Ist der Vermächtnisnießbrauch vor dem 1.6.1994 notariell beurkundet worden, ist der Nießbraucher weiterhin zum Abzug der Gebäude-AfA nach Maßgabe der Rz. 51, 41 des BMF-Schreibens vom 15.11.1984 (BStBl I S. 561) berechtigt.

Personaländerungen

1. Ehrenämter:

a) Notarkasse

Mit Wirkung vom 1.10.1998 wurden vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz auf Vorschlag der Landesnotarkammer Bayern und der Notarkammer Pfalz folgende Notare in die Organe der Notarkasse berufen:

Präsident: Prof. Dr. Manfred Bengel, Fürth
1. Stellvertreter: Dr. Hans-Rainer Gebhard, München
2. Stellvertreter: Dr. Peter Götz, Regensburg

Verwaltungsrat:

Dr. Peter Aumüller, Garmisch-Partenkirchen
Dr. Tilman Götte, München
Jürgen Kirchner, Würzburg
Maria Lauckner, Hollfeld
Dr. Robert Lotter, Feuchtwangen
Michael Lottner, Nürnberg
Georg Meier-Kraut, Rotthalmünster
Dr. Anton Obermaier, Sonthofen
Klaus-Peter Seiberth, Frankenthal
Rudolf Spoerer, Miltenberg
Dr. Hans Thalhammer, Eschenbach
Klaus Unckrich, Bad Dürkheim
JR Dr. Dieter Wischermann, Kaiserslautern

b) Bayerischer Notarverein

Die Mitgliederversammlung des Bayerischen Notarvereins hat am 18.10.1998 in Lindau folgende Vorstandsmitglieder gewählt:

1. Vorsitzender: Notar a.D. Dr. Peter Lichtenberger, München

2. Vorsitzender: Notar Dr. Hans Wolfsteiner, München

Schatzmeister: Notar Dr. Gerd-Jürgen Richter, Landau/Pf.

Schriftführer: Notar Dr. Oliver Vossius, München

Weitere Vorstandsmitglieder:

Notar Dr. Hans-Dieter Kutter, Schweinfurt

Notar Dr. Andreas Albrecht, Heilsbronn

Notar Dr. Norbert Mayer, Pfarrkirchen

Notarassessor Rainer Krick, München (aufschiebend bedingt durch die Wirksamkeit der Satzungsänderung zur Erweiterung des Vorstandes um ein weiteres Mitglied, welches zum Zeitpunkt seiner Wahl Notarassessor im Tätigkeitsbereich der Notarkasse sein muß)

2. Verstorben:

Notar a.D. Dr. Alois Pabst, Schirmitz, gest. 11.9.1998

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 4.1.1999:
Notar Levin von Wulffen, München

Mit Wirkung vom 1.3.1999:
Notar Dieter Kreuzer, Regensburg

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.9.1998:

Nürnberg — dem Notarassessor Dr. Dirk Steiner (bisher in München, Notarstellen Prof. Dr. Geimer/Dr. Graf v. Stosch)

Mit Wirkung vom 1.10.1998:

Neustadt/Aisch — dem Notarassessor Dr. Johann Mayr (bisher in München, Notarstelle Dr. Karl)

Bad Königshofen i. Grabfeld — dem Notarassessor Göran Kleine (bisher in München, Notarstellen Graf zu Castell/Singer)

Mit Wirkung vom 1.11.1998:

München — der Notarassessorin Joanna Zehetmeier (bisher in München, Notarstellen Dr. Reinl/Zöller)

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.1998:

Christoph Baumeister, Mellrichstadt (Notarstelle Schüßler)

Christoph Döbereiner, Kelheim (Notarstelle Lebert)

Till Schemmann, Heilsbronn (Notarstellen Füller/Dr. Albrecht)

Hannes Weishäupl, Abensberg (Notarstelle Dr. Ries)

Mit Wirkung vom 1.10.1998:

Dr. Wolfgang Lößl, Uffenheim (Notarstelle Thiede)

Armin Riedel, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Aumüller/Dr. Reiner)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Susanne Zech, München (Notarstellen Bender/Dr. Brachvogel), wurde mit Wirkung vom 28.07.1998 promoviert.

Notarassessorin Andrea Jursnik, Augsburg (Notarstellen Dr. Wust/Engelhardt), wurde mit Wirkung vom 29.07.1998 promoviert.

Notarassessorin Annette Schneider, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schwaiger/Dr. Spinar), wurde mit Wirkung vom 4.8.1998 promoviert.

Notarassessor Michael Trautner, Eggenfelden (Notarstelle Feller), ab 1.10.1998 in Rotthalmünster (Notarstellen Dr. Schmidt/Meier-Kraut)

Notarassessorin Dr. Christina Wolf, Bad Aibling (Notarstelle Schmitt), ab 5.10.1998 in Münchberg (Notarstelle Dr. Kössinger)

Notarassessor Ulrich Schnabel, Bayreuth (Notarstellen Rapp/Dr. Franz), ab 5.10.1998 in Würzburg (Notarstellen Dr. Grimm/Friederich)

Notarassessor Georg Ruhland, Rosenheim (Notarstellen Schiebel/Lederer), ab 12.10.1998 in Augsburg (Notarstellen Füger/Dr. Waibel)

Notarassessor Thomas Wachter, Miesbach (Notarstellen Dr. Fischer/Ulsenheimer), ab 12.10.1998 in Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Notarassessorin Susanne Pöllmann-Budnick, Amberg (Notarstelle Dr. Frank), ab 19.10.1998 in Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Wegmann)

Notarassessor Dr. Jörg Budnick, Hersbruck (Notarstelle Dr. Vollhardt), ab 19.10.1998 in Ingolstadt (Notarstellen Edler von Koch/Dr. Schmidt)

Notarassessor Sebastian Bleifuß, Traunstein (Notarstelle Dr. Ullrich), ab 19.10.1998 in Hersbruck (Notarstelle Dr. Vollhardt)

Notarassessorin Dr. Sibylle Wanner, Lindau (Notarstelle Kluy), ab 19.10.1998 in Augsburg (Notarstellen Dr. Weigl/Laue)

Notarassessorin Andrea Jursnik, Augsburg (Notarstellen Dr. Wust/Dr. Engelhardt), ab 1.11.1998 in München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller)

Notarassessor Michael Reindl, Rosenheim (Notarstellen Schiebel/Lederer), ab 12.10.1998 in Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Somerhäuser)

Inspektorin i. N. Juliane Poschenrieder, München (Notarstellen Jungsberger/Dr. Wirner), ab 15.9.1998 München (Notarstellen Dr. Korschan/Dr. Gastroph)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Engelbert Beißler, Miltenberg (Notarstellen Gemke/Spoerer), ab 31.7.1998 im Ruhestand

Oberinspektor i. N. Klaus Milchmeier, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Scheckenhofer), ab 30.9.1998 im Ruhestand

Schriftleiter: Notarassessoren Dr. Hansjörg Heller, Markus Riemenschneider, Ottostraße 10, 80333 München ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 0 89/5 51 66-0, Telefax: 0 89/55 16 62 34, E-Mail: notare.bayern@t-online.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 65,– DM einschließlich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,– DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 80333 München.