

## ABHANDLUNGEN

### Bindungswirkung bei Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament

Von Notar Dr. Gregor Basty, Weilheim i. OB.

Ein wesentliches Thema bei der Gestaltung von Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten ist die Bindungswirkung der zu treffenden Verfügungen. Dabei ist es schon eine Frage der Bindungswirkung, ob eine Verfügung von Todes wegen (von Ehegatten, § 2265 BGB) in der Form des Erbvertrags oder des gemeinschaftlichen Testaments beurkundet wird (hierzu näher I.). Häufig ist mit den Beteiligten das Für und Wider verschiedener Gestaltungen zu erörtern (hierzu näher II.); die für die Beteiligten maßgebenden Überlegungen sind dann einer sachgerechten Regelung zuzuführen (hierzu näher III.).

#### I. Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament

1. Sofern Ehegatten von Todes wegen verfügen wollen, stehen für die notarielle Praxis zur Gestaltung sowohl das gemeinschaftliche Testament als auch der Erbvertrag zur Verfügung.

a) Nur der Erbvertrag kommt jedoch in Betracht

– wenn andere als Ehegatten gemeinsame Verfügungen von Todes wegen errichten wollen (§ 2265 BGB), z.B. Eltern mit Kindern oder die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft;

– bei Verbindung mit einem Ehevertrag (es sei denn die Beteiligten wollten auf die kostenmäßige Begünstigung gemäß § 46 Abs. 3 KostO verzichten);

– wenn die amtliche Verwahrung ausgeschlossen werden soll (zur Ersparnis der damit verbundenen Gebühr, § 101 KostO)<sup>1</sup>;

– wenn eine Verknüpfung mit lebzeitigen Verfügungen, z.B. einer Pflegeverpflichtung, gewünscht wird.

b) Nur das gemeinschaftliche Testament steht in den Fällen zur Verfügung, in denen keinerlei bindende Verfügungen getroffen werden sollen. Denn der Erbvertrag muss begriffsnot-

wendig *mindestens eine vertragsmäßig bindende Verfügung* enthalten<sup>2</sup>. Sie kann freilich mit einem Rücktrittsvorbehalt versehen sein.

In der Regel ist die Notwendigkeit mindestens einer bindenden Verfügung im Erbvertrag unproblematisch: Wenn gemeinsam verfügt wird, wird wenigstens einer den anderen zum Erben einsetzen oder mit einem Vermächtnis bedenken wollen. Praktisch kann dieses Erfordernis jedoch bei der Beurkundung von *Nachträgen* zu früheren Erbverträgen werden, wenn etwa Ehegatten sich in einem früheren Erbvertrag nur wechselseitig zu Erben eingesetzt haben und nun – ohne Bindungswirkung – Verfügungen auf den Tod des zweitversterbenden Ehegatten treffen wollen. Fraglich kann sein, ob dies im Wege eines Erbvertrags(nachtrags) möglich ist. Zum einen kommt in Betracht, Nachtrag und früheren Erbvertrag als Einheit, also als *einen* Erbvertrag zu verstehen. Überzeugender erscheint jedoch, die auch im Nachtrag erforderliche bindende Verfügung in der Bestätigung der gegenseitigen Erbinsetzung des früheren Erbvertrags zu sehen. Dies sollte im Nachtrag – auch zum Zwecke der Klarstellung – zum Ausdruck kommen:

Im Erbvertrag, zu Urkunde des Notars ... vom ..., URNr. ..., haben wir uns wechselseitig zu Alleinerben eingesetzt; hierbei soll es bleiben, da es auch heute noch unserem beiderseitigen Willen entspricht. Diese gegenseitige Erbinsetzung wird hiermit bestätigt. Ergänzend hierzu treffen wir folgende Verfügung von Todes wegen ...

2. Es bleiben zwei weitere Erwägungen, die die Wahl zwischen Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament als Gestaltungsinstrument beeinflussen können<sup>3</sup>.

a) Das gemeinschaftliche Testament ist zu Lebzeiten beider Ehegatten widerruflich. Die Widerrufsmöglichkeit (§ 2271 BGB) kann nicht ausgeschlossen werden. Zudem kann sich der Überlebende durch Ausschlagung des ihm Zugewendeten

<sup>1</sup> Die Kostenersparnis gilt bei zweiseitigen Erbverträgen auch für die sich an die Ersteröffnung notwendig anschließende Verwahrung durch das Nachlassgericht; war die amtliche Verwahrung ausgeschlossen, bleibt der Erbvertrag offen in der gewöhnlichen Verwahrung bei den Akten des Gerichts (vgl. § 2300 i.V.m. § 2273 BGB). Diese „Aktenverwahrung“ löst keine Gebühr nach § 101 KostO aus.

<sup>2</sup> BGHZ 26, 204, 208: NJW 1982, 441; a. A. *Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl. 1995, S. 474.

<sup>3</sup> Andere Unterschiede – etwa hinsichtlich der Frist, nach der die Verwahrungsstelle zu ermitteln hat, ob der Erblasser noch lebt (gem. §§ 2263 a bzw. 2300 a BGB 30 bzw. 50 Jahre) – spielen für die Gestaltung keine besondere Rolle.

gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB aus der Bindung befreien<sup>4</sup>. Hingegen kann der Erbvertrag bereits ab Beurkundung bindend sein. Jedoch kann er insofern durch die Aufnahme eines Rücktrittsvorbehalts (§ 2293 BGB) an die Wirkungen eines gemeinschaftlichen Testaments angeglichen werden.

Damit korrespondiert, dass der bindend Bedachte unterschiedlich geschützt wird: Da das gemeinschaftliche Testament erst mit dem Tod eines Ehegatten bindend wird, setzt der Schutz des bindend Bedachten durch §§ 2287, 2288 BGB gegen beeinträchtigende lebzeitige Verfügungen erst dann ein<sup>5</sup>, wenn ein Ehegatte verstorben ist.

*Fall: Ehegatten setzen sich in einem gemeinschaftlichen Testament wechselseitig zu Alleinerben ein. Zu Schlusserben je zur Hälfte werden das Kind der Ehefrau aus erster Ehe und das Kind des Ehemannes aus erster Ehe eingesetzt. Die Schlusserbeinsetzung erfolgt wechselbezüglich.*

*Noch zu Lebzeiten der Ehefrau verschenkt der Ehemann erhebliche Teile seines Vermögens ohne deren Zustimmung an sein einseitiges Kind, teilweise durch Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall.*

*Ein Anspruch des Kindes der Ehefrau gegen den Beschenkten gem. § 2287 BGB besteht hier nicht. Auf die wechselbezügliche Verfügung im gemeinschaftlichen Testament kann es sich schon deshalb nicht berufen, weil sie erst mit dem Tod eines Ehegatten bindend wird<sup>6</sup>.*

*Kommt es den Beteiligten auf den Schutz eines bindend Bedachten durch § 2287 BGB an, ist daher der Erbvertrag vorzugswürdig.*

Im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testaments kann dem mit der Regelung Rechnung getragen werden, dass der Längerlebende an seine Verfügungen auf den Tod nicht mehr gebunden ist, wenn der Erstversterbende ohne Einverständnis über seine eigenen Grundstücke (o.Ä.) unter Lebenden verfügt oder Verpflichtungen hierzu übernommen hat<sup>7</sup>. Dies ändert freilich nichts an der Wirksamkeit der lebzeitigen Verfügung. Die Sanktion geht auch dann ins Leere, wenn es dem einen auf die Bindungswirkung der Verfügungen des anderen gar nicht ankommt (z. B. weil nur dessen einseitigen Kinder als Schlusserben eingesetzt werden oder weil er nicht über nennenswertes Vermögen verfügt).

b) Nur das gemeinschaftliche Testament kann (derzeit) gegenständiglich aus der Welt geschafft werden. Man kann es aus der amtlichen Verwahrung herausnehmen und vernichten.

Die Herausgabe eines (aufgehobenen) Erbvertrags an die Beteiligten hingegen ist bislang ausgeschlossen<sup>8</sup>. Auch den aufgehobenen Erbvertrag hat der Notar, wenn die amtliche Verwahrung ausgeschlossen wurde und er ihn in Verwahrung hat, an das Nachlassgericht abzuliefern. Auch der eindeutig aufgehobene Erbvertrag wird nach Ableben des Erblassers eröffnet<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Streitig ist, ob auch eine Ausschlagung als gesetzlicher Erbe erforderlich ist, vgl. KG OLGZ 91, 6; Tiedtke FamRZ 1991, 1259. – Beim Erbvertrag gibt es diese Möglichkeit gemäß § 2298 Abs. 2 Satz 3 BGB allenfalls, wenn ein Rücktritt vorbehalten war.

<sup>5</sup> Vgl. BGHZ 82, 274.

<sup>6</sup> BGHZ 87, 19, 23 f.

<sup>7</sup> Vgl. Nieder, Handbuch der Testamentgestaltung, Rdnr. 945.

<sup>8</sup> Die Voraussetzungen des § 45 BeurkG – Verwendung im Ausland – dürften praktisch nicht in Betracht kommen.

<sup>9</sup> BayObLG RPfleger 1990, 22; DNotI-Report 1997, 20.

Hieran sollte man denken, wenn (auch) eine *Pflichtteilsentziehung* Gegenstand der Verfügung sein soll: Die Pflichtteilsentziehung setzt gemäß § 2336 Abs. 2 BGB die Beschreibung des die Entziehung tragenden „Kernsachverhalts“ voraus<sup>10</sup>; vornehme Zurückhaltung ist nicht angebracht. Unwirksam ist etwa die Bestimmung, der Pflichtteil werde entzogen, weil das Kind den Erblasser „mehrere Male körperlich misshandelt hat und außerdem einen ehrlosen und unsittlichen Lebenswandel geführt hat“<sup>11</sup>. Es ist nicht fern liegend, dass z. B. im Falle einer Versöhnung mit dem Kind die Verfügung wieder aus der Welt geschafft werden soll, um seine Eröffnung und damit die Möglichkeit, dass sein Inhalt den Angehörigen bekannt wird, zu vermeiden. Jedenfalls in diesen Fällen wird man eher an ein gemeinschaftliches Testament als an einen Erbvertrag denken müssen.

3. Sieht man von den zuletzt genannten Fällen ab, wird für die notarielle Praxis viel dafür sprechen, den Erbvertrag als das nach Anwendungsbereich und Gestaltungsmöglichkeiten leistungsfähigere Instrument zur Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen zu bevorzugen.

## II. Probleme der Bindung

Über Bedeutung und Umfang der Bindungswirkung hat der Notar zu belehren (§ 17 BeurkG). Es muss deutlich gemacht werden, dass die Bindungswirkung späteren einseitigen Änderungen durch Verfügung von Todes wegen entgegensteht (§§ 2271 Abs. 2 Satz 1, 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die Tragweite der Bindung wird nicht selten verkannt. Ehegatten erscheint es oft geradezu selbstverständlich, dass gemeinsame Kinder (bindend) zu Schlusserben eingesetzt werden. Dies darf nicht einfach übernommen werden. Im näheren Gespräch zeigt sich meistens, dass die Vorstellung der bindenden Einsetzung der Kinder zu Schlusserben für das gesamte, beim Tod des Zweitversterbenden vorhandene Vermögen nicht dem wirklichen Willen entspricht und bei näherem Nachdenken kaum dem wirklichen Willen der Beteiligten entsprechen kann.

Das Gesetz trägt solchen Umständen (nur) in gewissem Umfang Rechnung: Bei schweren Verfehlungen des Bedachten kann sich der Erblasser u. U. von der Bindung befreien gemäß §§ 2271 Abs. 2, 2294, 2333, 2336 BGB, wobei ein in solchen Fällen möglicher Rücktritt vom Erbvertrag jedoch die – meistens wohl unerwünschte – Folge hätte, dass damit auch die ggf. erfolgte Alleinerbeinsetzung durch den vorverstorbenen Ehegatten unwirksam wird. Insbesondere können auch Anfechtungsrechte bestehen (§§ 2078, 2079, 2281 BGB), sei es wegen eines (Motiv-)Irrtums, etwa auch hinsichtlich der Erwartung künftigen Wohlverhaltens des Erben gegenüber dem Erblasser<sup>12</sup>, sei es wegen des Hinzukommens von Pflichtteilsberechtigten. Gerade wenn der Erblasser auf solche Anfechtungsmöglichkeiten verzichtet – wie es häufig formularmäßig vorgesehen wird –, bedürfen die dahinter stehenden Erwägungen besonders eingehender Erörterung.

Aus § 17 Abs. 1 BeurkG ergibt sich die Pflicht des Notars, durch Nachfragen und Hinweise eine Klärung des wirklichen Willens herbeizuführen. Hierzu ist erforderlich, dass die Umstände deutlich gemacht werden, die eine Änderung der Verfügung – auch nach dem Tod eines Ehegatten – nahe legen können:

<sup>10</sup> BGH DNotZ 1990, 808; 1985, 565.

<sup>11</sup> OLG Köln ZNotP 1997, 68.

<sup>12</sup> BGHZ 4, 91.

a) Die Entwicklung und das Verhalten der Kinder ist nicht absehbar.

- Sie können sich einer Sekte zuwenden<sup>13</sup>, drogensüchtig<sup>14</sup> oder kriminell werden, durch Krankheit oder Unfall vorversterben oder geschäftsunfähig werden oder in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten.
- Ihr Verhältnis zu den Eltern oder dem längerlebenden Elternteil kann sich verändern, sei es unter dem Einfluss späterer Schwiegerkinder, sei es durch einen – vielleicht berufsbedingten – Wegzug an einen weiter entfernten Ort.
- Die Hoffnung, durch ein Kind im Alter und bei Krankheit versorgt und gepflegt zu werden, kann sich zerschlagen.
- Abkömmlinge können, sofern nicht durch einen Pflichtteilsverzichtsvertrag Vorsorge getroffen wurde, schon nach dem Tod des ersten Elternteils Pflichtteilsrechte geltend machen.

b) Gerade bei jüngeren Beteiligten ist auch nicht absehbar, wie sich das Leben des Längerlebenden nach dem Tod des anderen entwickelt. Er kann eine neue Ehe oder eine nicht-eheliche Lebensgemeinschaft eingehen. Aus einer neuen Beziehung des Längerlebenden können Kinder hervorgehen. Es ist ein berechtigtes Anliegen, auch die dadurch hinzu kommenden Personen bedenken zu können (vgl. § 2079 BGB); nicht selten sind etwa die Fälle, in denen ein neuer Partner z. B. durch ein Nießbrauchs- oder Wohnungsrecht am Wohnhaus über den Tod hinaus abgesichert werden soll.

Anders als vielleicht in früheren Jahren<sup>15</sup> erscheint fraglich, ob Regelungen, die die gemeinsamen Kinder sichern sollen und den Längerlebenden beschränken, wirklich angemessen sind. Tatsächlich steht man heute der Vorstellung einer weiteren Ehe des Längerlebenden oft eher aufgeschlossen gegenüber. Häufig erkennt man, dass schon im gesetzlichen Pflichtteilsanspruch der Kinder eine hinreichende – oft aber auch schon als zu weitgehend empfundene – Beteiligung am elterlichen Vermögen verwirklicht wird.

Als Beitrag zum Interessenausgleich für den Fall der Eingehung einer neuen Ehe durch den Längerlebenden stellen sich die sog. *Wiederverheiratsklauseln*<sup>16</sup> dar, die das gesamte oder einen Teil des Vermögens (beider Ehegatten) im Zeitpunkt des Ablebens des Erstversterbenden oder im Zeitpunkt der Wiederverheiratung für die gemeinsamen Abkömmlinge sichern sollen. Solche Klauseln können jedoch höchst problematisch sein. Wenn etwa für den Fall, dass der Längerlebende wieder heiratet, ein Geldvermächtnis für jedes Kind angeordnet wird „in Höhe seines gesetzlichen Erbteils (oder seines Pflichtteils), gerechnet aus dem im Zeitpunkt des Erstversterbenden vorhandenen gesamten Vermögens“, würde eine neue Ehe zu ganz erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigungen für den Längerlebenden führen: Er hätte die Hälfte bzw. ein Viertel des Gesamtvermögens ausbezahlen. Die wenigsten könnten danach noch ein Wohnhaus halten oder einen zum Vermögen gehörenden Betrieb fortführen.

Gleichzeitig erkennen gerade Eltern mit jüngeren Kindern, dass eine neue Beziehung des Längerlebenden durchaus auch

<sup>13</sup> Aus einer sich daraus ergebenden Vermögensgefährdung können sich Anfechtungsrechte ergeben, vgl. OLG München NJW 83, 2577.

<sup>14</sup> Zur Pflichtteilsentziehung in diesen Fällen vgl. DNotI-Report 1998, 238.

<sup>15</sup> Vgl. *Huken* DNotZ 1965, 729, 730 f; ihm folgend aber auch *Hohmann* MittBayNot 1994, 549.

<sup>16</sup> Vgl. OLG Hamm MittBayNot 1994, 546 mit Anm. *Hohmann*.

dem Wohl der gemeinsamen Kinder entsprechen kann (wenn man sich von dem Bild der „bösen Stiefmutter“ löst). Eine neue Ehe des Längerlebenden kann sich zuweilen geradezu als Voraussetzung für die angemessene Betreuung und Versorgung der gemeinsamen Kinder darstellen. Man stelle sich nur den Witwer vor, der neben seinem Beruf kaum Zeit findet, sich um die Kinder zu kümmern. Es wäre ungerecht, wenn trotz der Leistungen des neuen Partners für die Kinder aus erster Ehe (und oft auch für den weiteren Vermögensaufbau) wesentliche Teile des Vermögens oder gar das gesamte Vermögen für die Kinder aus erster Ehe „reserviert“ würden.

Zuweilen begründen sich Wiederverheiratsklauseln auch in der Vorstellung, das aufgebaute Vermögen (und der Längerlebende) seien vor Erbschleicherei zu schützen. Insofern sollte aber auch berücksichtigt werden, dass der Längerlebende sich vielleicht lieber von einem Erbschleicher umsorgt und gepflegt sehen will, als allein gelassen von den Kindern, die die Erbschaft als sicher ansehen.

c) Wenn die Beteiligten die Vorstellung haben, den gemeinsamen Kindern bestimmte Vermögensteile, z. B. das gemeinsam aufgebaute Vermögen, zu erhalten, muss auch die *wirtschaftliche Angemessenheit* entsprechender Bestimmungen reflektiert werden.

Eine „Reservierung“ des vorhandenen Vermögens für gemeinsame Kinder kann bedeuten, die Leistung des Längerlebenden (oft auch die des neuen Partners) zu übersehen. Geht es etwa um eine Immobilie, sind, wenn ein Ehegatte früh verstirbt, oft noch Schulden zu tilgen. Ist ein Betrieb vorhanden, muss er vom anderen fortgeführt werden. Selbst wenn die Vermögenswerte, die beim Ableben des Längerlebenden vorhanden sind, im Rechtssinne Früchte und Surrogate sind, können sie sich von dem, was bei Tod des ersten Ehegatten vorhanden war, so deutlich unterscheiden, dass schon deshalb eine erbrechtliche Bindung unangemessen erscheint.

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass eine Absicherung eines neuen Partners des Längerlebenden oder von hinzu kommenden Kindern oft nur möglich sein wird, wenn auch Vermögen aus der früheren Ehe zur Verfügung steht.

d) Unangemessen erscheint meistens, dass sich die Bindung einer Verfügung von Todes wegen auch auf dasjenige Vermögen erstrecken soll, das der Längerlebende nach dem Tod des Ehegatten hinzugewirbt, man denke nur an eine (unerwartete) Erbschaft<sup>17</sup> oder einen Lottogewinn.

e) Die vorstehend skizzierten Gesichtspunkte haben selbstverständlich unterschiedliches Gewicht je nach Lebensalter der Beteiligten und deren Kinder und je nach Vermögens- und Lebenssituation. Jedenfalls bei jüngeren Ehegatten mit jüngeren Kindern wird aus den skizzierten Gründen schon das „Berliner Testament“, also die gegenseitige Alleinerbeinsetzung mit bindender Schlusserbeinsetzung der gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen, schwerlich als angemessene Regelung der Erbfolge angesehen werden können. Hingegen können in fortgeschrittenerem Alter zunehmend auch steuerliche Fragen Auswirkungen auf die erbrechtliche Gestaltung haben, etwa in der Weise, dass Kinder – wenn nicht schon zu Lebzeiten – beim Tod des erstversterbenden Elternteils Zuwendungen erhalten, um Steuerfreibeträge zu nutzen; solche Umstände machen es wiederum leichter, auf eine Bindungswirkung der auf den Tod des Längerlebenden getroffenen Verfügungen zu verzichten.

<sup>17</sup> Vgl. PfälzOLG Zweibrücken RPfleger 1992, 252.

Letztlich setzt ein Verzicht auf Bindungswirkung das Vertrauen voraus, der Längerlebende „werde es schon richtig machen“. Dieser Gedanke ist oft gerade bei älteren Ehegatten maßgebend für Gestaltungen, die dem Längerlebenden beliebige Änderungen der Verfügung ermöglichen.

2. Kommt es den Beteiligten jedoch auf eine Bindung an, sollte darauf hingewiesen werden, dass stets lebzeitige Verfügungen über einzelne Vermögensgegenstände möglich bleiben. Demgegenüber bieten §§ 2287, 2288 BGB dem bindend Bedachten oft nur wenig Schutz.

Zunächst ist daran zu denken, dass ein neuer Ehepartner Pflichtteilsansprüche hinsichtlich des Nachlasses geltend machen und damit u.U. einen erheblichen Teil des bindend zugewendeten Vermögens beanspruchen kann.

Möglicherweise kann der Längerlebende einem neuen Partner auch unentgeltlich auf Lebenszeit ein Wohnungsrecht einräumen. Die Einräumung eines (schuldrechtlichen) Wohnungsrechts ist Leihe, nicht Schenkung<sup>18</sup>; ob in solchen Fällen § 2287 BGB (analog) anwendbar ist, ist offen<sup>19</sup>.

Der bindend Bedachte hat Rechte gem. § 2287 BGB auch nur dann, wenn eine Schenkung in Beeinträchtigungsabsicht erfolgt, wenn also der Zuwendende kein lebzeitiges Eigeninteresse an der Zuwendung hat. Es genügt z.B. das Motiv, mit der Schenkung die eigene Versorgung und Pflege im Alter zu verbessern.

*Instruktiv ist insofern folgender Fall (BGH NJW 1992, 2630):*

*Der 61-jährige Erblasser heiratet 1976 die 52-jährige A. Er verstirbt 1988 kinderlos. Er hatte 1938 mit seinem Vater einen Erbvertrag geschlossen, wonach Erben seine männlichen Nachkommen, notfalls in der Seitenlinie zu Erben eingesetzt waren. Erbe wurde danach ein Neffe.*

*Als die Witwe dem Neffen gegenüber den Pflichtteil geltend macht, will dieser mit einem Anspruch aus § 2287 BGB in Höhe von DM 3,5 Mio aufrechnen. Der Erblasser habe kurz nach Eheschließung ein Oder-Konto eingerichtet, aus dem der Ehefrau nach dem Tod anteilig gem. § 430 BGB ein entsprechender Betrag zugeflossen sei.*

*Der BGH verneint die Voraussetzungen des § 2287 BGB deshalb, weil der Ehemann nach Eheschließung den krassen Vermögensunterschied der Ehegatten durch die Zuwendung habe ausgleichen wollen, um dadurch eine gedeihliche Grundlage für die eheliche Lebensgemeinschaft zu schaffen in der angesichts seines Alters nahe liegenden Hoffnung, dass ihm die Zuwendung und Betreuung durch seine Ehefrau bis zu seinem Tod erhalten bliebe.*

Wo wirklicher Schutz des bindend Bedachten vor lebzeitigen Verfügungen im lebzeitigen Eigeninteresse gewünscht ist, sind zu erwägen

- die lebzeitige Vermögensübertragung bzw. die vermächtnisweise Zuwendung der maßgeblichen Gegenstände (evtl. als Verschaffungsvermächtnis) z. B. mit Nießbrauchsvorbehalt, Wohnungsrecht etc.,
- die aufschiebend auf den Tod des Schenkers befristete Schenkung (mit Sicherung durch Auflassungsvormerkung), sei es zu Lebzeiten, sei es als ein den Längerlebenden belastendes Vermächtnis,

<sup>18</sup> BGHZ 82, 354.

<sup>19</sup> Vgl. MünchKomm-Musielak, 3. Aufl. 1997, § 2287 Rdnr. 3.

– ein Verfügungsunterlassungsvertrag bzw. ein entsprechendes Vermächtnis auf den ersten Todesfall, wonach der Berechtigte im Fall der lebzeitigen Verfügung einen (vormerkungsgesicherten) Übereignungsanspruch erhält.

### III. Gestaltung der Bindungswirkung

Bindend sind beim gemeinschaftlichen Testament die wechselbezüglichen Verfügungen (§ 2270 Abs. 2 BGB), beim Erbvertrag die vertragsmäßigen Verfügungen (§ 2278 Abs. 1 BGB). Als solche kommen nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen in Betracht (§§ 2270 Abs. 2, 2278 Abs. 2 BGB). Solche müssen nicht notwendig zugunsten des anderen Testierenden bzw. Vertragsteils getroffen werden<sup>20</sup>.

Eine spätere einseitige Änderung der bindend getroffenen Verfügungen ist ausgeschlossen.

Nicht zuletzt hinsichtlich der Bindungswirkung sollte eine notarielle Urkunde klare und rechtlich einwandfreie Bestimmungen enthalten<sup>21</sup>.

Ungenauigkeiten provozieren Streit, wie der der Entscheidung des BayObLG vom 16.1.1997<sup>22</sup> zugrunde liegende Fall zeigt: Dort enthielt der Erbvertrag in Abschnitt I seitens der Ehefrau zum einen die Erbeinsetzung des Sohnes aus erster Ehe, zum Zweiten die vermächtnisweise Zuwendung eines Wohnungsrechts an den Ehemann und schließlich die Anordnung der Testamentsvollstreckung, sowie seitens des Ehemannes die Erbeinsetzung der Ehefrau, ersatzweise deren Sohnes aus erster Ehe, unter Abschnitt II einen Erb- und Pflichtteilsverzicht des Ehemannes. Unter Abschnitt III des Erbvertrags war bestimmt: „Zur Herbeiführung der erbvertragsmäßigen Bindung nehmen wir die vorstehenden erbvertragsmäßigen Bestimmungen gegenseitig an. Wir wurden belehrt, dass diese Bestimmungen einseitig weder abgeändert noch aufgehoben werden können.“

Nach dem Tod des Ehemannes errichtet die Frau ein neues Testament; der (behinderte) Sohn ist nur noch Vorerbe.

Daraus, dass nach § 2278 Abs. 2 BGB Bindungswirkung für die Anordnung der Testamentsvollstreckung und den Erb- und Pflichtteilsverzicht nicht möglich ist, sieht das BayObLG sich zur Auslegung des unklaren Erbvertrags ermächtigt (und kommt zu einem dem Einzelfall angemessenen Ergebnis).

Hätte der Notar seine Verantwortung bei der Gestaltung und Formulierung des Erbvertrags ernster genommen, hätte man dem Gericht die Auslegungsprobleme und den Beteiligten die Kosten des Verfahrens (und der Notar sich selbst seine Haftung) erspart. Es wäre – wie das BayObLG im Rahmen der Auslegung feststellt – nahe liegend gewesen, die Erbvertragsmäßigkeit auf die Verfügungen zugunsten des Ehegatten zu beschränken, seitens des Ehemannes allenfalls noch auf die Ersatzerbeinsetzung des Sohnes der Ehefrau.

Die fehlende verwandtschaftliche Beziehung eines Ehegatten ist mindestens Indiz dafür, dass Verfügungen des anderen Ehegatten zugunsten dessen einseitiger Kinder nicht erbvertraglich gewünscht werden<sup>23</sup>. Im Lichte dieser Rechtsprechung kann es sich empfehlen, das Gegenteil in der Erbregelung

<sup>20</sup> BayObLG MittRheinNotK 1991, 217.

<sup>21</sup> Vgl. BayObLG MittBayNot 1997, 235: „Es gibt keinen Erfahrungssatz dahin, dass notarielle Texte immer sprachlich zweifelsfrei formuliert sind“.

<sup>22</sup> MittBayNot 1997, 179.

<sup>23</sup> BGH NJW 1961, 120.

lung zum Ausdruck zu bringen (z. B. „erbvertraglich bindend ist insbesondere auch die Verfügung der Ehefrau zugunsten ihres Kindes in dem Fall, dass der Ehemann vor ihr verstirbt“).

Die Entscheidung des BayObLG vom 16.1.1997 gibt nicht zuletzt auch Anlass zur Warnung vor Pauschalformulierungen (z. B. „Wir vereinbaren in erbvertraglich bindender, also einseitig nicht widerrufbarer Weise, was folgt:“)

Unter dem Gesichtspunkt der Bindungswirkung bietet sich für die Gestaltung einer gemeinschaftlichen Verfügung von Todes wegen folgende Differenzierung an:

(1) Welche Verfügungen werden bindend getroffen; also beim gemeinschaftlichen Testament wechselbezüglich, beim Erbvertrag vertragsmäßig (wobei ein Erbvertrag mindestens eine erbvertragsmäßige Verfügung enthalten muss).

(2) Soll es für bindende Verfügungen Änderungsvorbehalte<sup>24</sup> geben? Ein „Totalvorbehalt“, wonach jederzeit jede beliebige Änderung möglich ist, ist nach h. M. nicht zulässig. Er bedeutet, dass keine Bindung bestehen soll. Die entsprechende Verfügung wird also zweckmäßigerweise nicht wechselbezüglich bzw. vertragsmäßig getroffen. Alternativ kann auch ein Rücktrittsvorbehalt vorgesehen werden, mit dessen (formgebundener) Ausübung die bindende Verfügung beseitigt wird.

(3) Soll beim Erbvertrag ein Rücktrittsvorbehalt bestehen?

#### 1. Wechselbezüglich/erbvertragsmäßige Verfügungen

Als wechselbezügliche bzw. erbvertragsmäßige Verfügungen kommen nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen in Betracht (§§ 2270 Abs. 2, 2278 Abs. 2 BGB). Der Bindungswirkung nicht zugänglich sind also z. B. die Anordnung der Testamentsvollstreckung oder familienrechtliche Anordnungen wie die Benennung eines Vormundes gemäß § 1777 BGB.

Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen können als bindend bestimmt werden, sie müssen es aber nicht. So kann die Bindungswirkung z. B. beschränkt werden auf einzelne von mehreren Verfügungen oder auf die Verfügungen des erstversterbenden Beteiligten<sup>26</sup> oder auf die Einsetzung einer von mehreren Personen, z. B. die einseitigen Verwandten des Erstverstorbenen<sup>27</sup>. Die für den benannten Schlusserten gewünschte Bindung muss sich nicht auf die vorsorglich eingesetzten Ersatzschlusserten erstrecken<sup>28</sup>. Zu denken ist zuweilen auch an eine einseitige Bindung, so dass z. B. derjenige Ehegatte frei verfügen kann, der das wesentliche Vermögen in die Ehe einbringt oder dessen einseitige Abkömmlinge durch die Bindung geschützt werden sollen.

Aus der Festlegung als wechselbezügliche bzw. erbvertragsmäßige Verfügung ergibt sich, dass alle anderen Verfügungen einseitig getroffen sind und daher von jedem Erblasser jederzeit einseitig geändert werden können. Denn gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB sind nur diejenigen späteren Verfügungen von Todes wegen unwirksam, die die Rechte des vertrags-

mäßig Bedachten beeinträchtigen, wobei freilich der bindend Bedachte – allerdings nur in der Form des § 2348 BGB – einer späteren Änderung zu seinen Lasten auch zustimmen kann<sup>29</sup>.

Formulierung für den Erbvertrag:

#### III. Bindungswirkung

*Wir wurden vom Notar auf die Bindungswirkung erbvertraglicher Bestimmungen hingewiesen.*

*Wir sind darüber einig, dass lediglich die gegenseitige Erbeinssetzung erbvertraglich bindend, also einseitig nicht widerruflich, sein soll. Alle anderen Verfügungen sind einseitig getroffen; jeder von uns kann sie, auch nach dem Ableben des anderen Teils, beliebig aufheben oder ändern.*

#### 2. Änderungsvorbehalt

Änderungsvorbehalte setzen Bindung voraus. Sie führen dazu, dass die bindende Verfügung partiell geändert werden kann.

Folgende Gestaltungen haben in der Gestaltungspraxis größere Bedeutung:

##### a) Inhaltliche Änderungen

Ein Änderungsvorbehalt kann z. B. dahin gehen, dass der Längerlebende

- im Rahmen einer bestimmten Quote des Nachlasses frei verfügen kann (die Bindungswirkung beschränkt sich dann auf den Rest),
- den Schlusserten mit Vermächtnissen (in beliebigem Umfang oder über sämtliche Nachlassgegenstände mit Ausnahme z. B. des Familienheims) belasten kann<sup>30</sup>,
- den Schlusserten durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschränken kann<sup>31</sup>,
- die Schlusserteneinsetzung mit der Maßgabe beliebig ändern kann, dass die Berufung bestimmter Personen als Schlusserten ausgeschlossen ist<sup>32</sup>.

Ehegatten haben nicht selten das Interesse, das gemeinsam erarbeitete Vermögen den Abkömmlingen zukommen zu lassen, ohne sich endgültig darauf festlegen zu wollen, ob letztlich alle oder nur Einzelne von diesen das Vermögen erhalten sollen. Motiv ist insbesondere, dass der Längerlebende der weiteren Entwicklung des Verhältnisses zu den Kindern Rechnung tragen können soll. Unzureichend ist insofern allerdings die Bestimmung, der Überlebende solle berechtigt sein, „die Verteilung unter den Kindern zu bestimmen“; denn hierin könnte lediglich die (rechtlich wegen § 2270 Abs. 3 BGB) überflüssige Ermächtigung zur Vornahme von Teilungsanordnungen im Sinne des § 2048 BGB zu sehen sein<sup>33</sup>. Vielmehr bietet sich an, die gemeinsamen Kinder bindend als Schlusserten einzusetzen, aber dem Längerlebenden zu eröffnen, die Schlusserteneinsetzung durch einseitige Verfügung von Todes wegen aufzuheben oder abzuändern, jedoch nur zugunsten eines oder mehrerer der gemeinschaftlichen Abkömmlinge<sup>34</sup>.

<sup>24</sup> Vgl. *Dohr* MittRheinNotK 1998, 382; *Herlitz* MittRheinNotK 1996, 153; *Weiler* DNotZ 1994, 427, *J. Mayer* DNotZ 1990, 755. – An Stelle des Änderungsvorbehalts empfiehlt *Lehmann* (BWNNotZ 1999, 1) für den Erbvertrag den – dogmatisch weniger problematischen, jedoch in der Praxis oft zu überkonstruierten Lösungen führenden – Rücktrittsvorbehalt gemäß § 2293 BGB.

<sup>25</sup> Vgl. BayObLG DNotZ 1990, 812.

<sup>26</sup> BGHZ 2, 35.

<sup>27</sup> Vgl. BayObLG MittBayNot 1997, 179.

<sup>28</sup> OLG Köln OLGZ 1993, 275.

<sup>29</sup> BGHZ 108, 252.

<sup>30</sup> OLG Düsseldorf OLGZ 66, 68.

<sup>31</sup> Vgl. OLG Hamm MittRheinNotK 1996, 176.

<sup>32</sup> BGH WM 1986, 1222; a. A. MünchKomm-Musielak, a.a.O., § 2278 Rdnr. 19.

<sup>33</sup> Vgl. BGH BGHZ 82, 274, 277.

<sup>34</sup> Vgl. *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rdnr. 400 m.w.N.; anders jedoch MünchKomm-Musielak, a.a.O., § 2278 Rdnr. 18.

Die Bindungswirkung kann durch den Vorbehalt von Vermächtnisanordnungen beschränkt werden, z. B. dass einem neuen Ehegatten oder Partner ein Wohnungsrecht an dem Familienheim eingeräumt werden kann oder zur freien Verfügung über Vermögen, das ein Ehegatte nach dem Ableben des Erstversterbenden noch erwirbt; man denke an den Fall, dass sich durch eine unerwartete Erbschaft die wirtschaftliche Situation grundlegend ändert. In der Folge kann es sich empfehlen, nach dem Ableben des Erstversterbenden ein Vermögensverzeichnis anzulegen.

*Wir sind darüber einig, dass sämtliche Bestimmungen in dieser Urkunde, also sowohl die auf den Tod des Erstversterbenden als auch die auf den Tod des Längerlebenden von uns, erbvertraglich bindend getroffen, also einseitig nicht frei widerruflich sind. Der Überlebende von uns ist jedoch berechtigt, nach dem Tod des Erstversterbenden die für den Fall seines Todes getroffenen letztwilligen Anordnungen durch eine Verfügung von Todes wegen aufzuheben oder abzuändern, jedoch nur zugunsten eines oder mehrerer unserer gemeinschaftlichen Abkömmlinge; er kann auch Testamentsvollstreckung anordnen.*

*Über dasjenige, was der Längerlebende von uns nach dem Tod des Erstversterbenden erwirbt, ausgenommen Früchte und Surrogate für im Zeitpunkt des Ablebens des Erstversterbenden vorhandenes Vermögen, kann er vermächtnisweise frei verfügen.*

#### b) Zeitliche Beschränkungen

Die Bindungswirkung kann zeitlich beschränkt werden, etwa dahingehend, dass ein Ehegatte erst nach dem Tod des anderen abweichend verfügen kann<sup>35</sup>. Zu Lebzeiten beider Ehegatten können Änderungen dann nur durch gemeinsame Verfügung von Todes wegen getroffen werden.

*Wir sind darüber einig, dass der Überlebende von uns nach dem Tode des Erstversterbenden berechtigt ist, die für den Fall seines Todes getroffenen letztwilligen Anordnungen in vollem Umfang durch eine Verfügung von Todes wegen aufzuheben oder abzuändern.*

#### c) Änderungen bei Eintritt bestimmter Bedingungen

Änderungen können – auch bezüglich sämtlicher bindender Bestimmungen – für den Fall des Eintritts bestimmter Bedingungen zugelassen werden. Schon um Streitigkeiten zu vermeiden, sind die Voraussetzungen möglichst klar und eindeutig zu bestimmen. Unbefriedigend sind Formulierungen, die eine Änderung „aus triftigen Gründen“<sup>36</sup> zulassen oder „wenn die Verhältnisse sich ändern“ oder wenn Kinder „undankbar“ sind<sup>37</sup>.

So kann die Änderungsbefugnis etwa daran anknüpfen,

- dass in der Person eines Kindes Gründe eintreten, die die Entziehung des Pflichtteils rechtfertigen (vgl. auch § 2294 BGB),
- dass der Längerlebende pflegebedürftig – z. B. im Sinne von mindestens Pflegestufe 1 gemäß § 15 Abs. 1 Ziffer 1 des Pflegeversicherungsgesetzes vom 26.5.1994 – wird (der

Betreffende könnte mit der späteren Änderung Pflegeleistungen sicherstellen oder belohnen<sup>38</sup>),

- dass der Längerlebende sich wieder verheiratet (häufig in Zusammenhang mit dadurch bedingten Vermächtnissen),
- dass ein Kind nach dem Tod des Erstversterbenden sein Pflichtteilsrecht geltend macht.

Ein Änderungsvorbehalt für den Fall des Pflichtteilsverlangens erscheint zweckmäßiger als die sog. Pflichtteilklauseln, wonach Abkömmlinge, wenn sie „gegen den Willen des Längerlebenden den Pflichtteil nach dem Erstversterbenden verlangen und erhalten, samt ihren Abkömmlingen von der Erbfolge nach dem Längerlebenden ausgeschlossen sind“ (u. U. in Verbindung mit Vermächtnissen zugunsten der anderen Kinder zur Minderung des Nachlasses des Überlebenden). Solche Klauseln können nur abschreckend wirken, wenn die Schlusserbeinsetzung der Abkömmlinge bindend ist. Sie entfalten dann eine Automatik, die sich rächt, wenn der Überlebende sich mit dem Betreffenden wieder versöhnt (oder auch – wenn nicht entsprechende Vorsorge getroffen wird – etwa durch die Formulierung „gegen den Willen des Längerlebenden“ –, wenn der Pflichtteil aus erbschaftsteuerlichen Gründen, also insbesondere um den Erbschaftsteuerfreibetrag nach dem erstverstorbenen Elternteil zu nutzen, geltend gemacht wird<sup>39</sup>). Flexibler ist der an das Pflichtteilsverlangen anknüpfende Änderungsvorbehalt (der gleichzeitig auch den Nachteil vermeidet, dass das Testament bzw. der Erbvertrag im Falle der Pflichtteilklausel seine erscheinersetzende Wirkung gem. § 35 GBO verlieren kann<sup>40</sup>); im Einzelfall ist abzuwägen, ob das Pflichtteilsverlangen die Bindungswirkung hinsichtlich der gesamten Schlusserbeinsetzung beseitigen soll oder nur hinsichtlich des Anteils desjenigen, der den Pflichtteil verlangt.

*Wir sind darüber einig, dass alle Regelungen in dieser Urkunde erbvertraglich bindend, also einseitig nicht widerruflich sein sollen, insbesondere auch die Schlusserbeinsetzung. Die Bindungswirkung hinsichtlich der Schlusserbeinsetzung entfällt jedoch dann, wenn nach dem Tod des Erstversterbenden von uns Pflichtteilsrechte geltend gemacht werden. In diesem Fall kann der Längerlebende die für den Fall seines Todes getroffenen letztwilligen Verfügungen von Todes wegen beliebig aufheben oder abändern.*

*Unabhängig von einem etwaigen Pflichtteilsverlangen kann der Längerlebende von uns über dasjenige, was er nach dem Tod des Erstversterbenden erwirbt, ausgenommen Früchte und Surrogate für im Zeitpunkt des Ablebens des Erstversterbenden vorhandenes Vermögen, vermächtnisweise frei verfügen.*

*Uns ist bekannt, dass die Bindungswirkung des Erbvertrages lebzeitige Verfügungen über den Nachlass grundsätzlich nicht ausschließt.*

Nicht unproblematisch sind Klauseln, die Änderungen für den Fall ermöglichen bzw. daran anknüpfen, dass ein Kind einer Sekte beigetreten oder eine bestimmte Ehe eingegangen ist oder dass eine bestimmte Ehe aufgelöst ist. Abgesehen

<sup>35</sup> Problematisch kann hierbei die Abgrenzung zu einem Rücktrittsvorbehalt sein, vgl. BayObLG DNotZ 1990, 812.

<sup>36</sup> Vgl. OLG Koblenz DNotZ 1998, 218.

<sup>37</sup> Vgl. J. Mayer DNotZ 1990, 755, 763.

<sup>38</sup> Im Einzelfall sind dann die Beschränkungen durch das Heimgesetz zu beachten, vgl. Müller ZEV 1998, 219.

<sup>39</sup> Vgl. Dressler NJW 1997, 2848.

<sup>40</sup> OLG Frankfurt a. M. DNotZ 1995, 312.

davon, dass der maßgebende Sachverhalt nicht unbedingt eindeutig ist (Ist jede Religionsgemeinschaft außerhalb der katholischen oder evangelischen Kirche eine Sekte?), kann man eine Kollision mit Grundrechten erkennen<sup>41</sup>.

### 3. Rücktrittsrecht

Grundsätzlich wird sich die Aufnahme eines Rücktrittsvorbehalts in den Erbvertrag empfehlen. Damit wird eine der gesetzlichen Wertung beim gemeinschaftlichen Testament entsprechende Regelung geschaffen.

Bei Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft empfiehlt er sich schon deshalb, weil ein Unwirksamwerden der Verfügung bei Scheitern der Beziehung gemäß §§ 2279, 2077 BGB nicht in Betracht kommt. Meistens wird man den Rücktritt nicht an das Vorliegen bestimmter Gründe binden wollen. Jedenfalls sollte nicht als Rücktrittsgrund das schwer fassbare „Scheitern der Gemeinschaft“ vorgesehen werden.

Bei Ehegattenerbverträgen spricht für einen Rücktrittsvorbehalt, dass §§ 2279, 2077 BGB erst recht spät zur Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen führen. Es müssen nämlich die Scheidungsvoraussetzungen (z. B. Trennungsjahr, § 1565 Abs. 2 BGB) vorliegen<sup>42</sup>, die Scheidung muss beantragt, der Scheidungsantrag muss zugestellt sein<sup>43</sup>. Angesichts der Überlegungen zum sog. Geschiedentestament<sup>44</sup> ist nahe liegend, dass Ehegatten oft bereits in der Phase der Trennung eine bindend verfügte gegenseitige Erbeinsetzung beseitigen können wollen.

Wo Erbverträge im Hinblick auf eine vom Bedachten geschuldete Gegenleistung geschlossen werden, ist ein Rücktrittsvorbehalt für den Fall der Nichterfüllung der Gegenleistung vorzusehen. In solchen Fällen ist darauf zu achten, dass dem Rücktritt zunächst eine Rüge (Abmahnung) voraus-

gehen muss<sup>45</sup>. Dies sollte in dem Vertrag zum Ausdruck kommen (Bsp. wenn der Erbe/Vermächtnisnehmer seiner Verpflichtung zur Pflege gemäß Abschnitt X. dieser Urkunde trotz Mahnung, die mit eingeschriebenem Brief zu erfolgen hat, nicht in dem geschuldeten Umfang nachkommt).

Es ist zu beachten, dass in Folge eines Rücktritts zunächst alle vertragsmäßigen Verfügungen des Erbvertrags unwirksam werden (§ 2298 Abs. 2 Satz 1 BGB), also ggf. auch diejenigen des anderen Vertragsteils. Gemäß § 2299 Abs. 3 BGB treten auch die in dem Erbvertrag enthaltenen einseitigen Verfügungen des Zurücktretenden außer Kraft. Fraglich kann sein, ob die einseitigen Verfügungen des anderen Teils wirksam bleiben sollen. Hierzu kann sich eine Klarstellung empfehlen.

#### **Rücktrittsrecht**

*Jeder von uns behält sich den Rücktritt von diesem Erbvertrag vor. Der Rücktritt ist jederzeit möglich und von keinen besonderen Voraussetzungen abhängig.*

*Mit dem Wirksamwerden des Rücktritts eines Vertragsteils werden alle Verfügungen in diesem Erbvertrag, auch die des anderen Vertragsteils, unwirksam, so dass jeweils gesetzliche Erbfolge eintreten würde, wenn keine weitere Verfügung von Todes wegen errichtet wird.*

*Der Notar hat auf die gesetzlichen Förmlichkeiten bei der Ausübung des vorbehaltenen Rücktrittsrechtes hingewiesen. Der Rücktritt kann nicht durch einen Vertreter erfolgen. Die Rücktrittserklärung bedarf zwingend der notariellen Beurkundung. Sie muss, um wirksam zu werden, dem anderen Vertragsteil in Ausfertigung zugehen.*

### 4. Bindung beim mehrseitigen Erbvertrag

Sind mehrere Personen beteiligt, sollte besonders sorgfältig geregelt werden, welche Regelungen im Verhältnis zu welchen Personen ervertragsmäßig getroffen werden. Schließen etwa Eltern einen Erbvertrag mit ihren Kindern, wonach sich zunächst die Eltern wechselseitig beerben, ein Kind zum Erben eingesetzt wird und die anderen mit Vermächtnissen bedacht werden, wird es nur selten sachgerecht sein, dass all diese Verfügungen im Verhältnis zu allen Beteiligten bindend sein sollen. Den Vermächtnisnehmern wird z. B. oft nur an der Bindung hinsichtlich der ihnen zugedachten Zuwendung liegen.

Wenn Ehegatten in einem mehrseitigen Erbvertrag einen Dritten bedenken, ist wegen §§ 2279 Abs. 2, 2077 Abs. 3 BGB auch klarzustellen, ob diese Verfügung auch bei einer etwaigen Auflösung der Ehe gelten soll<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Hierzu BGH MittRheinNotK 1999, 54: Eine letztwillige Verfügung, die geeignet ist, die grundrechtlich geschützte Eheschließungsfreiheit (Art. 6 Abs. 2 GG) der Abkömmlinge des Erblassers zu beeinträchtigen und die Abkömmlinge unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung nach Abstammung und Herkunft (Art. 3 Abs. 3 GG) zu benachteiligen, ist jedenfalls nicht dann sittenwidrig und unwirksam, wenn die letztwillige Verfügung nicht auf die Beeinträchtigung dieser Grundrechte gerichtet ist, sondern der Erblasser andere, von der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) gedeckte, mit dem Nachlass sachlich zusammenhängende Ziele verfolgt (betr. sog. Erbunfähigkeitsklausel bei nicht ebenbürtiger Ehe in Testament eines Adligen).

<sup>42</sup> Vgl. OLG Stuttgart OLGZ 1993, 263.

<sup>43</sup> Vgl. den Fall zu BayObLG NJW-RR 1990, 517: Die Ehefrau verstirbt um 5.33 Uhr; ihr Scheidungsantrag wird am gleichen Tag, jedoch zu postüblichen Zeiten zugestellt.

<sup>44</sup> Vgl. Nieder ZEV 1994, 56; Damrau ZEV 1998, 90.

<sup>45</sup> OLG Düsseldorf MittBayNot 1995, 150.

<sup>46</sup> Vgl. OLG Hamm OLGZ 1992, 272; BayObLGZ 1993,

## Die zukunfts offene Löschungszustimmung des Eigentümers

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Zweibrücken<sup>1</sup> vom 23.6.1999 – 3 W 94/99

Von Notar Dr. Hermann Amann, Berchtesgaden

Nach § 27 GBO darf das Grundbuchamt ein Grundpfandrecht nur löschen, wenn der Eigentümer der Löschung in der Form des § 29 GBO zugestimmt hat. Materiellrechtlich fordern die §§ 1192, 1183 BGB die Zustimmung des Eigentümers. Liegt für ein eingetragenes Grundpfandrecht die Löschungsbewilligung des Gläubigers bereits vor, so bereitet es keine Schwierigkeiten, die Zustimmung des Eigentümers konkret auf diese Bewilligung bezogen zu formulieren.

Anspruchsvoller ist die Formulierung der Löschungszustimmung für Grundpfandrechte, die im Zeitpunkt der Erklärung des Eigentümers noch gar nicht eingetragen oder jedenfalls dem Eigentümer noch nicht bekannt sind. Misserfolg droht auch bei dem Versuch, den Eigentümer vor einem nochmaligen Gang zum Notar zu bewahren, wenn dieser eine bloße Freigabe oder eine Rangrücktrittserklärung des Grundpfandrechtsgläubigers erwartet, der Gläubiger jedoch eine Löschungsbewilligung erteilt. Die Frage ist, ob im voraus eine Löschungszustimmung des Eigentümers formuliert werden kann, die auch für solch unerwartete Situationen ausreicht, also eine zukunfts offene Löschungszustimmung.

### 1. Versuch und Misserfolg

Der vom OLG Zweibrücken entschiedene Fall betraf einen Kaufvertrag. Unerwartet wurden nach Abschluss des Kaufvertrags drei Zwangssicherungshypotheken eingetragen. Später bewilligte deren Gläubiger ihre Löschung. Der Notar hatte evident besondere Sorgfalt darauf verwandt, eine Eigentümerzustimmung zur Löschung von Grundpfandrechten zu formulieren, die gegen alle Überraschungen bei der Abwicklung des Kaufvertrags gefeit sein sollte: „Die Beteiligten beantragen die Löschung aller Belastungen auf dem übertragenen Grundeigentum, auch an Mithaftstellen, nach Maßgabe der Bewilligungen der Berechtigten, insbesondere die Löschung der Rechte Abt. III lfd. Nrn. 1 und 2“. Die Mühe erwies sich zunächst als vergeblich. Rechtspflegerin und Landgericht trieben eine Grundbuchpraxis auf die Spitze, die leider nicht ganz vereinzelt vorkommt und eine zukunfts offene Löschungszustimmung des Eigentümers als unerreichbares Ziel erscheinen lässt. Das Landgericht meinte:

- Wer die Löschung „aller Belastungen auf dem übertragenen Grundeigentum“ beantragt, meint damit doch nicht alle Belastungen, sondern nur diejenigen, welche bei Abschluss des Kaufvertrags bestehen.
- Der Gebrauch des Wortes „insbesondere“ verengt den Umfang des Löschantrags auf bereits eingetragene Grundpfandrechte, anstatt seine umfassende Reichweite zu verdeutlichen.
- Wer die Löschung „auch an Mithaftstellen“ beantragt, dokumentiert ebenso wenig einen uneingeschränkten Löschanwillen.
- Selbst ein Löschantrag „nach Maßgabe der Bewilligungen der Berechtigten“ ermöglicht entgegen einem Beschluss des OLG Köln<sup>2</sup> nicht den Vollzug aller Löschungsbewilligungen.

Wer dies liest, verliert das Vertrauen in Sprache als Verständigungsmedium zwischen Juristen. Das OLG Zweibrücken hat dieses Vertrauen vordienstvollerweise wieder belebt. Bereits der klare sprachliche Gehalt des Löschantrags hat ihm dafür genügt. Auf die Interessenlage brauchte es nicht mehr einzugehen. Das will ich nachholen, um zu vermeiden, dass sich die Diskussion um die zukunfts offene Eigentümerzustimmung künftig auf sprachliche Feinheiten oder gar Spitzfindigkeiten verengt.

### 2. Die Eigentümerzustimmung im Licht einer Lastenfreistellungspflicht

Die Interessenlage stand im Vordergrund in einem Beschluss des BayObLG<sup>3</sup>, der Folgendes feststellt:

Ein Verkäufer, der sich zu umfassender Lastenfreistellung verpflichtet hat, stimmt damit konkludent auch der Löschung solcher Grundpfandrechte zu, welche nachträglich zwischen Kaufvertragsabschluss und Eigentumsumschreibung entstanden sind. Das ist lebensnah. Sonst müsste man dem Verkäufer unterstellen, er wolle die zwischenzeitlich gegen seinen Willen entstandenen Grundpfandrechte bestehen lassen, es sei ihm gleichgültig, dadurch die Rechtsfolgen des § 326 BGB auszulösen, es sei ihm wichtiger, den verkauften Grundbesitz noch vertragswidrig zur Sicherung von Krediten zu nutzen. Weil dies ganz fern liegende Unterstellungen wären, dürfen wir folgende *Auslegungsregel* formulieren:

Überall, wo vertragliche Lastenfreistellungspflichten nur durch Löschung erfüllbar sind, richtet sich die Zustimmung des Verkäufers und Eigentümers zur Lastenfreistellung auf alle Löschungen, die erforderlich sind, um den Vertrag zu erfüllen. Dies gilt selbst dann, wenn die entsprechende Erklärung an Deutlichkeit zu wünschen übrig lässt. Die Vertragstreue des Verkäufers steht als Leitbild über der Formulierung seiner Erklärungen. Von diesem Leitbild darf und muss auch das Grundbuchamt ausgehen, und zwar gleichgültig, ob die zu beseitigenden Grundpfandrechte bei Formulierung der Eigentümererklärung bekannt waren oder nicht, also auch bei nachträglich eingetragenen Zwangshypotheken. Der Wille des Verkäufers wird nämlich nicht von seinen richtigen oder falschen Vorstellungen über Zahl und Umfang der zu löschenden Rechte geprägt, sondern von seiner Pflicht zu unverzüglicher vertragsgemäßer Lastenfreistellung. Dass der Verkäufer seine Lastenfreistellungspflicht verletzen oder ihre Erfüllung verzögern möchte, liegt fern. Nur wenn er dies eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, besteht für das Grundbuchamt Anlass, ihm den Weg zur Vertragsuntreue offen zu halten.

<sup>1</sup> MittBayNot 1999, 564.

<sup>2</sup> OLG Köln, DNotZ 1982, 260 = Rpfleger 1981, 354/355.

<sup>3</sup> BayObLGZ 1973, 220 = DNotZ 1974, 92 = Rpfleger 1973, 404; ebenso LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1978, 220.

### 3. Erstes Ergebnis:

In allen Fällen, in welchen der Verkäufer seine Lastenfreistellungspflicht nur durch Löschung erfüllen kann, dürfen wir bei der im vorstehenden Abschnitt 2 entwickelten Auslegungsregel bleiben und dabei auf Beschlüsse des BayObLG<sup>4</sup> und des OLG Köln<sup>5</sup> bauen.

### 4. Die Eigentümerzustimmung im Licht einer erstrebten Rangstelle

Ähnliches gilt, wenn einem neu bestellten Grundpfandrecht eine bestimmte Rangstelle zu verschaffen ist. Halten bisherige Grundpfandrechte, die *ausschließlich* am neu belasteten Grundbesitz eingetragen sind, die erstrebte Rangstelle besetzt, so kann die bedungene Rangstelle

– entweder durch deren Rangrücktritt

oder

– durch deren Löschung

erreicht werden. Weil also zwei Wege zur erstrebten Rangstelle führen, ist keiner von beiden „erforderlich“ im Sinne von unabdingbar, wohl aber jeder von beiden „geeignet“. Beantragt der Eigentümer angesichts dessen den Vollzug aller zur Rangbeschaffung *geeigneten* Erklärungen, so dokumentiert er, dass er keine Beschränkung auf einen der beiden Wege wünscht, sondern mit jedem der beiden Wege einverstanden ist, also mit Rangrücktritt ebenso wie mit Löschung.

Beantragt der Eigentümer den Vollzug aller zur Rangbeschaffung *erforderlichen* Erklärungen, so könnte man an dieser Formulierung Kritik üben. Erforderlich im Sinne von unabdingbar ist nämlich weder der Rangrücktritt für sich allein betrachtet noch die Löschung für sich allein betrachtet. Solche Kritik mündet aber in Haarspalterei. Auch über dieser Formulierung steht das Ziel, dem bestellten Grundpfandrecht eine bestimmte Rangstelle zu verschaffen. Auch sie legt sich nicht auf einen der beiden Wege zu diesem Ziel fest, sondern signalisiert das Einverständnis mit jedem der beiden Wege, also mit Rangrücktritt ebenso wie mit Löschung.

Das BayObLG hat zwar in dem Beschluss vom 8.12.1998 – 2 Z BR 176/98 –<sup>6</sup> eine ähnliche Eigentümererklärung für unzureichend gehalten. Dies lag aber nicht daran, dass das BayObLG nach anderen Grundsätzen verfahren ist, sondern daran, dass in der betreffenden Grundschuldbestellungs-urkunde der für die Grundschuld angestrebte Rang in Abt. III nicht klar bestimmt war.

### 5. Die Zustimmung zu einer nicht erforderlichen Löschung

Schwierigere Auslegungsfragen entstehen, wenn nur eine Teilfläche veräußert wird oder wenn nur eines von mehreren mit einem Gesamtgrundpfandrecht belasteten Grundstücken veräußert oder belastet wird. In solchen Fallkonstellationen kann der Eigentümer nämlich den Restbesitz mit den eingetragenen Grundpfandrechten belastet lassen, ohne dem Käufer gegenüber seine Lastenfreistellungspflicht zu verletzen bzw. ohne die für eine neue Grundschuld erstrebte Rangstelle zu verfehlen. Die Vertragstreue des Eigentümers und sein Rangbeschaffungsinteresse liefern kein Leitbild, um eine unklare Erklärung des Eigentümers dahingehend auszulegen,

dass die Grundpfandrechte auch am Restbesitz zu löschen seien<sup>7</sup>.

In solchen Fallkonstellationen führen

– zur Lastenfreistellung zwei Wege, nämlich Freigabe oder Löschung,

– zur Rangbeschaffung sogar drei Wege, nämlich Freigabe, Rangrücktritt oder Löschung.

Von diesen Wegen weist die Freigabe (Pfandfreigabe, Entlassung aus der Mithaft) die Besonderheit auf, dass sie weder nach materiellem Recht (§ 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB) noch nach Verfahrensrecht (§ 27 GBO)<sup>8</sup> einer Zustimmung des Eigentümers bedarf. Grundbuchtaugliche Bewilligung des Grundpfandrechtsgläubigers und schriftlicher Vollzugsantrag irgendeines Antragsberechtigten<sup>9</sup> genügt, um sie im Grundbuch einzutragen. Diese Feststellung ist wichtig, um die Erklärungen des Eigentümers zutreffend auszulegen.

Beantragt der Eigentümer *mehr* als die bloße Freigabe des veräußerten bzw. neu belasteten Grundbesitzes, so kann damit nämlich

– im Falle der Veräußerung eines Teils des Pfandbesitzes nichts anderes als eine Zustimmung zur Löschung des Grundpfandrechts gemeint sein,

– im Falle der Neubelastung nur eines Teils des Pfandbesitzes nicht anderes als die Zustimmung zu einem Rangrücktritt oder zu einer Löschung gemeint sein.

Richtet sich also der Antrag seinem Wortlaut nach (auch) auf „Löschung“, so rechtfertigt dies stets die Löschung am Restbesitz. Es kommt nicht mehr darauf an, ob die gewählte Formulierung die Löschung als „erforderlich“ oder als „geeignet“ bezeichnet, ob der Antrag die Löschung auf alle Mithaftstellen oder auf alle Bewilligungen der Berechtigten erstreckt oder nicht.

Lediglich das Einverständnis mit einem Rangrücktritt bedarf weiterer Verdeutlichung, z. B. dadurch, dass der Eigentümer „allen zur Rangbeschaffung geeigneten Erklärungen“ zustimmt. Diese Zustimmung umfasst schon ihrem Wortlaut nach nicht nur eine Freigabe, zu welcher sie gar nicht erforderlich ist, sondern auch einen Rangrücktritt und eine Löschung. Jedwede dieser Maßnahmen *eignet* sich nämlich, um das erstrebte Ziel zu erreichen.

Die Rechtsprechung, insbesondere des BayObLG, besagt – genau besehen – nichts anderes. Die Beschlüsse des BayObLG, die gerne als Stütze für eine engherzige Auslegung der Eigentümererklärungen bemüht werden, beruhen jeweils auf Besonderheiten des zugrunde liegenden Sachverhalts.

– BayObLGZ 1973, 220 = DNotZ 1974, 92 = Rpfleger 1973, 404: Beantragt war lediglich Pfand- und Lastenfreistellung „der Vertragsfläche“;

– BayObLG Rpfleger 1997, 154: Es fehlte die Löschungszustimmung des Käufers, der im Zeitpunkt des Löschantrags bereits Eigentümer war;

– BayObLG MittBayNot 1999, 287: Der erstrebte Rang im Verhältnis zu anderen Grundpfandrechten war nicht angegeben.

<sup>4</sup> Fußn. 3.

<sup>5</sup> Fußn. 2.

<sup>6</sup> BayObLG MittBayNot 1999, 287.

<sup>7</sup> BayObLG a.a.O. (Fußn. 3); BayObLG DNotZ 1980, 481.

<sup>8</sup> *Haegeler/Schöner/Stöber*, 11. Aufl. 1997, Rdnr. 284, 895, 2719 m.w.N.; *Demharter*, 22. Aufl. 1997, § 27 GBO Rdnr. 7 m.w.N.

<sup>9</sup> Dazu *Haegeler/Schöner/Stöber* a.a.O.

In einem weiteren Beschluss hat das BayObLG die restriktive Auslegung der Erklärung des Eigentümers zwar gebilligt, hierbei aber die damals praktizierte Zurückhaltung des Revisionsgerichts gegenüber den Auslegungsergebnissen der Vorinstanzen betont<sup>10</sup>.

## 6. Die Eigentümerzustimmung im Lichte des historischen Rangwahrungsprinzips und der heutigen Rechtswirklichkeit

Wenn die §§ 1183 BGB, 27 GBO zu Löschung und Rangrücktritt die Zustimmung des Eigentümers verlangen, so beruht dies auf dem sog. Rangwahrungsprinzip: Nachrangige Gläubiger sollen im Falle der Erledigung eines vorrangigen Grundpfandrechts nicht gegen den Willen des Eigentümers im Range aufrücken. Der Eigentümer soll erneut über den wirtschaftlichen Wert der vorrangigen Rangstelle disponieren können<sup>11</sup>. Die Schöpfer des BGB haben dieses Prinzip hochgehalten und ihm einen gewaltigen konstruktiven Aufwand gewidmet. Von daher erscheint die Scheu mancher Gerichte verständlich, allgemein gehaltene, zukunfts offene Lastenfreistellungs- oder Rangbeschaffungserklärungen als Löschungszustimmung zu interpretieren. Ob das Rangwahrungsprinzip indessen heute noch eine Richtschnur für die Auslegung allgemein gehaltener, zukunfts offener Eigentümererklärungen abgeben kann, erscheint zweifelhaft.

In der heutigen Rechtswirklichkeit ist nämlich vom Rangwahrungsprinzip fast nichts mehr übrig geblieben. Kreditpraxis und Gesetzgeber haben nach In-Kraft-Treten des BGB ein ganzes Arsenal von Werkzeugen angesammelt, um es zu paralysieren<sup>12</sup>.

Bei der Grundschuld beginnt dieses Arsenal damit, dass alle professionellen Grundschuldgläubiger sich sämtliche Ansprüche des Eigentümers auf Rückgewähr vorrangiger oder gleichrangiger Grundschulden abtreten lassen. Der Eigentümer verliert damit die Rechtsmacht, über die nicht mehr valutierte vorrangige oder gleichrangige Grundschuld zu seinem Vorteil zu verfügen. So weit das Rangwahrungsinteresse des Eigentümers nicht bereits einer derartigen Abtretung zum Opfer gefallen ist, droht ihm die vielfach praktizierte Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf Löschung (Aufhebung) der Grundschuld. Diese Beschränkung ist grundsätzlich zulässig<sup>13</sup> und verhindert eine erneute Disposition des Eigentümers über die Grundschuld. Ist der Eigentümer auch

dieser Gefahr entronnen, so bleibt ungewiss, ob der Sicherungsvertrag es dem Eigentümer noch erlaubt, Rückgewähr der Grundschuld in Form von Verzicht (§ § 1192, 1168 BGB) oder Übertragung zu verlangen, wenn erst einmal die Gläubigerin Löschungsbewilligung erteilt hat<sup>14</sup>. Gelingt es dem Eigentümer ungeachtet all dieser Hürden, Gläubiger der vorrangigen Grundschuld zu werden, so vereitelt der Gesetzgeber die Wahrung des Rangs durch den gesetzlichen Löschananspruch (§ 1179 a BGB). Der von § 1179 a Abs. 5 BGB zugelassene Ausschluss des gesetzlichen Löschanpruchs kommt praktisch nur selten vor. Damit nicht genug: Selbst wenn einmal der gesetzliche Löschananspruch ausgeschlossen ist oder die nachrangigen Gläubiger auf dessen Durchsetzung verzichten, bleibt der Weg zur Wiederverwendung der vorrangigen Grundschuld mit schmerzhaften Dornen des Kostenrechts gepflastert, als da sind:

- Notar- und Grundbuchkosten für die Eintragung des Eigentümers als Grundschuldgläubiger,
- Notar- und (bei Buchrechten) Grundbuchkosten für die Abtretung der Grundschuld zur erneuten Kreditsicherung,
- Kosten der Umschreibung der dinglichen Vollstreckungsklausel auf den Neugläubiger der Grundschuld,
- Kosten einer vom neuen Gläubiger verlangten persönlichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung.

Die Summe dieser Kosten wird in aller Regel das Rangwahrungsinteresse der wenigen verbliebenen Eigentümer ersticken, die ihre Grundschuld durch die Fährnisse der Kreditpraxis, des Sicherungsvertrags und des gesetzlichen Löschanpruchs hindurchretten konnten.

Wenn sich angesichts dieser Realitäten die Rangwahrung für den Eigentümer als meist unerreichbar und außerdem als zu kostspielig erweist, dann eignet sich das vom historischen Gesetzgeber statuierte Rangwahrungsprinzip nicht mehr, um zukunfts offenen Eigentümererklärungen wie sie in Abschnitt 5. dargestellt sind, die Anerkennung als Löschungszustimmung zu versagen.

## 7. Zweites Ergebnis:

Die Löschung von Grundpfandrechten an solchem Grundbesitz, der von keiner vertraglichen Freistellungspflicht und von keinem Rangbeschaffungsziel betroffen ist, erfordert zwar eine Erklärung des Eigentümers, die mehr enthält als den Antrag auf Vollzug einer Freigabe gemäß § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Anforderungen dürfen aber nicht überspannt werden und nicht über die Formulierungsbeispiele in Abschnitt 5. hinausgehen.

<sup>10</sup> BayObLG MittBayNot 1980, 208 = Rpfleger 1981, 23.

<sup>11</sup> *Staudinger/Wolfsteiner*, 13. Bearb. 1996, § 1179 a BGB Rdnr. 1.

<sup>12</sup> Treffend *Staudinger/Wolfsteiner* § 1179 a BGB Rdnr. 2.

<sup>13</sup> Vgl. BGHZ 106, 375 = NJW 1989, 1349; kritisch *Staudinger/Wolfsteiner* Vorbem. 87 ff. zu §§ 1191 ff. BGB.

<sup>14</sup> Vgl. *Gaberdiel*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 5. Aufl. 1991, Rdnr. 13.4.4.

# Multilaterales Seminar über alternative Methoden zur Konfliktlösung (Alternative Means of Dispute Resolution) in Straßburg vom 29.11. bis 01.12.1999

von Notarassessorin *Dr. Annette Schneider*, Fürstfeldbruck

Der Europarat organisierte in Zusammenarbeit mit der Europäischen Rechtsakademie Trier ein Seminar, das sich mit den Möglichkeiten der alternativen Methoden zur Konfliktlösung, insbesondere der außergerichtlichen Streitbeilegung beschäftigte. Die Teilnehmerliste umfasste Richter, Ministerialbeamte und Anwälte aus fast allen EU-Staaten, vielen osteuropäischen Staaten, früheren Mitgliedsstaaten der UdSSR und Japan.

Als Vertreterin der Landesnotarkammer Bayern hatte ich kurzfristig die Gelegenheit erhalten, die Rolle der Notare in Deutschland im Zusammenhang mit der außergerichtlichen Konfliktlösung und den Gesetzesentwurf zum Bayerischen Schlichtungsgesetz vorzustellen.

Als Einstieg demonstrierten britische Rechtsanwälte, die für das Centre for Dispute Resolution (CEDR) in London tätig sind, in einem kurzen Rollenspiel ein Mediationsverfahren im wirtschaftsrechtlichen Bereich. Schon zu Beginn wurde deutlich, dass die Terminologie für alternative Konfliktlösungsmethoden in vielen Ländern nicht einheitlich ist. Die Begriffe „arbitration“, „conciliation“ und „mediation“ wurden mit unterschiedlichen Bedeutungen verwendet, so dass der einzelne Redner erst definieren musste, ob er gerade von einer Art „Schiedsrichter“, einem „Schlichter“ oder einem „Mediator“ sprach, der als unparteiischer Dritter ohne Entscheidungskompetenz die Parteien bei deren freiwilliger, selbstverantwortlicher Konfliktlösung unterstützt.

Im Rahmen der einzelnen Länderberichte referierte Rechtsanwalt *Frank-Bernd Weigand*, Hamburg, über die Situation in der Bundesrepublik Deutschland. Er wies auf das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht hin, das in den §§ 1025 ff. ZPO niedergelegt ist und eine Umsetzung des UNCITRAL Modellgesetzes beinhaltet. Diese neuen Regelungen könnten dem bisher etwas stiefmütterlich behandelten Schiedsverfahren neuen Auftrieb geben.

Als Form der alternativen Konfliktlösung führte er die arbeitsgerichtliche Güteverhandlung nach § 54 ArbGG und die Übereinkunft über den Schuldbereinigungsplan im Verbraucherinsolvenzverfahren nach § 308 InsO an, die jeweils die Einigung der Parteien ohne abschließende Streitentscheidung durch einen Dritten zum Ziel habe. Auch § 279 ZPO, der jedes Gericht verpflichtet, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits bedacht zu sein, unterstütze die Beilegung eines zivilrechtlichen Streits ohne abschließende Entscheidung des Richters.

Allerdings dürfe man den Unterschied zwischen einem richterlichen Vergleich, der den Parteien als einzige Alternative zu einem drohendem Urteil (mit allen eventuell nachteiligen Folgen) häufig fast aufgedrängt werde, und einer Vereinbarung als Abschluss einer Mediation, deren Unterlassen gerade nicht die Sanktion einer abschließenden Streitentscheidung durch Dritte nach sich ziehen würde, nicht verkennen.

*Weigand* berichtete von den Anfängen der Mediation in Deutschland im familienrechtlichen Bereich, die durch die Gründung der Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation 1992 einen starken Aufschwung erlebt habe. Im

wirtschaftsrechtlichen Bereich habe sich die Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement (GWMK) in München gegründet, um auch hier die Mediation als Lösungsmodell stärker ins Blickfeld zu rücken.

Für die Zukunft prognostizierte *Weigand* auf Grund der Überlastung der Gerichte und der Sparzwänge der öffentlichen Hand ein gesteigertes Interesse an außergerichtlicher Streitbeilegung. Allerdings müsse ein entsprechendes Bewusstsein sowohl in der Bevölkerung als auch bei den Juristen erst wachsen.

Mein Beitrag widmete sich zunächst der Aufgabe eines deutschen Notars. Ich machte deutlich, dass der Notar als unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten einen wichtigen Beitrag zur Konfliktvermeidung und Konfliktlösung leistet. Die notarielle Tätigkeit ist sicher wesentlich umfassender als die eines Mediators, doch in den Grundprinzipien lässt sich eine große Übereinstimmung feststellen. Sowohl der Notar als auch der Mediator handeln neutral und vertraulich. Beide ermitteln den Sachverhalt und informieren die Parteien. Eine Vereinbarung kann nur unter freiwilliger Mitwirkung der Parteien getroffen werden und dient (u. a.) der außergerichtlichen Konfliktlösung. Neben seiner bisherigen Tätigkeit wird der bayerische Notar künftig als Schlichter nach dem Bayerischen Schlichtungsgesetz seine Erfahrungen als neutraler Vermittler zwischen den Parteien und seine juristische Kompetenz einsetzen, um auch in diesem Rahmen rechtlich zulässige, ausgewogene und interessengerechte Schlichtungsergebnisse zu erzielen. In meinem Vortrag stellte ich das Bayerische Schlichtungsgesetz ausführlich vor und berichtete über die konkret geplanten Maßnahmen der Landesnotarkammer zur Unterstützung ihrer Mitglieder für diese neue Tätigkeit.

*Tatyana Adreeva*, Richterin des Höchsten Schiedsgerichts der Russischen Föderation, berichtete über die Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit in Russland seit 1990. Auf Grund der raschen Veränderungen im wirtschaftlichen Bereich würden Schiedsvereinbarungen in vielen Verträgen zwischen Unternehmen aufgenommen, um in einfacheren und flexibleren Verfahren ihre Streitigkeiten beilegen zu können, ohne auf staatliche Gerichte angewiesen zu sein. Mediations- oder Schlichtungsverfahren hingegen seien in Russland noch völlig unbekannt.

In Großbritannien dagegen werde Mediation seit knapp 30 Jahren bei familienrechtlichen, aber auch nachbarrechtlichen Konflikten verstärkt angewandt. Mit der Gründung der IDR 1989 durch mehr als 25 Anwaltskanzleien und der bereits eingangs erwähnten CEDR 1990 sei im wirtschaftsrechtlichen Sektor der Grundstein für eine intensive Mediationsausbildung und Mediationspraxis gelegt worden. Die IDR nehme für sich in Anspruch, europaweit inzwischen mehr als 12.000 Fälle pro Jahr zu mediieren. Seit der Änderung der Regeln für Zivilprozesse im April 1999 könne das Gericht auch gegen den Willen der Parteien den Prozess für einen Monat unterbrechen, um den Parteien die Gelegenheit zu geben, ihren Streit in einem Mediationsverfahren zu lösen. Dies werde die Mediation in Großbritannien weiter fördern.

Für Frankreich berichtete *Michel Armand-Prévost*, Vizepräsident des Handelsgerichts in Paris, dass im Februar 1995 die Zivilprozessordnung dahingehend geändert worden sei, dass der Richter in jedem Verfahrensstadium eine Mediation vorschlagen könne. Allerdings würden die Parteien nicht zur Durchführung der Mediation gezwungen. Im Kollektivarbeitsrecht, im Vertragsrecht und Wirtschaftsrecht wachse das Interesse an der Mediation, doch im Vergleich zu Großbritannien stecke diese Methode noch in den Kinderschuhen.

*Prof. Shozo Ota*, Juraprofessor an der Universität in Tokio, stellte in seiner Zusammenfassung über die japanische Situation klar, dass es allgemein wesentlich weniger Streitverfahren im Vergleich zu anderen Ländern gebe. Dies könne mit der japanischen Mentalität zusammenhängen. Japaner würden sich in der Regel der Autorität von Vorgesetzten oder Behörden unterwerfen und versuchen, weitgehend Streit zu vermeiden. Außerdem würden die Gesetze kaum individuelle Rechte begründen, sondern vor allem auf das Gemeinwohl abstellen, so dass der Richter bei seiner Entscheidung einen großen Ermessensspielraum habe. Ähnlich wie in Deutschland bemühten sich die Richter, den Streit durch einen Vergleich beizulegen. Außergerichtliche Streitbeilegung im Rahmen von Mediationsverfahren gebe es dagegen kaum, auch Schiedsgerichte seien selten.

Neben den Länderberichten wurden verschiedene konkrete Projekte aus dem wirtschaftsrechtlichen und dem verbraucherrechtlichen Bereich vorgestellt:

*Anne Marie Whitesell* präsentierte die International Chamber of Commerce (ICC) in Paris, die internationale Schiedsgerichte für wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten zur Verfügung stelle. Insbesondere für grenzüberschreitende Streitigkeiten

biere sich dieses Verfahren an, da die ICC Schiedsrichter aus 70 Ländern auswählen könne, um im konkreten Konflikt ein kompetentes Schiedsgericht zu bilden. Für die Durchführung eines Verfahrens vor der ICC genüge die Vereinbarung einer entsprechenden Schiedsklausel zwischen den Parteien. Der Schiedsspruch sei bindend und nicht revisibel. Die ICC Sorge für die Organisation, sie wähle die Schiedsrichter aus und überwache das Verfahren.

Im Konsumentenbereich gibt es in Frankreich bereits interessante Ansätze für Mediationsverfahren. Ein Verband für Direktverkäufer biete den Kunden seiner Mitglieder ein kostenloses Mediationsverfahren an, um bei Reklamationen einen Gerichtsprozess zu vermeiden. Die Mediatoren würden von den Mitgliedsfirmen bezahlt, was natürlich Zweifel an ihrer Neutralität begründen könne. Im Allgemeinen wird dieses Verfahren von den Verbrauchern jedoch gut angenommen, nur ca. 2 % der Fälle würden im Ergebnis zu einem Prozess führen.

In Portugal existiert ein staatlich finanziertes Schiedsgerichtszentrum für Verbraucher, das diesen rechtliche Auskünfte und ein Schiedsgericht anbietet, um bei Reklamationen nicht die staatlichen Gerichte einschalten zu müssen. Auch hier scheint dieses Verfahren akzeptiert zu werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Erfahrungen mit außergerichtlicher Konfliktbeilegung in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich sind. Es lässt sich aber eine Tendenz ablesen, dass die Entwicklung dieser alternativen Methoden fortschreitet und immer größere Akzeptanz findet. Mit Erstaunen wurde vermerkt, dass auch Notare in diesem Bereich eine Rolle spielen können und zumindest im Notariat lateinischer Prägung geradezu prädestiniert dafür sind.

# Bedeutung der notariellen Beurkundung eines Haustürgeschäftes

– Zugleich eine Besprechung des Urteils des OLG Stuttgart vom 30.3.1999 6 U 141/98 –

Von Univ.-Prof. Dr. Klaus Tiedtke, Würzburg

## 1. Sachverhalt

Das OLG Stuttgart<sup>1</sup> hat am 30.03.1999 einen Fall entschieden, der in der Praxis häufig vorkommt: Anlageberater suchen den Kläger in seiner Wohnung und an seinem Arbeitsplatz auf, ohne hierzu von ihm bestellt worden zu sein. Sie überredeten ihn, einen Anteil an einem Grundstücksfonds zu erwerben. Das dazu erforderliche Geld werde ihm die verklagte Bank leihen. Er solle nur bei einem bestimmten Notar ein Angebot auf Abschluss eines Darlehensvertrages machen, das dieser dann notariell beurkunde. Sie übergaben dem Kläger die Vertragsbedingungen, zu denen die Beklagte das Darlehen gewähre, und vereinbarten mit dem Notar einen Termin. Das weitere verlief nach Plan. Die verklagte Bank nahm das Angebot des Klägers an und stellte ihm den Darlehensbetrag zur Verfügung. Dieser bezahlte damit den gekauften Anteil an dem Grundstücksfonds. Nach acht Jahren, als über das Vermögen des Fonds das Konkursverfahren eröffnet wurde, widerrief der Kläger sein Angebot auf Abschluss des Darlehensvertrages, weil er über sein etwaiges Widerrufsrecht nicht belehrt worden sei, und verlangte von der verklagten Bank die Rückabwicklung des Darlehensvertrages. Das Oberlandesgericht gab der Klage statt. Es fragt sich, ob der Entscheidung zuzustimmen ist.

## 2. Anlageberater als Verhandlungsgehilfen der verklagten Bank

Das Oberlandesgericht hat das Widerrufsrecht des Klägers nicht daran scheitern lassen, dass die Anlageberater die Bank nicht vertreten haben. Die Beklagte muss sich das Verhalten der Anlageberater, also die Überrumpelung des Klägers durch sie, auf Grund des entsprechend anwendbaren § 123 Abs. 2 BGB (in der Auslegung, die er in der Rechtsprechung<sup>2</sup> und Rechtslehre<sup>3</sup> gefunden hat) bereits zurechnen lassen, wenn diese beim Abschluss des Darlehensvertrages ihre Verhandlungsgehilfen gewesen sind. Diese Voraussetzung ist in der vorliegenden Sache gegeben; die Anlageberater haben den notariellen Vertrag vermittelt und abschlussreif vorbereitet. Sie arbeiteten mit der Bank zusammen. Diese trat erst in Erscheinung, als ihr das notarielle Angebot des Klägers auf Abschluss des Darlehensvertrages zugeleitet wurde. Es kann daher „kein Zweifel daran bestehen“, heißt es demgemäß bei Frings<sup>4</sup>, „dass der darlehensgewährenden Bank das Verhalten der Anlageberater als Verhandlungsgehilfen ... zuzurechnen ist.“

<sup>1</sup> BB 1999, 1453 = EWär § 1 HWiG 2/99, 565 (Hertel).

<sup>2</sup> BGH, NJW 1996, 1051 m.w.N.; BGH, NJW-RR 1992, 1005; BGH, NJW 1990, 1661; BGHZ 47, 224, 230 f.; OLG Hamm, WM 1995, 1872, 1873 m.w.N.

<sup>3</sup> Edelmann, BB 1999, 1455; Frings, BB 1999, 2366, 2367; ders., ZIP 1996, 1193, 1196 m.w.N.; Hertel, EWär § 1 HWiG 2/99, 565, 566; MünchKomm/Kramer, BGB, 3. Aufl., § 123 Rdnr. 19; MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl., § 1 HWiG Rdnr. 15; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 6. Aufl., Rdnr. 1298 f.

<sup>4</sup> BB 1999, 2366, 2367.

## 3. Rechtslage ohne notarielle Beurkundung

Hätte der Kläger also der Beklagten kein notariell beurkundetes Vertragsangebot gemacht, sondern das Angebot schriftlich abgegeben, so stünde ihm ein Widerrufsrecht zu. Die Frist zum Widerruf beträgt allerdings nur eine Woche. Diese Frist beginnt jedoch erst zu laufen, wenn der überrumpelte Verbraucher über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist (§ 2 HWiG). Eine derartige Belehrung hat jedoch nicht stattgefunden. Diese Rechtsfolge mag den Vertragspartner des Verbrauchers zwar hart treffen, wenn, wie hier, zwischen Abgabe der Willenserklärung und deren Widerruf viele Jahre liegen. Der Darlehensgeber ist aber nicht schutzwürdig, da er den Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt hat. Das Widerrufsrecht ist deshalb auch nicht etwa verjährt, und seine Ausübung verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben. Insofern ist dem Oberlandesgericht<sup>5</sup> zuzustimmen<sup>6</sup>.

## 4. Auswirkungen der notariellen Beurkundung

Es fragt sich aber, ob diese Rechtslage sich dadurch ändert, dass die Willenserklärung des Klägers notariell beurkundet worden ist. Diese Frage stellt sich, weil in § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG bestimmt ist, dass ein Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht zur Entstehung gelangt, wenn seine Willenserklärung notariell beurkundet worden ist. Das Oberlandesgericht verneint diese Frage, bejaht also das Widerrufsrecht des überrumpelten Verbrauchers. Es stützt seine Auffassung auf drei Gründe, von denen jeder, wie es meint, die getroffene Entscheidung allein trage.

### a) Erster Grund

Das Oberlandesgericht führt zunächst aus, die Überrumpelung des Klägers in seiner Wohnung und an seinem Arbeitsplatz habe zur Folge gehabt, dass dieser der Beklagten das Angebot zum Abschluss des Darlehensvertrages gemacht habe; ohne die Verhandlungen mit den Anlageberatern hätte er den Anteil an dem Fonds nicht erwerben wollen und demgemäß auch kein Darlehen für dessen Erwerb aufgenommen. Alsdann folgt der entscheidende Satz<sup>7</sup>: „Der Kausalzusammenhang zwischen der unter dem Schutz des HWiG angebahnten Entscheidung, den Fonds-Anteil zu erwerben und ihn über die Beklagte zu finanzieren, und der Abgabe der entsprechenden vertraglichen Erklärungen wurde durch die Mitwirkung des Notars bei der späteren Beurkundung nicht unterbrochen.“

Dieser Satz verrät, dass das Oberlandesgericht die Bedeutung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG verkannt hat. Wäre der Satz richtig, so hätte § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG keinen Anwendungsbe- reich. Wer zum Notar geht, um bei ihm eine Willenserklärung beurkunden zu lassen, will die zu beurkundende Erklärung bei dem Notar abgeben; er sucht ihn nicht auf, um sich von

<sup>5</sup> BB 1999, 1453, 1454.

<sup>6</sup> Vgl. auch Edelmann, BB 1999, 1455; Frings, BB 1999, 2366, 2368.

<sup>7</sup> OLG Stuttgart, BB 1999, 1453, 1454.

ihm beraten zu lassen, ob er diese Erklärung abgeben soll. Die Bereitschaft zur Abgabe der Erklärung beruht auf Erwägungen, die er vor der Beurkundung angestellt hat. Bei den Haustürgeschäften sind diese Erwägungen auf die Überredungskünste der Anlageberater zurückzuführen, die den Verbraucher ungebeten in seiner Wohnung und an seinem Arbeitsplatz aufgesucht hatten. Könnte der Verbraucher, wie das Oberlandesgericht meint, in diesem Fall seine Willenserklärung auch dann widerrufen, so wäre § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG nur anwendbar, wenn der Verbraucher vor seinem Gang zum Notar nicht überrumpelt worden wäre. Da dies auch nicht während der Verhandlung vor dem Notar geschehen ist, wäre § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG nur anwendbar, wenn es an einer Überrumpelung des Verbrauchers überhaupt fehlte. In einem derartigen Fall steht dem Verbraucher aber bereits kein Widerrufsrecht zu, weil es an einer nach § 1 Abs. 1 HWiG erforderlichen Überrumpelung des Verbrauchers fehlt. § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG ginge also ins Leere.

§ 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG muss daher anders ausgelegt werden, als es das Oberlandesgericht annimmt. Dies geschieht in folgender Weise: Obwohl der Verbraucher vor Abgabe der Willenserklärung überrumpelt worden ist und diese Überrumpelung zu dem Abschluss der notariellen Beurkundung geführt hat, versagt § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG dem Verbraucher das Recht zum Widerruf. Wird die Erklärung des Verbrauchers notariell beurkundet, dann wird an die frühere Überrumpelung, obwohl sie für die Abgabe der beurkundeten Erklärung kausal geworden ist, nicht die Rechtsfolge geknüpft, dass der Verbraucher sie widerrufen kann. Dieser wird vielmehr, wenn seine Willenserklärung notariell beurkundet wird, ausschließlich durch die notarielle Beurkundung, also nicht durch die Gewährung des Widerrufsrechts nach dem Haustürwiderrufsgesetz geschützt.

Demgemäß heißt es in der Amtlichen Begründung<sup>8</sup> des Gesetzesentwurfes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften zu § 1 HWiG wörtlich:

„Absatz 2 Nr. 3 nimmt Willenserklärungen von dem Widerrufsrecht aus, die kraft Gesetzes oder kraft Vereinbarung von einem Notar beurkundet worden sind. Auch hier wird der Erklärende zwar häufig zu einer auf den Abschluss eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung gerichteten Willenserklärung durch mündliche Verhandlung im Bereich einer Privatwohnung bestimmt. Dies gilt insbesondere, wenn die Vertragsverhandlungen in der Privatwohnung einer der beiden Vertragsparteien stattgefunden haben und man sich dort über den wesentlichen Inhalt des Vertrags geeinigt hat. Wegen der nachfolgenden notariellen Beurkundung fehlt es hier jedoch an einer Überraschung oder Überforderung des Kunden, der überdies noch durch die dem Notar obliegende Belehrung (§ 17 BeurkG) geschützt ist.“

Das Oberlandesgericht meint somit zu Unrecht, der Kausalzusammenhang zwischen der Überrumpelung des Verbrauchers und der späteren Abgabe seiner beurkundeten Willenserklärung schließe die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG mit der Rechtsfolge aus, dass der Verbraucher die beurkundete Erklärung widerrufen könne. Das Gegenteil ist richtig: Trotz der Kausalität steht dem Verbraucher kein Widerrufsrecht zu.

Das Oberlandesgericht wird zu seiner Auffassung gekommen sein, weil es der Ansicht ist, der Verbraucher werde nicht hin-

reichend geschützt, wenn ihm ein Widerrufsrecht versagt werde, er sich also mit dem Schutz begnügen müsse, den ihm die notarielle Beurkundung gibt. Der Gesetzgeber mag den Schutz, den der Verbraucher hierdurch erlangt, überschätzt haben. Mit Recht hält *Frings*<sup>9</sup> die Lösung des Gesetzgebers nicht für lebensnah. Diese Erwägung ändert aber nichts daran, dass der Gesetzgeber diese Regelung getroffen hat. Die Gerichte sind hieran gebunden. Ein Gericht verstößt nicht nur gegen Art. 20 Abs. 3 GG, wenn es bewusst und offen ablehnt, eine Vorschrift des Gesetzes anzuwenden. Ein derartiger Verstoß liegt vielmehr auch vor, wenn es eine gesetzliche Regelung so auslegt, dass sie keinen Anwendungsbereich hat; der Verstoß wird dann verschleiert, nicht vermieden.

Das Oberlandesgericht hat § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG in der Sache nicht ausgelegt, sondern gestrichen und damit das Haustürwiderrufsgesetz, wozu es nicht berechtigt war, korrigiert. Der erste Grund, auf den das Oberlandesgericht seine Ansicht gestützt hat, dem Kläger stehe trotz des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG ein Widerrufsrecht zu, trägt somit seine Entscheidung nicht.

## b) Zweiter Grund

Das Oberlandesgericht<sup>10</sup> ist weiter der Auffassung, die notarielle Beurkundung des Vertragsangebotes sei in der vorliegenden Sache nicht gemäß den §§ 9 ff. BeurkG erfolgt. Es kann unterstellt werden, dass diese Ansicht<sup>11</sup> zutrifft, weil die Darlehensbedingungen der verklagten Bank nicht vorgelesen und nicht mitbeurkundet worden seien. Hieraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG greife nicht ein. Diese Vorschrift ist anwendbar, wenn die Willenserklärung notariell beurkundet worden ist. Sie verlangt nicht, dass dies fehlerfrei geschehen ist<sup>12</sup>. Ist die Beurkundung nicht ordnungsgemäß, so besteht die Rechtslage, die im Allgemeinen in einem derartigen Fall eintritt. Es ist zu prüfen, ob die fehlerhafte Beurkundung dazu führt, dass die formwidrig beurkundete Erklärung materiell-rechtlich unwirksam ist, so dass Ansprüche der Parteien aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen, und der Partei, die hierdurch einen Schaden erlitten hat, möglicherweise ein Schadensersatzanspruch gegen den Notar zusteht. Damit hat es sein Bewenden. Das Haustürwiderrufsgesetz hat an die Fehlerhaftigkeit der notariellen Beurkundung nicht die Sanktion geknüpft, der Verbraucher könne seine Willenserklärung widerrufen. Auch die zweite Begründung des Oberlandesgerichts trägt damit nicht die von ihm getroffene Entscheidung.

## c) Dritter Grund

Schließlich stützt das Oberlandesgericht seine Auffassung, dem Kläger habe trotz des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG ein Widerrufsrecht zugestanden, auf § 5 HWiG. Hiernach ist das Haustürwiderrufsgesetz auch dann anwendbar, wenn seine Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen umgangen worden sind. Die Voraussetzungen des § 5 HWiG sind jedoch nicht gegeben. Das Angebot des Klägers mag zwar nur notariell beurkundet worden sein, damit ein Widerrufsrecht des Klägers nicht zur Entstehung gelangt. Damit wird das Haustürwider-

<sup>9</sup> BB 1999, 2366, 2368; vgl. auch *Fischer/Machunsky*, Komm. zum HWiG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 275; *Gallois*, BB 1990, 2062, 2063.

<sup>10</sup> BB 1999, 1453, 1454.

<sup>11</sup> Vgl. BGH, NJW 1997, 312, 313; *Brambring*, DNotZ 1980, 281; *Lichtenberger*, NJW 1980, 864; *Tiedtke*, DNotZ 1991, 348.

<sup>12</sup> Zutreffend *Edelmann*, BB 1999, 1455, 1456; *Hertel*, EWiR § 1 HWiG 2/99, 565, 566; a.A. *Frings*, BB 1999, 1453, 1454; *Münch-Komm/Ulmer*; BGB, 3. Aufl., § 3 VerbrKrG Rndr. 34.

<sup>8</sup> Bundestags-Drucks. 10/2876, S. 12.

rufsgesetz aber nicht umgangen<sup>13</sup>. § 1 dieses Gesetzes schützt den überrumpelten Verbraucher in verschiedener Weise: entweder steht ihm ein Widerrufsrecht zu (§ 1 Abs. 1 HWiG) oder ihm kommen die Vorteile der notariellen Beurkundung zugute (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG). Den Parteien steht es frei, welchen Weg sie gehen. Auch hier darf nicht darauf abgestellt werden, dass der eine Weg (die notarielle Beurkundung) den Verbraucher weniger schützt, als dies durch den anderen (das Widerrufsrecht) geschieht. Das Haustürwiderrufsgesetz behandelt die beiden Fälle gleich, und hieran sind die Gerichte gebunden.

§ 5 HWiG hat die Aufgabe, den schutzbedürftigen Verbraucher zu schützen. Dies braucht jedoch nicht durch die Gewährung eines Widerrufsrechts zu geschehen. Es genügt, dass die Willenserklärung, die er abgibt, notariell beurkundet wird. Wenn das Oberlandesgericht<sup>14</sup> auch in einem derartigen Fall die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers bejaht, verstößt es gegen das Haustürwiderrufsgesetz. Es will, koste es was es wolle, den Verbraucher durch das Widerrufsrecht schützen. Nur so ist es zu verstehen (wenn auch nicht zu billigen), dass es eine Umgehung des Haustürwiderrufsgesetzes annimmt, falls die Parteien eine von zwei Möglichkeiten wählen, die das Haustürwiderrufsgesetz ihnen zur Verfügung stellt; nicht nur § 1 Abs. 1 HWiG, sondern auch § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG ist eine gesetzliche Vorschrift, die von den Gerichten zu beachten ist.

##### **5. Verbraucherrichtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 20.12.1985**

Gleichwohl ist der Entscheidung des Oberlandesgerichts im Ergebnis zuzustimmen. In der Richtlinie<sup>15</sup> des Rates der Europäischen Gemeinschaften betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen vom 20.12.1985 wird dem Verbraucher beim Abschluss von Haustürgeschäften grundsätzlich ein Rücktrittsrecht gewährt. Von dieser Regel macht die Richtlinie in Art. 3 Abs. 2 a eine Ausnahme für Verträge über den Bau, den Verkauf und die Miete von Immobilien sowie Verträge über andere Rechte an Immobilien. In diesen Fällen greift die Richtlinie nicht ein. Der Verbraucher kann also von diesen Verträgen auch dann nicht zurücktreten, wenn sie außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossen worden sind. Diese Regelung schützt den Verbraucher in stärkerem Maße, als dies durch das Haustürwiderrufsgesetz geschieht. Die Ausnahmen von den Wohltaten des Schutzgesetzes für den Verbraucher sind nach der Richtlinie geringer als die Ausnahme des deutschen Gesetzes, das dem Verbraucher für alle notariell beurkundeten Willenserklärungen ein Widerrufsrecht versagt. Bei den Beratungen der EG-Richtlinie ist zwar erwogen worden, eine derartig weite Ausnahme in die Richtlinie aufzunehmen<sup>16</sup>. Das ist aber nicht geschehen. Das deutsche Gesetz bleibt somit hinter der Richtlinie zurück, so weit es um den Schutz des Verbrauchers geht. Welche Rechtsfolgen ergeben sich daraus?

<sup>13</sup> *Edelmann*, BB 1999, 1455; *Hertel*, EWiR § 1 HWiG 2/99, 565, 566; *Staudinger/Werner*, BGB, 13. Aufl., § 1 HWiG Rdnr. 149, 150; a. A. *MünchKomm/Ulmer*, BGB, 3. Aufl., § 1 HWiG Rdnr. 49.

<sup>14</sup> BB 1999, 1453, 1455.

<sup>15</sup> ABIEG Nr. L 372/31 v. 31.12.1985.

<sup>16</sup> Vgl. ABIEG Nr. C 127/6 v. 1.6.1978. Dort heisst es in Art. 2 c: „Diese Richtlinie gilt nicht für: Verträge, die vor einem Gericht, einem Notar oder einer Person geschlossen werden, die verpflichtet ist, beide Vertragsparteien über ihre Rechte und Pflichten zu belehren; „.....

Die EG-Richtlinie setzt nicht automatisch nationales Recht. Sie muss vielmehr, um dieses Ziel zu erreichen, von den Mitgliedsstaaten in nationales Recht umgesetzt werden. Ein entsprechendes Umsetzungsgesetz ist aber von Deutschland nicht erlassen worden. Auch das Haustürwiderrufsgesetz stellt kein derartiges Gesetz dar. Es ist nicht im Hinblick auf die EG-Richtlinie erlassen worden. Das Haustürwiderrufsgesetz geht vielmehr auf zehnjährige Vorarbeiten zurück. Es bestand zwischen der EG-Richtlinie und dem deutschen Gesetz ein Wettlauf. Die Richtlinie war zuerst am Ziel. Sie ist am 20.12.1985 ergangen, das deutsche Gesetz erst am 16.01.1986. Bei den Beratungen des deutschen Gesetzes lag dem Gesetzgeber aber die EG-Richtlinie bereits im Entwurf vor. Er hat sich eingehend mit ihr befasst und ist dann zu dem Ergebnis gelangt, das deutsche Gesetz brauche nicht ergänzt zu werden, da es den Anforderungen der EG-Richtlinie genüge. Man hat es deshalb in der Rechtslehre<sup>17</sup> auch als anti-zipiertes Umsetzungsgesetz bezeichnet.

Der Umstand, dass der Gesetzgeber der Ansicht war, das Haustürwiderrufsgesetz genüge den Anforderungen der EG-Richtlinie in vollem Umfange, macht es aber den Gerichten möglich, die in § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG getroffene Bestimmung richtlinienkonform, also so auszulegen, dass von der Gewährung des Widerrufsrechts nur in den Fällen eine Ausnahme gemacht wird, in denen die EG-Richtlinie ihrerseits ihre Anwendbarkeit ausschließt<sup>18</sup>. Demgemäß heißt es in dem Vorlagebeschluss<sup>19</sup> des IX. Senats des BGH vom 11.01.1996: „Die EG-Richtlinie betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist kurz vor der Verabschiedung des Haustürwiderrufsgesetzes vom 16. Januar 1986 am 20. Dezember 1985 erlassen worden. Die Vorarbeiten zu beiden Regelungswerken liefen lange Zeit parallel zueinander. Bei der abschließenden Beratung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages und im Bundestag selbst ist die Mehrheit, die das Haustürwiderrufsgesetz zustande gebracht hat, davon ausgegangen, dass sich dieses im Rahmen des damals vorliegenden Entwurfs der Richtlinie halte (BT-Drucks. 10/4210, S. 9). Schon daraus ergibt sich, dass der deutsche Gesetzgeber mit dem neuen Gesetz nicht hinter den Anforderungen der Richtlinie zurückbleiben wollte. Das entspricht der Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, alle Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um die in den Richtlinien der Gemeinschaft vorgesehenen Ziele zu erreichen. Nationales Recht, das in den Regelungsbereich einer Richtlinie der Gemeinschaft fällt, ist deshalb nach Möglichkeit so auszulegen, dass es den Anforderungen der Richtlinie gerecht wird. Das gilt auch für das Haustürwiderrufsgesetz im Hinblick auf die EG-Richtlinie vom 20. Dezember 1985....“

Wird § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG in dieser Weise richtlinienkonform ausgelegt, so steht dem Kläger ein Widerrufsrecht zu. Die Ausnahmen, die in der EG-Richtlinie aufgeführt sind, sind nicht gegeben. Der Kläger hat kein Immobiliengeschäft mit der verklagten Bank abgeschlossen, sondern den Antrag auf Abschluss eines Darlehensvertrages gestellt. Daran ändert nichts, dass der Kläger, wie die Beklagte wusste, den Darlehensbetrag zur Bezahlung des Kaufpreises für den Anteil an einem Grundstücksfonds verwendete<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> *MünchKomm/Ulmer*, BGB, 3. Aufl., Vor § 1 HWiG Rdnr. 6.

<sup>18</sup> Vgl. *Frings*, BB 1999, 2366, 2368; *Hoffmann*, ZIP 1999, 1586, 1589; *MünchKomm/Ulmer*, BGB, 3. Aufl., § 1 HWiG Rdnr. 49.

<sup>19</sup> ZIP 1996, 375, 377.

<sup>20</sup> Vgl. *Frings*, BB 1999, 2366, 2368; *Hoffmann*, ZIP 1999, 1586, 1589; a. A. *Edelmann*, BB 1999, 1455.

Das Oberlandesgericht hat diese Auswirkung der EG-Richtlinie nicht erkannt. Es hat sie zwar in seiner Entscheidung erwähnt. Es hat sie aber nur herangezogen, weil sie für seine Ansicht spreche, § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG sei so auszulegen, wie dies in seinen Ausführungen zum ersten Grund geschehen ist (vgl. oben 4 a). Die EG-Richtlinie hat jedoch eine eigenständige Bedeutung. Überdies ist die Auffassung des Oberlandesgerichts, die Richtlinie spreche für die von ihm vorgenommene Auslegung des Haustürwiderrufgesetzes, verfehlt. Das Oberlandesgericht und die EG-Richtlinie schränken allerdings jeweils den Schutz des Verbrauchers ein. Die Einschränkung des Oberlandesgerichts betrifft jedoch die Art und Weise des Zustandekommens der Willenserklärung (Maßgeb-

lichkeit der Kausalität zwischen der Überrumpelung und der Abgabe der Willenserklärung), die Richtlinie stellt aber auf das Vorliegen von Verträgen über Immobilien ab, versagt dem Verbraucher also den Schutz für bestimmte Geschäfte, enthält somit eine inhaltliche Einschränkung. Hätte das Oberlandesgericht dies und die eigenständige Bedeutung der EG-Richtlinie erkannt, so hätte es sich seine Ausführungen weitgehend ersparen können; es kommt nicht auf sie an.

## **6. Ergebnis**

Nach alledem ist dem Urteilsspruch des OLG Stuttgart zuzustimmen. Die Urteilsgründe überzeugen jedoch nicht.

**Flick/Piltz (Hrsg.), Der Internationale Erbfall (Erbrecht – Internationales Privatrecht – Erbschaftssteuerrecht), Verlag C. H. Beck München, 1999, 465 Seiten, DM 174,-.**

Durch die permanent zunehmende Internationalisierung auch der privaten Lebens- und Rechtsverhältnisse wird das gesamte internationale Privatrecht in der Rechts- und Steuerberatung immer praxisrelevanter. In der notariellen Praxis spielt dabei das internationale Erbrecht die mit Abstand wichtigste Rolle sowohl beim sog. „estate planning“ als auch insbesondere im Erbnachweisverfahren, was nicht zuletzt die hohe Anzahl der diesbezüglichen Anfragen beim Deutschen Notarinstitut in Würzburg belegt. Da es bei verheirateten (potenziellen) Erblassern zumindest nach deutscher Rechtsauffassung auch auf das Ehegüterrecht ankommt, ist ebenfalls das internationale Ehegüterrecht von großer Bedeutung.

Beide Themenbereiche werden im 1. und 2. Teil sowie in den einzelnen Länderdarstellungen des hier besprochenen Buches behandelt, so dass es – zumal es mehrere Monate vor seinem Erscheinen im Spätsommer 1999 mit großem Werbeaufwand angekündigt wurde – wohl von jedem interessierten Mitglied des „Rechtsberatungsmarktes“ mit Spannung erwartet wurde. Auch das Renommee der Herausgeber und Autoren sowie des Verlages ließen erwarten, dass die immer noch bestehende Lücke der kompakten Darstellungen zum internationalen Erbrecht gefüllt würde. Dies ist auch im Großen und Ganzen durchaus gelungen. Dennoch wurden zumindest die (vielleicht zu) hohen Erwartungen des Rezensenten nicht ganz erfüllt.

Bevor auf einige kollisionsrechtliche und zivilrechtliche Aspekte näher eingegangen wird, sei erwähnt, dass die ausführliche Darstellung der erbschaftssteuerrechtlichen Probleme internationaler Erbfälle zu begrüßen ist. Trotz der bekannten Aversionen sehr vieler Notarkolleginnen und -kollegen gegenüber dem Steuerrecht sind diese Kenntnisse des internationalen Erbschaftssteuerrechts sowohl bei der Nachlassplanung als auch bei der Nachlassabwicklung auch für das Notariat notwendig.

Die zivilrechtliche und steuerrechtliche Behandlung des Trust dürfte dagegen nur für eine kleine Minderheit der Notarkollegenschaft von Interesse sein.

Sowohl die vielen Beispiele in der Einleitung im ersten Teil des Buches, aber auch im zweiten Hauptteil sowie im steuerrechtlichen Teil, insbesondere jedoch auch die ausführliche Behandlung des Trust zeigen, dass die Intention des Buches wohl primär auf die Nachlassplanung und -abwicklung der wirtschaftlich und finanziell gut situierten Klientel gerichtet ist.

Insbesondere die Auswahl der Staaten (Australien, Belgien, Dänemark, Frankreich, Großbritannien, Italien, Kanada, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Schweiz, Spanien, Südafrika, USA), deren materielles und internationales Ehegüter- und Erbrecht näher dargestellt werden (diese Auswahl wird aber nirgendwo näher erläutert), passt zu dieser genannten Intention. Während Erbrechtsprobleme mit Staatsangehörigen von Luxemburg oder Südafrika in der täglichen notariellen Praxis eher marginal vorkommen, sind Probleme des

internationalen Erbrechts mit Staatsangehörigen z.B. der Türkei, Griechenlands, Portugals, Kroatiens, Vietnams, aus dem ehemaligen Jugoslawien oder aus dem Iran weitaus häufiger praxisrelevant. Die Darstellung des Rechts von Südafrika dürfte wohl auch eher dem persönlichen Interesse des Mitautors *Jülicher* entsprechen (siehe z.B. seinen Aufsatz in ZEV 1999, 466 ff.). Wenn Südafrika aber schon eingehend behandelt wird, ist es verwunderlich, dass insoweit nicht auf die Entscheidung des OLG Zweibrücken vom 21.7.1997 (ZEV 1997, 512 ff.) und die Aufsätze von *Hohloch* (ZEV 1997, 469 ff.) und *Kartzke* (IPRax 1999, 98 ff.) zu diesem interessanten deutsch-südafrikanischen Erbrechtsfall hingewiesen wird.

Eine Ausweitung der Länderdarstellungen sollte nicht nur, aber insbesondere im Hinblick auf die Türkei erfolgen, zumal auch viele Deutsche in jüngster Zeit dort Grundeigentum bzw. Eigentumswohnungen erwerben und sehr viele nicht wissen, dass dann insoweit gemäß § 14 Abs. 2 des Nachlassabkommens (Anlage zu Art. 20 des deutsch-türkischen Konsularvertrages vom 28.5.1929) türkisches Erbrecht zur Anwendung kommt. Wenn die Autoren die Auffassung vertreten, auch angesichts von ca. 2,2 Millionen türkischen Staatsangehörigen in Deutschland reiche es aus, hinsichtlich der Erbstatutsbestimmung in nur einem kurzen Abschnitt in zwei Sätzen in Rdnr. 227 auf den erwähnten deutsch-türkischen Konsularvertrag von 1929 und auf § 14 des Nachlassabkommens eingehen zu müssen, hätten zumindest die Hinweise auf die ausgezeichneten Aufsätze von *Dörner* (ZEV 1996, 90 ff.) und vom *Kremer* (IPRax 1981, 205 ff.) zu den internationalprivatrechtlichen Aspekten oder von *Serozan* (ZEV 1997, 473 ff.) zum türkischen materiellen Erbrecht nicht fehlen dürfen.

Auf das mangelnde Interesse an den Erbrechtsproblemen mit Angehörigen z.B. der Türkei, Griechenlands, Portugals oder der Russischen Föderation ist wohl auch die gravierende Falschinformation in Rdnr. 228 zurückzuführen, das bewegliche Vermögen eines russischen Erblassers vererbe sich nach dessen Heimatrecht. Sowohl die Russische Föderation als auch die meisten Nachfolgestaaten der ehemaligen Sowjetunion knüpfen das Erbstatut für bewegliches Vermögen jedoch an den letzten Wohnsitz an (Domizilanknüpfung), so dass sich das bewegliche Vermögen eines mit letzten Wohnsitz in Deutschland verstorbenen russischen Erblassers nach deutschem Recht vererbt (siehe dazu: *Staudinger/Dörner*: Rdnr. 487 bis 494, insbesondere Rdnr. 492 und ferner das Gutachten des DNotI Nr. 1457).

Aber nicht nur durch diese Intentionen des Buches wird dessen Gebrauchsmöglichkeit für die tägliche notarielle Praxis eingeschränkt, sondern es enthält leider neben den bereits erwähnten Mängeln weitere sachliche Fehler und Unzulänglichkeiten. Dies ist bedauerlich, weil das Buch ansonsten eine gute, umfassende und kompakte Darstellung der Probleme des internationalen Erbrechts und des internationalen Ehegüterrechts von Deutschland und der o.a. Staaten enthält. Der für einen Anwaltsnotar mit Amtssitz im nordwestdeutschen Grenzgebiet zu den Niederlanden schlimmste Mangel ist bzw. war die völlig veraltete Darstellung zum internationalen Erbrecht der Niederlande sowohl im allgemeinen Teil (Rdnr. 207) als auch im Länderteil „Niederlande“ (Rdnr. 752 bis 790). Die

Darlegungen in Rdnr. 787 und in Rdnr. 207, die Niederlande würde das Erbstatut gewohnheitsrechtlich und streng nach dem Prinzip der Staatsangehörigkeit anknüpfen und eine erbrechtliche Rechtswahl nicht anerkennen, sind spätestens seit dem 1.10.1996, als die Niederlande gemäß Art. 1 des Erbrechtskollisionsgesetzes die Bestimmungen des Haager Erbrechtsübereinkommens vom 1.8.1989 als autonomes internationales Erbrecht erstmals kodifiziert haben, völlig überholt. Ärgerlich und auch peinlich ist bzw. war dies insbesondere deshalb, weil in der dem Länderteil „Niederlande“ vorangestellten Literaturübersicht der hervorragende Aufsatz der Notarkollegin *Schmellenkamp/Leverkusen* zum neuen internationalen Erbrecht der Niederlande zwar aufgeführt, aber offensichtlich nicht gelesen bzw. verwertet wurde.

Zwar haben die Autoren zwischenzeitlich durch einen Einleger, der wohl seit September 1999 dem Buch beigelegt wird (wahrscheinlich aufgrund der Hinweise in einem Schreiben des Rezensenten vom 25.8.1999 an die Autoren), versucht, diesen Mangel zu korrigieren. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, dass in diesem Korrekturereinleger wiederum ein Fehler enthalten ist, wenn dort aufgeführt wird, das internationale Privatrecht der Niederlande sei seit dem 1.10.1996 kodifiziert. Bis es so weit ist, werden wohl noch einige Jahre vergehen. Erstmals kodifiziert wurde das niederländische internationale Erbrecht.

Auch die Ausführungen zum internationalen Ehegüterrecht der Niederlande sind nicht mehr aktuell. Die Darstellungen in Rdnr. 789 gelten nur noch für Ehen, die vor dem 1.9.1992 geschlossen wurden und wenn nicht das – aus niederländischer Sicht nicht verfassungswidrige – Haager Ehwirkungsabkommen von 1905 anzuwenden ist, was zum Beispiel bei deutsch-niederländischen Ehen bei Heirat bis zum 23.8.1977 (Kündigung des Abkommens durch die Niederlande) nach der Rechtsprechung des Hoge Raad der Fall ist. Aus niederländischer Sicht ist bei diesen Ehen das Ehegüterrecht an das Heimatrecht des Ehemannes anzuknüpfen, während aus deutscher Sicht bekanntlich Art. 220 Abs. 3 EGBGB anzuwenden ist.

Auf das Haager Ehegüterrechtsübereinkommen vom 14.3.1978 wird zwar in einem Satz am Ende der Rdnr. 788 hingewiesen, allerdings als „vertragliche Sonderregeln“ bezeichnet und in der Fußnote 207 auf den Länderteil „Frankreich“ verwiesen. Die Bestimmungen des Haager Ehegüterrechtsübereinkommens vom 14.3.1978 sind jedoch seit dem 1.9.1992 zusammen mit dem Ehegüterrechtskollisionsgesetz das kodifizierte internationale Ehegüterrecht der Niederlande, anwendbar auf alle seit dem geschlossenen Ehen.

Das hervorragende Buch „Deutsch-Niederländischer Rechtsverkehr in der Notariatspraxis“ von *van Mourik/Scholl/Schmellenkamp/Tomlow/Weber*, herausgegeben vom Deutschen Notarinstitut 1997, fehlt in der Literaturliste zum Länderteil „Niederlande“ und wurde offensichtlich nicht verwertet. Nur so ist es wohl zum Beispiel zu erklären, dass auch zur niederländischen notariellen Erbrechtsbescheinigung die seit dem 1.1.1992 bestehende Möglichkeit, diese als öffentliche Urkunde mit entsprechender Beweiskraft zu errichten (siehe dazu: *Weber* a.a.O. S. 130 – 133) nicht aufgeführt wird, sondern anscheinend die nicht aktuellen und fehlerhaften diesbezüglichen Ausführungen von *Gottwald/Stangl* in ZEV 1997, 217 ff. (S. 221) ungeprüft übernommen wurden.

Die Probleme, die sich ergeben, wenn die Bestimmungen eines ausländischen Erbstatuts mit denen des deutschen Sachenrechts kollidieren, werden zwar in Rdnr. 138 – 140 am

Beispiel eines ausländischen (französischen) Vindikationslegats dargestellt. Hinweise darauf, dass diese Problematik durch die grundlegende Entscheidung des BGH vom 28.9.1994 (IPRax 1996, 39 = ZEV 1995, 298 = NJW 1995, 58 = Nichtanerkennung eines kolumbianischen Vindikationslegats) geklärt wurde und auf die zu dieser Entscheidung ergangenen Besprechungen von *Dörner* (IPRax 1996, 26), *Birk* (ZEV 1995, 283), *Gröschler* (FamRZ 1994, 1585) oder von *Nishitani* (IPRax 1998, 74) fehlen jedoch.

Auch ein Hinweis darauf, dass infolge dieser BGH-Entscheidung das Bayerische Oberlandesgericht (DNotI-Report 14/1996, 125) der dinglichen Wirkung ausländischer (belgischer) Legalnießbrauchsrechte die Anerkennung versagt hat, erfolgt nicht.

Die Darstellung der Probleme des ordre public-Vorbehaltes gemäß Art. 6 EGBGB in Rdnr. 124, 125 erfolgt zu Recht am Beispiel des der Entscheidung des OLG Hamm (IPRax 1994, 49) zugrunde liegenden Falles, denn wegen der restriktiven Anwendung im Erbrecht wird diese Problematik in der Praxis primär bei Geltung eines ausländischen Erbstatuts, das vom islamischen Recht (Shariah) geprägt ist, relevant. Leider folgen die Autoren der Auffassung des OLG Hamm, wonach wegen der güterrechtlichen Ansprüche der überlebenden Ehefrau trotz der eindeutig gegen das Gleichberechtigungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 2 GG verstoßenden geschlechtsspezifischen Benachteiligung nach dem anzuwendenden iranischen Erbrecht kein ordre public-Verstoß vorliege. Eine Auseinandersetzung mit der meines Erachtens zutreffenden gegenteiligen Auffassung von *Dörner* (IPRax 1994, 33 ff.) und der abwägenden Darstellung von *Lorenz* (IPRax 1993, 148 ff.) erfolgt nicht. Es fehlt in diesem Zusammenhang auch der wichtige Hinweis, dass nach ganz herrschender Meinung das Erbverbot wegen Nichtzugehörigkeit zur islamischen Religion wegen Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 1 GG ein Verstoß gegen den deutschen ordre public ist.

Auch der für die Notariatspraxis wichtige Hinweis, dass die Anwendung von Art. 6 EGBGB und die insoweit erfolgende Korrektur eines ausländischen Erbstatuts im Erbschein zu vermerken ist, fehlt sowohl bei der Darstellung der ordre public-Problematik als auch bei der Darlegung des Erbscheinsverfahrens in den Rdnr. 332 bis 340.

Die Darstellung des deutschen internationalen Ehegüterrechts, die auch in einem Erbrechtbuch erforderlich ist, weil zumindest aus deutscher Sicht die gesetzliche Erbquote nach einem verheirateten Erblasser vom vorher geltenden Güterstand abhängig ist, ist gelungen und auch sachlich weitestgehend korrekt. Der Hinweis auf die *lex rei sitae*-Rückverweisung des anglo-amerikanischen Rechts bezüglich des in Deutschland belegenen Grundeigentums in nur einem einzigen Satz (Rdnr. 287 a. E.) ist aber z. B. unzureichend. Die sich insoweit insbesondere bei US-amerikanischen Eheleuten ergebenden Probleme der dinglichen Surrogation (sog. tracing-rule) hätten sowohl im Hauptteil, zumindest aber im Länderteil „USA“ eingehend dargestellt werden sollen, da sie auch erbrechtliche Konsequenzen hat. Erwerben z. B. US-amerikanische Eheleute aus einem „community property-Staat“ (z. B. Kalifornien) mit Mitteln aus diesem gemeinschaftlichen Vermögen Grundeigentum in Deutschland, wären sie bei Anerkennung der tracing-rule als Eigentümer in deutscher Gütergemeinschaft in das Grundbuch einzutragen (siehe dazu: *Bardy*: Länderteil „USA“, Rdnr. 417 (insbes. S. 392) in: *Schotten*: Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 1995; sowie *Schurig*: IPRax 190, S. 389 ff. (391/392).

Nach der herrschenden Meinung, die Gesamthandsanteile als bewegliches Vermögen qualifiziert, ist in einem solchen Fall die erbrechtliche *lex rei sitae*-Rückverweisung des kalifornischen Rechts auf das deutsche Belegenheitsrecht ebenso ausgeschlossen wie die Möglichkeit der Erbreehtswahl gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB.

Ob allerdings bei einer Rückverweisung des US-amerikanischen Güterrechts auf das deutsche Ehegüterrecht als Belegenheitsrecht die Besonderheiten der *tracing-rule* zu beachten sind – wovon *Bardy* und *Schurig* ohne nähere Begründung offensichtlich ausgehen –, ist bisher ungeklärt und m.E. abzulehnen. Wenn das US-amerikanische Güterrecht bezüglich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens gar nicht angewendet werden will, sondern auf das deutsche Ehegüterrecht (zurück-)verweist, ist kein Grund ersichtlich, dennoch die speziellen Regelungen des US-amerikanischen Güterrechts anzuwenden.

Auch im steuerrechtlichen Teil des Buches stößt man leider auf fehlerhafte zivilrechtliche Ausführungen. So richtet sich z.B. die über die Einstufung des nach ausländischem Recht geschiedenen Ehegatten in die Steuerklasse I oder II (nicht Steuerklasse III, wie im Beispiel in Rdnr. 1265 angeführt wird) erforderliche Anerkennung der ausländischen Ehescheidung nicht nach Art. 17 EGBGB, sondern nach Art. 7 § 1 FamRÄndG durch Entscheidung der Landesjustizbehörde. Insbesondere bei Beteiligung eines deutschen Ehegatten ist die Anerkennung einer im Ausland erfolgten Ehescheidung in Deutschland unbedingt erforderlich, weil ansonsten der „geschiedene“ Ehegatte noch zu den gesetzlichen Erben gehört, es sei denn, man wendet in diesen Fällen bei Tod des deutschen Ehegatten mit dem Argument „*a majore ad minus*“ § 1933 BGB analog an.

Besonders ärgerlich sind natürlich falsche Darstellungen zum deutschen materiellen Recht. Wenn z.B. in Rdnr. 144 generell und allgemein ausgeführt wird, der Adoptierte werde erbrechtlich den leiblichen Kindern des Adoptierenden gleichgestellt und verliere gleichzeitig jegliche Bande zu seiner leiblichen Familie, so ist dies bekanntlich nur im Hinblick auf die Minderjährigenadoption (§ 1755 Abs. 1 S. 1 BGB) zutreffend, nicht aber bei der Volljährigenadoption (§ 1770 Abs. 2 BGB).

Positiv – zumindest aus meiner Sicht – fällt auf, dass die Autoren sich häufig kritisch mit der sog. herrschenden Meinung auseinandersetzen. Die kritischen Ausführungen zur sog. Gleichlauftheorie in den Rdnrn. 323, 353 bis 355 sind ebenso zu begrüßen wie die Ablehnung in Rdnrn. 99, 137 und 224 der überwiegend noch vertretenen Rechtsauffassung, wonach sich die Vererbung von Anteilen an deutschen Personengesellschaften (so weit sie gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich vererblich sind) gemäß Art. 3 Abs. 3 EGBGB nach deutschem Erbrecht richtet, weil sie angeblich „besonderen Vorschriften“ unterliegendes Sondervermögen sind (siehe dazu: *von Oertzen*, IPRax 1994, 73 ff.). Insbesondere bei der Vererbung eines voll eingezahlten Kommanditanteils durch einen Erblasser/Personengesellschafter mit ausländischem Erbstatut bestehen keine Bedenken, auch eine nach ausländischem Erbrecht entstandene Erbengemeinschaft als Rechtsnachfolgerin anzuerkennen, da Haftungsprobleme gar nicht auftreten können.

Bei der zutreffenden Ansicht in Rdnr. 333, wonach in einem Erbschein gemäß § 2353 BGB nach einem deutschen Erblasser bzw. nach einem ausländischem Erblasser mit deutschem Erbstatut (auf Grund Rückverweisung oder Erbreehts-

wahl zugunsten des deutschen Erbrechts) kein einschränkender Geltungsvermerk aufzunehmen ist für das im Ausland belegene Vermögen, das sich gemäß Art. 3 Abs. 3 EGBGB i.V.m. dem ausländischen Belegenheitsstatut nach dem Belegenheitsrecht vererbt, wird allerdings falsch dargelegt (Fn. 312), dass es sich insoweit um einen „Literaturstreit“ handelt. Leider entspricht diese auch meines Erachtens falsche Rechtsansicht der derzeitigen höhergerichtlichen Rechtsprechung (siehe: BayObLG NJW-RR 1997, 201, OLG Köln DNotZ 1993, 17 1, OLG Zweibrücken ZEV 1997, 512).

Eine kritische Auseinandersetzung mit der immer noch überwiegend vertretenen Rechtsauffassung, dass zwar ausländische Belegenheitsanknüpfungen als „besondere Vorschriften“ im Sinne von Art. 3 Abs. 3 EGBGB akzeptiert werden, nicht aber ausländische Domizilanknüpfungen, obwohl wir unsere Rechtsauffassung auch insoweit im Ausland nicht durchsetzen können und somit eine „undurchsetzbare Rechtslage“ besteht, erfolgt leider in den Rdnrn. 219 – 224 nicht. Auf den insoweit kritischen Aufsatz von *Solomon* (IPRax 1997, 81 ff.) wird zwar hingewiesen, nicht aber auf die ablehnenden Auffassungen von *Kegel* (*Kegel/Schurig*: Internationales Privatrecht, 8. Aufl., S. 378 = „*De lege ferenda* sollte Artikel 3 Abs. 3 EGBGB verschwinden“) oder von *Siehr* (IPRax 1997, 4 ff. = Anomalie bzw. „*mala lex-sed lex*“).

Auch das Problem, ob der durch die Anwendung ausländischen Rechts gemäß Art. 3 Abs. 3 EGBGB eventuell erfolgende vollständige Entzug des deutschen Pflichtteilsrechtes verfassungswidrig und somit ein Verstoß gegen den deutschen *ordre public* sein könnte, wird weder bei den Ausführungen zu Art. 3 Abs. 3 EGBGB noch bei der Darstellung der *ordre public*-Problematik erörtert, sondern in den Rdnrn. 119 – 123 primär unter dem Gesichtspunkt Gesetzesumgehung und einer restriktiven Anwendung vertreten. Die meines Erachtens zutreffend einen Verfassungsverstoß annehmenden Ausführungen von *Pentz* (ZEV 1998, 449 ff.) bleiben dabei unberücksichtigt und lediglich der Aufsatz von *Klingelhöffer* (ZEV 1996, 258 ff.) zitiert, der gerade zu diesem Problem sehr vage bleibt.

Der 3. Teil des Buches ist mit „Internationales Erbschaftssteuerrecht“ betitelt, obwohl in der Einleitung (Rdnr. 33) zu Recht darauf hingewiesen wird, dass es insoweit nur jeweils nationale Erbschaftssteuerrechte mit besonderen Vorschriften für grenzüberschreitende Vorgänge gibt und sich das internationale Steuerrecht im Wesen vom internationalen Privatrecht unterscheidet. Es wird auch zutreffend dargestellt, dass es den deutschen Fiskus noch nie interessiert hat, nach welchen zivilrechtlichen Vorschriften sich das im Ausland belegene Nachlassvermögen eines nach deutschem Recht unbeschränkt Steuerpflichtigen oder das steuerpflichtige Inlandsvermögen eines beschränkt steuerpflichtigen Steuerausländers vererbt.

Im steuerrechtlichen Teil wird in Rdnr. 1270 die interessante Rechtsauffassung vertreten, dass beim Tode eines nichtehelichen Lebensgefährten die Steuerklasse I anzuwenden ist, wenn (wie z.B. in den Niederlanden) diese nach einer bestimmten Dauer des Zusammenlebens nach dem Recht des Staates, dem beide angehörten, güterrechtlich und steuerrechtlich wie Ehegatten behandelt werden. Auf die in Deutschland immer noch umstrittene Qualifikation der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (familienrechtlich oder schuldvertragsrechtlich) käme es im Übrigen bei zwei nichtehelichen Lebenspartnern mit gemeinsamer Staatsangehörigkeit eines solchen Staates nicht an.

Weil – wie oben ausgeführt – das anzuwendende Erbstatut für den deutschen Fiskus unerheblich ist, dürfte dann auch die Anwendung des deutschen Erbrechts gemäß Art. 3 Abs. 2 bzw. aufgrund einer Erbrechtswahl gemäß Art. 5 des Haager Erbrechtsübereinkommens vom 1.8.1989 beim Tode z. B. eines niederländischen nichtehelichen Lebenspartners mit letztem Wohnsitz in Deutschland außer Betracht bleiben, wenn zuvor die allgemeinen Wirkungen die nichteheliche Lebensgemeinschaft dem niederländischen Recht unterlagen. Der überlebende Lebenspartner als Erbe wäre in die Steuerklasse I einzuordnen.

Sollte diese Rechtsauffassung zutreffen (und von der Finanzverwaltung anerkannt werden) und die allgemeinen Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gemäß Art. 15 Abs. 2 EGBGB analog oder gemäß Art. 27 EGBGB wählbar sein, würden sich insbesondere bei Zulässigkeit der letztgenannten Wahlmöglichkeit auch für deutsche nichtehelichen Lebensgemeinschaften erbschaftssteuerrechtlich interessante Aspekte eröffnen, um der bisher noch geltenden Steuerklasse

III mit dem niedrigen Freibetrag in Höhe von 10.000,00 DM zu entgehen. Durch Wahl z. B. des niederländischen Rechts für die allgemeinen Wirkungen der Lebensgemeinschaft würde bei Tod eines Lebenspartners für den überlebenden Lebensgefährten die Steuerklasse I und bei Wohnsitz in Deutschland und somit unbeschränkter Steuerpflicht der hohe Freibetrag in Höhe von 600.000,00 DM gelten.

Werden die dargestellten Fehler und Unzulänglichkeiten in einer Neuauflage beseitigt und der Länderteil um weitere praxisrelevante Staaten ergänzt, ist das hier besprochene Buch auch für die notarielle Praxis sehr zu empfehlen. Bis dahin ist es nur eingeschränkt nutzbar und insbesondere Kolleginnen und Kollegen, die noch keine umfassenden Kenntnisse des internationalen Erbrechts haben, sollten die Darstellungen nicht ohne weitere Überprüfung übernehmen. Wünschenswert wäre es auch, wenn darauf hingewiesen würde, welcher der sechs Autoren welchen Teil bearbeitet hat.

Rechtsanwalt und Notar *Wolfgang Eule*, Neuenhaus/Dinkel

---

**Frenz (Hrsg.), Neues Berufs- und Verfahrensrecht für Notare, Erläuterungen, Gesetzestexte, Materialien, ZNotP – Schriften für die Notarpraxis, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Herne/Berlin, 1999, 388 Seiten, DM 78,-.**

Das am 8.9.1998 in Kraft getretene dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze hat das notarielle Berufsrecht umfassend reformiert. Ziele der Reform waren vor allem die Herstellung einheitlicher Rechtsverhältnisse für alle deutschen Notare sowie die Schaffung von teilweise fehlenden, zweifelsfreien rechtlichen Grundlagen für die berufsrechtlichen Regelungen im Bereich des Notariats. Daneben ist u. a. auch die Frage der Vereinbarkeit des Notar-amts mit weiteren Berufen und der Zulässigkeit von Verbindungen zur gemeinsamen Berufsausübung grundlegend neu geregelt worden.

Mit den umfangreichen Änderungen durch die Berufsrechtsnovelle beschäftigt sich das von *Dr. Norbert Frenz* herausgegebene Buch. Das Werk ist in drei Teile gegliedert. Während der erste Teil „Systematische Erläuterungen zum neuen Berufs- und Verfahrensrecht für Notare“ enthält, finden sich im zweiten Teil „Materialien“ und im dritten Teil „Gesetzestexte“.

Der erste Teil ist von *Christian Hertel*, *Christoph Sandkühler* und *Dr. Karl Winkler* kommentiert worden und enthält von jedem der drei Autoren eine Darstellung über einen Teilbereich der Änderungen.

Im ersten Abschnitt beschäftigt sich *Sandkühler* mit den Neu-regelungen des notariellen Berufsrechts. Die zahlreichen Änderungen werden von ihm detailliert aufgelistet und systematisch dargestellt. Einen gewissen Schwerpunkt bilden hierbei naturgemäß die Neuregelungen zu den Berufsverbindungen, den weiteren beruflichen Tätigkeiten und den Nebentätigkeiten sowie den damit einhergehenden Regelungen zur Sicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Die Ausführungen von *Sandkühler* zeigen, dass auch die Neuregelung noch nicht sämtliche Zweifelsfragen geklärt hat. Dies gilt ins-

besondere für die Zulässigkeit der Beschäftigung eines Anwaltsnotars bei einer Rechtsanwalts-GmbH (vgl. Rdnr. 62, 77 f.; vgl. hierzu auch *Vaasen/Starke* DNotZ 1998, 667 f.). Dass § 93 Abs. 4 Satz 2 BNotO auch Berufsfremde, mit denen sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit denen er gemeinsame Geschäftsräume hat oder hatte, zur Auskunftserteilung und Aktenvorlage verpflichtet, stellt sicherlich auf den ersten Blick eine Besonderheit dar. Diese ist jedoch durch die Neuregelung des § 8 BNotO zwingend geboten. Die diesbezüglichen Bedenken von *Sandkühler* (Rdnr. 101) teilt der Rezensent nicht.

Im zweiten Abschnitt der systematischen Erläuterungen beschäftigt sich *Winkler* mit den „Änderungen des Beurkundungsgesetzes“. Kernstücke sind die Änderungen der Mitwirkungsverbote, die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens nach § 17 Abs. 2 a BeurkG und die eingeschränkte Vorlesungspflicht nach § 14 Abs. 1. Auch von *Winkler*, einem der führenden Kommentatoren des Beurkundungsgesetzes, werden sämtliche Änderungen exakt und verständlich dargestellt. Anzumerken ist allerdings, dass in der zweiten Alternative des § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG von Angelegenheiten einer Person, mit der der Notar „gemeinsame Geschäftsräume“ hat, die Rede ist und nicht von einer „Bürogemeinschaft“. Zumindest nach dem Wortlaut der Vorschrift kommt es daher entgegen der von *Winkler* vertretenen Auffassung (Rdnr. 214) nicht auf das Vorliegen einer Bürogemeinschaft an (ebenso im Ergebnis *Sandkühler* Rdnr. 64 zu dem gleichen Begriff in § 9 BNotO). Bezüglich der auslegungsbedürftigen Vorschrift des § 17 Abs. 2 a BeurkG setzt sich *Winkler* kritisch mit dem Ansatzpunkt von *Brambring* zur Auslegung der Vorschrift (z. B. DNotI-Report 1998, 184 ff.) auseinander. Im Ergebnis gelangt er allerdings bei der Beurteilung der einzelnen in der Praxis vorkommenden Missbrauchsfälle im Wesentlichen zu ähnlichen Ergebnissen.

Der Teil der systematischen Erläuterungen wird schließlich von *Hertel* abgeschlossen, der sich mit der „Verwahrung auf Notaranderkonto nach den Neuregelungen des Beurkundungsgesetzes“, beschäftigt. Auch ihm ist eine äußerst instruktive Darstellung gelungen. § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG

macht künftig die Zulässigkeit der Verwahrung von einem berechtigten Sicherungsinteresse der Beteiligten abhängig (Rdnr. 386 ff.). Hierdurch soll nach der Regierungsbegründung „einer formularmäßig vorgesehenen Verwahrung künftig entgegengewirkt werden“. Dies erscheint insbesondere im Hinblick auf die nicht unbeträchtlichen Haftungsrisiken (Rdnr. 484) sachgemäß.

Vom Umfang her nehmen die Materialien und Gesetzestexte die zweite Hälfte des Buches ein. Sie ermöglichen dem Leser einen interessanten Überblick über die Entstehungsgeschichte des Gesetzes.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Buch einen hervorragenden Gesamtüberblick über die Berufsrechtsnovelle gibt und auch alle Einzeländerungen umfassend behandelt. Dies ist umso mehr hervorzuheben, als das Buch bereits ein knappes Jahr nach der Verkündung des Gesetzes erschienen ist. Dieses frühe Erscheinen hatte andererseits wie-

derum zur Folge, dass die mittlerweile erschienenen Neuauflagen der Kommentare noch nicht berücksichtigt werden konnten.

Dagegen sind die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer bereits in den Ausführungen von *Sandkühler* berücksichtigt und bei den Materialien mit abgedruckt worden. Dies war bezüglich der Richtlinien der einzelnen Notarkammern selbstverständlich noch nicht möglich.

Besonders hervorzuheben ist die praxisgerechte Gestaltung des Werks. So finden sich zahlreiche Formulierungsvorschläge und – insbesondere im Teil von *Hertel* – wertvolle Tipps für die tägliche Arbeit. Aufgrund der anders gearteten Konzeption ist daher der Kauf des Buches auch nach dem Erscheinen der ersten Kommentarneuaufgaben durchaus zu empfehlen.

Notar Dr. Walter Kamp, Hammelburg

---

### **Göppinger/Börger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998, 623 Seiten, 89,00 DM**

Das zu besprechende Werk ist erstmals im November 1968 mit einem Umfang von ca. 200 Seiten erschienen und gehört schon fast zu den Klassikern der kautelarjuristischen Literatur. Gegenüber der zehn Jahre älteren Voraufgabe ist der Umfang nochmals um ca. 160 Seiten gestiegen.

Rechtsprechung und Literatur sind bis Frühjahr 1997 berücksichtigt. Das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts konnte daher als solches nicht mehr berücksichtigt werden, auch wenn auf den Entwurf des Gesetzes gelegentlich Bezug genommen wird. Ebenfalls nicht berücksichtigt werden konnte die Neuregelung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, die am 1.1.1999 in Kraft getreten ist und nunmehr auch die Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde wegen beispielsweise der Herausgabe von Haushaltsgegenständen ermöglicht.

Das Werk ist im Wesentlichen in zehn Paragrafen sehr unterschiedlichen Umfangs gegliedert.

§ 1 referiert allgemeine Grundlagen für den Abschluss von Vereinbarungen aus Anlass der Ehescheidung. Für die Vorbereitung von Scheidungsfolgevereinbarungen besonders wertvoll ist der am Schluss des Kapitels neuaufgenommene Überblick über inhaltliche und formale Anforderungen an Scheidungsfolgevereinbarungen. Dieser Überblick taugt zwar nicht zur Verwendung als Checkliste, da er dafür zu umfangreich ist und nicht nur auflistet, welche Punkte geregelt werden sollten, sondern auch auf welche Regelungen aus Sicht der Autoren hingesteuert werden sollte. Diese Zusammenfassung schafft jedoch im hohen Maße Problembewusstsein und verdient aus notarieller Sicht insoweit schon uneingeschränkte Zustimmung, als sie sich dafür ausspricht, sämtliche Scheidungsfolgen möglichst umfassend und endgültig zu regeln. Im Hinblick auf die vielfältigen Streitigkeiten, die aus der gesetzlichen Verpflichtung zur Bezahlung von nachehelichem Unterhalt über die Jahre nach der Scheidung entstehen können, favorisiert die Autorin insbesondere die Abfindung solcher Ansprüche durch Einmalzahlungen bzw. Überlassung von Vermögenswerten, ohne zu unterlassen, auf den Sonderfall des § 5 VAHRG hinzuweisen.

In dem Unterabschnitt über die Formvorschriften hat sich allerdings leider ein kleiner Fehler eingeschlichen: Die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassungserklärung ergibt sich nicht aus § 29 GBO, sondern aus § 925 Abs. 2 BGB.

Besonders verdienstvoll ist es, dass *Börger* in Ziffer 8 dieses Kapitels unmissverständlich darauf hinweist, dass ein Rechtsanwalt nicht beide Eheleute über eine Scheidungsfolgevereinbarung beraten darf, sondern vielmehr sogleich für eine Klarstellung sorgen muss, welcher der Ehegatten sein Auftraggeber sein soll. Leider geschieht dies, wie jeder Notar aus der Praxis weiß, häufig nicht. Es bleibt dann dem Notar überlassen, zu Beginn der Beurkundungsverhandlung darauf hinzuweisen, dass einer der Beteiligten in Streit- bzw. Zweifelsfällen ohne anwaltliche Interessenvertretung ist und der Notar aufgrund seiner Neutralitätsverpflichtung diese selbstverständlich nicht übernehmen darf. Zweckmäßigerweise nimmt der Notar diese Feststellungen, also wer anwaltlich vertreten ist und wer nicht und dass der Notar über sein Unparteilichkeitsgebot aufgeklärt hat, in die Urkunde auf.

*Börger* weist auch daraufhin, dass es dem Rechtsanwalt zwar nach dem anwaltlichen Berufsrecht nunmehr gestattet ist, als Mediator bzw. Schlichter einen Interessenausgleich zwischen beiden Parteien herbeizuführen, dass die Tätigkeit als Mediator jedoch die anschließende Vertretung eines Ehepartners im Scheidungsprozess ausschließt. Entsprechendes gilt für den Anwaltsnotar, der die Scheidungsfolgevereinbarung beurkundet.

Fragwürdig ist die Überlegung im Rahmen des Überblicks, Vereinbarungen gesellschaftsrechtlicher und arbeitsvertraglicher Art im Zusammenhang mit der Scheidungsfolgevereinbarung „wegen der notwendigen Vorlage solcher Vereinbarungen bei Finanzamt, Arbeitsamt, im Betrieb etc. in gesonderten Urkunden niederzulegen.“ Für den Notar gilt natürlich, dass er alle Vereinbarungen, die von einem einheitlichen Geschäftswillen getragen sind, in derselben Urkunde niederzulegen hat oder wenigstens durch wechselseitige Verweise in den Urkunden den rechtlichen Zusammenhang aufzudecken hat.

In § 2, elterliche Sorge und Umgangsrecht, wird zu Recht auf die Bedeutung des § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO hingewiesen. Nach dem alten Recht war für die Durchführung der einverständlichen Scheidung auch der übereinstimmende Vorschlag der

Ehegatten hinsichtlich des Sorgerechts dem Gericht vorzulegen. Dieser übereinstimmende Vorschlag konnte selbst dann einseitig widerrufen werden, wenn er den Bestandteil einer Scheidungsfolgevereinbarung bildete. Nach dem neuen Recht ist die übereinstimmende Erklärung der Ehegatten erforderlich, dass Anträge zur Übertragung der elterlichen Sorge oder eines Teils derselben auf einen Elternteil zur Regelung des Umgangs der Eltern mit den Kindern eben gerade nicht gestellt werden, weil sich die Ehegatten über den Fortbestand der gemeinschaftlichen Sorge und über den Umgang einig sind bzw., dass übereinstimmende Anträge für eine anderweitige Regelung vorgelegt werden. Auch nach dem neuen Recht ist deswegen der Hinweis wichtig, dass die Auswirkungen eines solchen Widerrufs auf die Scheidungsfolgevereinbarung ausdrücklich zu regeln sind. Die Autoren weisen allerdings auch darauf hin, dass die Verknüpfung von Sorgerechtsvorschlägen bzw. Umgangsrechtsregelungen mit weiteren Scheidungsfolgevereinbarungen mindestens problematisch, im Extremfall sogar sittenwidrig sein kann, nämlich z. B. dann, wenn der nicht sorgeberechtigte Elternteil einen Anspruch auf Freistellung von seiner Unterhaltspflicht unter der Bedingung erhält, dass er das Umgangsrecht nicht ausübt (vgl. hierzu BGH NJW 1984, 1951).

Dieser wichtige Hinweis wird allerdings im Rahmen des § 4, der den Unterhalt ehelicher Kinder behandelt, in einem der wenigen Formulierungsbeispiele auf Seite 193 nicht beachtet. Dabei mag aber eine Rolle gespielt haben, dass der Autor *Miesen* für die außergerichtliche Vereinbarung über Unterhaltsansprüche des Kindes den Unterhaltsvertrag zwischen dem Kind und dem unterhaltspflichtigen Elternteil als zweckmäßig ansieht und nicht etwa die Vereinbarung zwischen den Eltern zugunsten des Kindes. Die ausführlichen Erläuterungen zum Bestehen der Vertretungsmacht nach § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB zugunsten des Elternteils, in dessen Obhut sich das Kind befindet, zeigen allerdings, warum die Praxis die Vereinbarungen zwischen den Eltern zugunsten des betroffenen Kindes bevorzugt.

Hervorzuheben sind folgende Feststellungen zur Zwangsvollstreckung hinsichtlich des geschuldeten Kindesunterhalts: Zum einen ist darauf zu achten, dass der Betrag des unter den Eltern auszugleichenden Kindergeldes genau beziffert ist (also nach dem neuen Kindergeldgesetz nun DM 270,00 für das erste und zweite Kind, DM 300,00 für das dritte, sowie DM 350,00 für jedes weitere Kind). Desweiteren dass in den Fällen der – eher seltenen – Freistellungsvereinbarung der Eltern untereinander bezüglich des Unterhaltsanspruchs trotzdem vom Unterhaltsverpflichteten eine Zwangsvoll-

streckungsunterwerfung hinsichtlich des gesetzlich geschuldeten Unterhalts zugunsten des Kindes abzugeben ist, um § 630 Abs. 3 ZPO zu genügen. Auch die weiteren Überlegungen zum Inhalt einer Freistellungsvereinbarung sind im besonderen Maße lesenswert.

Auf die Möglichkeit der Sicherung von Unterhaltsansprüchen durch Vereinbarung (weil hierauf kein gesetzlicher Anspruch besteht) sollte insbesondere der Notar stets hinweisen.

Im Rahmen des ebenfalls von *Miesen* bearbeiteten § 5 betreffen den nachehelichen Ehegattenunterhalt wird die Forderung nach der Formbedürftigkeit von Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt nachdrücklich unterstützt. Seiner Feststellung, dass der besonders großen Bedeutung der Unterhaltsvereinbarungen in der Praxis bereits weitgehend dadurch Rechnung getragen werde, dass der Unterhalt titulierte, kann aber wohl nicht beigetreten werden.

Die den Notar im Rahmen der Regelungen über den Ehegattenunterhalt besonders interessierende Frage des Wohnvorteils der eigenen Wohnung bzw. des eigenen Hauses kommt leider etwas kurz.

§§ 6 und 7 behandeln die Vermögensauseinandersetzung zwischen den Ehegatten einschliesslich des Zugewinnausgleiches bzw. den Hausrat und die Ehwohnung. Für den Fall, dass Miteigentum beider Ehegatten an der Wohnung besteht und diese einem Ehegatten zur alleinigen Nutzung überlassen werden soll (ein Fall, der nach dem von den Autoren favorisierten Modell der endgültigen Auseinandersetzung sämtlicher Rechtsbeziehungen zwischen den Ehegatten möglichst vermieden werden sollte), wird mit Recht eine Vereinbarung über den Ausschluss der Auseinandersetzung für den Vertragszeitraum gefordert. Nicht richtig ist aber die Feststellung, dass eine solche Vereinbarung nach § 313 BGB (wörtl. „§ 131 BGB“) der notariellen Beurkundung bedarf.

Die Erörterungen werden mit Kapiteln über den Versorgungsausgleich (§ 3), Vereinbarungen zum Namensrecht (§ 8), Steuerfragen (§ 9) und Fragen des internationalen Privatrechts (§ 10) abgerundet. Die im Anhang enthaltenen Tabellen veralten zu schnell, als dass sie eine längerfristige Hilfe darstellen könnten.

Der *Göppinger/Börger* ist kein Formularbuch, aber ein ausführliches Kompendium zu allen Fragen, die im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Scheidungsfolgevereinbarung auftreten können. Das Buch kann daher uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar Dr. Joachim Schervier, M.C.L., Landshut

---

**Gustavus: „Handelsregister-Anmeldungen“, 4. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1999, 189 Seiten, DM 38,-**

In gewohnter Manier führen die Autoren des *Gustavus* die bewährte Zweiteilung des Werkes in *Formulierungshilfen* für die Handelsregisteranmeldungen und in *Gerichtsentscheidungen* zum Handelsregisterrechts fort. Berücksichtigt für die Neuauflage wurden insbesondere das Handelsrechtsreformgesetz, die Insolvenzordnung und die Einführung des Euro. So sind die Ausführungen Teil A Nr. 129 über die GmbH mit DDR-Bezug, die wegen Zeitablaufes der Anpassungsvorschriften mittlerweile überholt sind, durch Hinweise zur Um-

stellung von DM auf Euro ersetzt worden: Es werden die Erforderlichkeit und einzelne Möglichkeiten der Anpassung dargestellt, nämlich einerseits die Anpassung der Fassung des Gesellschaftsvertrages durch bloße Umrechnung ohne Kapitalmaßnahmen mit einem Anmeldeformular und andererseits die Änderung des Gesellschaftsvertrages im Wege der Umstellung des Stammkapitals durch Kapitalmaßnahmen wie einfache Kapitalerhöhung gegen Einlagen, Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln sowie der Kapitalherabsetzung unter Verweis auf die allgemeinen Anmeldeformularmuster.

Bei den Anmeldeformularmustern als auch den Beglaubigungsvermerken wurde berücksichtigt, dass die Firmenzeichnungen

entfallen sind. Diese sind nunmehr wieder auf dem neuesten Stand und den Notariatsmitarbeitern eine schnelle und zuverlässige Hilfe. Was das in den §§ 29, 53, 108, 148 HGB, § 3 EWIV-AusfG enthaltene gesetzliche Erfordernis der Namenszeichnung „unter Angabe der Firma“ anbelangt, so schließt sich *Gustavus* auch in seinen Anmeldeformularen der sich wohl von der Registerpraxis anerkannten Auffassung<sup>1</sup> an, die es als ausreichend erachtet, dass sich die Firma, für welche die Namensunterschrift geleistet wird, aus der Erklärung selbst ergibt.

Auf Grund der Gesetzesänderungen überholte Gerichtsentscheidungen (z. B. bisher B § 53 HGB Nr. 4, § 105 HGB Nr. 3) sind nicht mehr aufgeführt bzw. mit einem entsprechenden Zusatz versehen worden (z. B. B § 108 HGB Nr. 4).

An Klarheit gewonnen hat die Darstellung der Grundlagen der Kostenberechnung im Anhang Teil A, was auch dadurch bedingt ist, dass insbesondere die Betriebseinheitswerte als Grundlage der Geschäftswertberechnung weggefallen sind. *Gustavus* kann jedoch darin nicht gefolgt werden, dass für die Kostenberechnung einer gesondert geleisteten Unterschrift oder Namenszeichnung der Geschäftswert nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen ist. So teilt der Geschäftswert für die weitere Unterschrift bzw. Namenszeichnung den Geschäftswert der Anmeldung bzw. den auf die Zeichnung entfallenden Teil<sup>2</sup>, wovon § 145 Abs. 1 Satz 4 KostO ausgeht. Es handelt sich nicht um eine Zustimmungserklärung im Sinne des § 40 KostO, der eine Aufteilung rechtfertigen würde.

Einen gesonderten Abschnitt widmet *Gustavus* der EU-rechtlichen Korrektur von Eintragungsgebühren und nimmt die sog. *Fantask*-Entscheidung des EuGH<sup>3</sup> als Ausgangspunkt, welche auch die Grundlage für nachfolgende Entscheidungen des BayObLG<sup>4</sup> bildete und wonach jedenfalls für Kapitalgesellschaften sich die Registergebühren allein nach dem Aufwand des Registergerichts für die beantragte Eintragung bemessen dürfen. Im Übrigen verweist er auf die vor dem Abschluss stehende Reform der Kostenordnung. Diese EU-Rechtsprechung wirkt weitgehend in das nationale öffentliche Recht der Abgaben- und Gebührenerhebung hinein und erkennt nach meinem Dafürhalten Richtlinien der EU derart weitgehend an, was im Hinblick auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Maastricht-Vertrag<sup>5</sup> bundesverfassungsrechtliche Bedenken hervorruft und Fragen aufwirft, denen möglicherweise schon bald in anderem Zusammenhang nachgegangen wird, wenn nämlich der EuGH sogar die verfassungsrechtliche Bestimmung des Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG – Kein Dienst an der Waffe – für gemeinschaftswidrig halten sollte. Die Diskussion hierüber sollte nicht als abgeschlossen gelten.

Zu einzelnen Punkten seien folgende, kurze Anmerkungen veranlasst:

Die notarielle Beglaubigung wird durch die Aufnahme in einen gerichtlich protokollierten Vergleich ersetzt (Seite 5). Oftmals wird in der Praxis dabei aber nicht beachtet, dass es hierfür natürlich nicht reicht, eine bloße Verpflichtung zur Anmeldung aufzunehmen, und es bei Namenszeichnungen

fraglich ist, wie diese in das gerichtliche Vergleichsprotokoll aufgenommen werden können. Voll im Gange ist hingegen derzeit die Diskussion der Möglichkeit und Wirksamkeit der Beglaubigung der Anmeldung und der Namenszeichnung durch eine öffentliche Behörde<sup>6</sup>.

Eine Anmeldung kann bereits zum Handelsregister eingereicht werden, bevor der Termin für den Eintritt der angemeldeten Tatsache eingetreten ist, was in der Praxis vor allem bei der Anmeldung einer Geschäftsführerabberufung vorkommt (Seite 5). Gleichwohl ist zu beobachten, dass diese Anmeldungen nach diesem Termin häufig nicht ohne weiteres vorstelligwerden des Notars vollzogen werden, was damit wohl zugleich eine Überwachungspflicht des die Anmeldung einreichenden Notars bedingt.

Die Ausführungen zu Zweigniederlassungen beziehen sich leider nur auf die einer inländischen Person. Da in der notariellen Praxis vermehrt Niederlassungen ausländischer Gesellschaften im Inland errichtet werden, wäre eine Übersicht über die erforderlichen Unterlagen wünschenswert, was als Anregung für die nächste Auflage dienen möge.

Unter A 59. 2. erörtert werden ausführlich die Auswirkungen der Euro-Währung auf die Kommanditgesellschaft dargestellt und die Unterschiede zu der Umstellung bei den Kapitalgesellschaften aufgezeigt. So können in der Übergangsphase Kommanditeinlagen sowohl in DM als auch in Euro ausgedrückt werden, da hiermit nur der Haftungsumfang der einzelnen Gesellschafter und nicht der der Gesellschaft beschrieben wird. Ob dies hingegen zweckmäßig ist, ist eine andere Frage, da die Einlagen der Gesellschafter, die natürlich mit der Hafteinlage nicht identisch sein müssen, in der Bilanz nur einheitlich in DM oder Euro (§ 244 HGB) bezeichnet werden können. Ob die üblichen Handelsregistervollmachten für die PublikumsKG außer der Anmeldung der bloßen Umrechnung auch die der verhältnismäßigen Glättung zulassen, dürfte fraglich sein, wenn die Vollmacht nicht zu einer Anmeldung einer Erhöhung der Kommanditeinlage berechtigt. Diese Möglichkeit muss m. E. ausdrücklich getroffen werden, da prinzipiell keine gesellschaftsvertragliche Nachschusspflicht besteht (§ 705 BGB), so weit nichts anderes unter Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes vereinbart ist.

Berücksichtigt wurde (Seiten 75, 86), dass Partnerschaftsgesellschaften nunmehr<sup>7</sup> auch Beteiligte eines Umwandlungsvorganges sein können.

Zu der unter A 102 aufgeworfenen Problematik der Verwendung eines GmbH-Mantels darf auf eine neuere Entscheidung des BayObLG<sup>8</sup> verwiesen werden, wonach Eintragungen in das Handelsregister anlässlich der Verwertung einer Mantel- oder Vorrats-GmbH nicht die registergerichtliche Kontrolle der Unversehrtheit des Stammkapitals rechtfertigen.

Zur Problematik des § 181 BGB wurden zwei Entscheidungen neu aufgeführt: Zum einen soll nach dem OLG Hamm<sup>9</sup> (B § 181 BGB Nr. 10) der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH sich durch Beschluss der Gesellschafterversammlung von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien lassen können, wenn die Satzung die Gesellschafterversamm-

<sup>1</sup> *Giehl*, Auswirkungen des Handelsregisterreformgesetzes auf die notarielle Praxis, MittBayNot 1998, 293 (300).

<sup>2</sup> Vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 4. Aufl. 1997, Rdnr. 399.

<sup>3</sup> Urt. v. 2.12.1997, ZIP 1998, 206.

<sup>4</sup> Beschl. v. 2.12.1998 u. Beschl. v. 9.12.1998, MittBayNot 1999, 202.

<sup>5</sup> NJW 1993, 3047.

<sup>6</sup> Vgl. DNotI-Report 22/1999, S. 175 ff.

<sup>7</sup> Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 22.7.1998, BGBl. I 1998, 1878 ff.

<sup>8</sup> MittBayNot 1999, 389.

<sup>9</sup> NJW-RR 1998, 1193.

lung zu einer solchen Beschlussfassung ermächtigt, wodurch für die notarielle Praxis nichts Neues ausgesagt wird. Das OLG Köln<sup>10</sup> (B § 181 BGB Nr. 9) hingegen verdeutlicht den Grundsatz, wonach der Rechtsverkehr erwarten darf, dass die eintragungspflichtige Tatsache einer Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB im Handelsregister mit der erforderlichen Klarheit zum Ausdruck gebracht wird und unvollständigen Verlautbarungen mit der Registerbeschwerde begegnet werden kann.

Bezugnehmend auch auf diesen Grundsatz hat das BayObLG<sup>11</sup> die Eintragungsfähigkeit der Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH im Handelsregister der GmbH u. Co. KG mittlerweile bejaht.

Das KG<sup>12</sup> (B § 13h HGB Nr. 4) bestätigt für die Personengesellschaften die Maßgeblichkeit des verwaltungsmäßigen Sitzes und nicht des statuarischen im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften und schließt sich damit der h. L.<sup>13</sup> an.

Neuere Entscheidungen des LG Limburg<sup>14</sup> und des LG Koblenz<sup>15</sup> (B § 13h HGB Nr. 5) bestätigen eine alte Rechtsprechung des BayObLG<sup>16</sup>, wonach das Registergericht des neuen Sitzes die beim Amtsgericht des bisherigen Sitzes angemeldete Eintragung nur aus den in § 13c HGB aufgeführten Gründen ablehnen darf, insbesondere das neue Registergericht nicht befugt ist, die freie Verfügbarkeit der ursprünglich eingezahlten Stammeinlagen zu überprüfen, und es auch kein Eintragungshindernis für die Sitzverlegung darstellt, dass der ursprüngliche, in der Satzung noch ausgewiesene Übernehmer der Stammeinlage nicht mehr mit dem aktuellen Inhaber der Sacheinlage übereinstimmt.

Ob die Entscheidung des OLG Schleswig<sup>17</sup> (B § 15 HGB Nr. 1) in der Allgemeinheit Bestand haben kann, dass das Registergericht Anmeldungen von Amts wegen auf ihre Wirksamkeit, einschließlich erforderlicher Vertretungsmacht, zu überprüfen hat, ist fraglich, da damit sofort die Frage aufgeworfen wird, wie weit das Gericht dieser Amtsermittlungspflicht nachzukommen hat, wenn es um Handelsregisterauszüge anderer Gerichte oder um Vertretungsbescheinigungen von Notaren geht<sup>18</sup>. Ohne begründete Zweifel an der Richtigkeit dieser Unterlagen wird das Registergericht nicht weitere Nachweise hierfür verlangen können. So präzisieren neuere Entscheidungen den Umfang des Amtsermittlungsgrundsatzes im Sinne einer einschränkenden Auslegung dergestalt, dass nur begründete Zweifel zur näheren Aufklärung des wahren Sachverhaltes berechtigen und verpflichten.

Unter B § 18 HGB werden in sachdienlicher Weise die Grundzüge des neuen Firmenrechts<sup>19</sup> erläutert mit dem Hinweis, dass die bisherigen Gerichtsentscheidungen deshalb nicht mehr unbesehen herangezogen werden dürfen. Für die nota-

rielle Praxis empfiehlt es sich auch nach wie vor in zweifelhaften Fällen die Auskunft der Industrie- und Handelskammer einzuholen, wobei nach meinem Erfahrungsstand leider nicht mehr alle Kammern zu dieser Serviceleistung bereit sind.

Zu § 49 HGB (Nr. 3) wurde die Entscheidung des BayObLG<sup>20</sup> hinzugefügt, wonach ein Einzelkaufmann Prokura mit Außenwirkung nicht in der Form erteilen kann, dass der Prokurist nur gemeinsam mit ihm vertretungsberechtigt ist. Interessant wäre, wie der BGH diese Frage entscheiden würde, der ja die Erteilung einer Prokura für eine GmbH mit dem Inhalt für zulässig erachtet hat, dass der Prokurist die Gesellschaft in Gemeinschaft mit einem Geschäftsführer vertritt, ohne dass ein weiterer Geschäftsführer oder Prokurist vorhanden ist<sup>21</sup>. Zwar ist zuzugeben, dass bei der Prokura für einen Einzelkaufmann der Geschäftsinhaber nicht sein eigener Vertreter sein kann<sup>22</sup>, jedoch ist nach § 50 HGB nur die sachliche Beschränkung unzulässig, nicht die personelle. Zudem kann die GmbH nicht selbst handeln, sondern nur über ihre Organe, sodass der Unterschied zur GmbH wohl nurmehr darin besteht, dass die GmbH einen weiteren Geschäftsführer bestellen kann.

Neu aufgenommen ist eine Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>23</sup> (B § 143 HGB Nr. 9), wonach eine Übertragung des Unternehmens durch die Komplementärin auf die einzige Kommanditistin analog § 142 HGB zur Auflösung und Vollbeendigung der KG führt, mit dem Vermerk, dass dies auch nach Streichung von § 142 HGB durch das HRefG fortgilt.

Von OLG Köln<sup>24</sup> (B § 2 GmbHG Nr. 4) wird die Auffassung bestätigt, wonach Änderungen des Gesellschaftsvertrages im Gründungsstadium einer GmbH den Vorschriften über den Abschluss des Gesellschaftsvertrages unterliegen mit der Folge, dass die Genehmigung eines Gesellschafters zu einer für ihn vollmachtlos abgegebenen Erklärung der notariellen Beurkundung oder Beglaubigung bedarf.

Das OLG Hamm<sup>25</sup> (B § 3 GmbHG Nr. 10) hat den Zusatz „mit beschränkter Haftung“ bei der GdBR auch im Falle der Aufnahme der GdBR als Gesellschafter in die GmbH-Satzung und in die Gesellschafterliste für unzulässig erklärt.

Das OLG Frankfurt<sup>26</sup> (B § 34 GmbHG Nr. 5) entscheidet eine im DNotl-Report 15/1999, S. 126 ausgeführte Problematik der Abhängigkeit der Stimmrechtsausübung nach Einziehung von der Zahlung des Abfindungsentgelts in der Weise, dass die Gesellschafterrechte bis zur Leistung des Einziehungsentgelts fortbestehen.

<sup>10</sup> DB 1995, 2412.

<sup>11</sup> Beschl.v. 4.11.1999, MittBayNot 2000, 53

<sup>12</sup> DB 1997, 221.

<sup>13</sup> Vgl. statt aller *Baumbach/Hopt*, 29. Aufl., § 106 Rdnr. 8.

<sup>14</sup> GmbHR 1996, 771.

<sup>15</sup> GmbHR 1998, 540.

<sup>16</sup> MittBayNot 1978, 20.

<sup>17</sup> GmbHR 1998, 746.

<sup>18</sup> Mißverständlich insoweit auch *Baumbach/Hopt* § 13 Rdnr. 4: Bescheinigung der Befugnis im Beglaubigungsvermerk genügt für den Nachweis der gesetzlichen Vertretungsbefugnis nicht, weil keine Bescheinigung einer bloßen Tatsache. – Dies mißachtet die Beweisfunktion der Vertretungsbescheinigung nach § 21 Abs. 1 Satz 2 BNotO.

<sup>19</sup> Hingewiesen wird auf zwei mittlerweile ergangene Entscheidungen: Nach OLG Nürnberg, MittBayNot 1999, 393 kann im Falle der Übernahme des Unternehmens einer BGB-Gesellschaft durch einen Gesellschafter dieser das Unternehmen entsprechend § 24 Abs. 1 HGB unter dem alten „Firmennamen“ fortführen. Nach OLG Hamm, Beschl. v. 8.7.1999 – 15 W 102/99 muss im Falle der Firmenfortführung nach § 24 HGB durch einen Einzelkaufmann mit Nachfolgezusatz (etwa „e.K.“) ein nicht mehr zutreffender Rechtsformzusatz nicht gestrichen werden.

<sup>20</sup> DB 1997, 2427.

<sup>21</sup> BGHZ 62, 166.

<sup>22</sup> *Schlegelberger/Schröder*, HGB, 5. Aufl. § 48 Rdnr. 20.

<sup>23</sup> NJW-RR 1998, 245.

<sup>24</sup> DB 1995, 2413.

<sup>25</sup> RPflegler 1996, 351.

<sup>26</sup> GmbHR 1997, 171.

Der BGH<sup>27</sup> (B § 55 GmbHG Nr. 7) bestätigte, dass die Voreinzahlung auf eine künftige Einlagepflicht nicht als Baranlage anzusehen ist, es sei denn, es liegt ein Sanierungsfall vor. Die Entscheidung zeigt, wie groß einerseits die Gefahr einer verdeckten Sacheinlage und andererseits das Aufklärungsbedürfnis der Beteiligten besteht, die in diesem Fall hierfür oft kein Verständnis aufbringen. Die Aufklärungspflicht des Notars in diesem Zusammenhang erläutert eine neu aufgeführte Entscheidung des BGH<sup>28</sup> (§ 56 GmbHG Nr. 6). Den Umfang der hiermit korrespondierenden Prüfungsbefugnis des Registergerichts bezeichnen eine Entscheidung des KG<sup>29</sup> (§ 57 GmbHG Nr. 3) und eine des BGH<sup>30</sup> (§ 57 GmbHG Nr. 4).

Nach einer Entscheidung des BayObLG<sup>31</sup> (B § 68 GmbHG) wirkt die auf Grund eines Gesellschafterbeschlusses erteilte Einzelvertretungsmacht des Geschäftsführers nicht für ihn als Liquidator. Etwas anderes gilt nach meinem Dafürhalten dann, wenn in der Satzung bestimmt ist, dass die für den Geschäftsführer geltende Regelung auch in seiner Eigenschaft als Liquidator fortgilt<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> DNotZ 1997, 495.

<sup>28</sup> ZIP 1996, 19.

<sup>29</sup> GmbHR 1998, 786.

<sup>30</sup> BB 1997, 538.

<sup>31</sup> RPflegler 1997, 170.

<sup>32</sup> *Baumbach/Hueck*, 16. Aufl., § 68 Rdnr. 4.

Nachdem das Gesetz über die Auflösung von Gesellschaften und Genossenschaften (Löschungsgesetz) aufgehoben wurde und die Vorschriften in das GmbHG (§§ 60 Abs. 1 Nr. 5 und § 66 Abs. 5) und FGG (§ 141a) eingearbeitet wurden<sup>33</sup>, sind die bisherigen Rechtsprechungsnachweise bei diesen Vorschriften aufgenommen worden.

Die Entscheidungen zum Umwandlungsgesetz wurden erweitert, nachdem zumeist formelle Fragen zum Inhalt der Anmeldung einschließlich deren Anlagen, insbesondere der Schlussbilanz, vor allem auch im Zusammenhang mit der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG für die Einreichung der Schlussbilanz in letzter Zeit die Gerichte beschäftigt haben.

Durch die praxisgerechte Darstellung wird dieses Werk, seinem Anspruch, einen schnellen Überblick über die anmeldepflichtigen Vorgänge in Handelssachen und die hierzu relevante Rechtsprechung zu geben sowie entsprechende Anmeldeformulare bereitzuhalten, wie die Voraufgabe vollends gerecht und kann daher dem Notar und vor allem seinen Mitarbeitern uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarassessor *Georg Westermeier*, Lindau

<sup>33</sup> Nach OLG Karlsruhe, DB 1999, 2155 ist für noch vor dem 1.1.1999 in Gang gesetzte Lösungsverfahren das Löschungsg maßgebend.

### **Reimann: Testamentsvollstreckung in der Wirtschaftsrechtspraxis, 3. Aufl. 1998, RWS Verlag, Köln, 204 Seiten, DM 76,-**

In der 1998 erschienenen 3. Auflage des RWS-Skripts Testamentsvollstreckung in der Wirtschaftsrechtspraxis werden auf 180 Seiten von *Reimann* sämtliche wesentlichen und neuralgischen Punkte der Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich und darüber hinaus, so weit sie hierfür von Bedeutung sind, auch allgemeine Fragen der Testamentsvollstreckung, erörtert.

Zunächst wird auf die Testamentsvollstreckung als Instrument der erbrechtlichen Gestaltung, dann auf die sich mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung und der Ernennung des Testamentsvollstreckers ergebenden Probleme hingewiesen. Im anschließenden Kapitel hebt *Reimann* die Notwendigkeit des Einflusses des künftigen Testamentsvollstreckers auf vorbereitende Maßnahmen des Erblassers hervor, um anschließend Beginn, Nachweis und Dauer des Testamentsvollstreckeramtes abzuhandeln.

Im Kapitel „Testamentsvollstreckung an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen“ wird zunächst richtig darauf verwiesen, dass sich angesichts der unterschiedlichen und nicht vereinbaren Haftungsgrundsätze des Handelsrechts und denen des Erbrechts eine Testamentsvollstreckung am Einzelunternehmen nicht möglich ist und daher nach Alternativen – Stichwort: Treuhandlösung, Vollmachtlösung – zu suchen ist. Die nach wie vor nicht vollständig ausgeloteten Fragen der Testamentsvollstreckung im Bereich der Personengesellschaften werden von *Reimann* aufgezeigt. Auf der

Basis der herrschenden Lehre und Rechtsprechung werden Gestaltungshinweise gegeben. Gerade in diesem Bereich wird deutlich, dass dem hier betroffenen Unternehmer bei seiner Nachlassplanung nur dringend juristischer Rat empfohlen werden kann, ohne den eine sachgerechte Umsetzung des Unternehmerwillens nicht gewährleistet ist. Zugleich zeigt sich aber auch für den Kautelarjuristen, dass Beratung und Vertragsgestaltung diesbezüglich mit erheblichen Risiken verbunden sind und insbesondere aus der fehlenden Abstimmung der erbrechtlichen Bestimmungen mit den Vorgaben in den entsprechenden Gesellschaftsverträgen nicht zu unterschätzende Haftungsgefahren drohen können.

Im Kapitel „Besondere Aufgabenzuweisungen an den Testamentsvollstrecker aufgrund wirtschaftlicher Besonderheiten“ wird aufgezeigt, dass zur optimalen Verwirklichung des Erblasserwillens nicht allein die letztwillig verfügte Testamentsvollstreckeranordnung – selbst wenn sie detaillierte Vorgaben für den Testamentsvollstrecker enthält – ausreicht, sondern flankierend, etwa durch Vollmachten, dem Testamentsvollstrecker zusätzliche Befugnisse verliehen werden müssen, damit er als Unternehmer-Testamentsvollstrecker u. a. die Struktur des Unternehmens entsprechend den gebotenen Erfordernissen anpassen kann.

Weitere Hinweise auf Testamentsvollstreckung und Nießbrauch, Testamentsvollstreckung bei Vor- und Nacherbfolge, Vermögensanlage durch den Testamentsvollstrecker sowie Aufgaben des Testamentsvollstreckers im Bereich des Steuerrechts und der Rechnungslegung runden das Werk ab.

Mit Recht wird gesondert hervorgehoben, die in der Praxis gerne verdrängte, gleichwohl für eine erfolgreiche Testa-

mentvollstreckung essentiell wichtige Problematik der Testamentsvollstreckervergütung. *Reimann* zeigt aufgrund der hierzu angewandten Tabellenwerte und der nur außerordentlich schmalen Rechtsprechungsbasis, dass die hierdurch zu ermittelnde Testamentsvollstreckervergütung nur für normale Verhältnisse und eine „glatte“ Abwicklung des Nachlasses zufriedenstellende Ergebnisse bringt. Erfolgt eine längere Verwaltungstätigkeit oder – im Unternehmensbereich häufig – ist die Verwaltung besonders umfangreich, zeitraubend oder aus sonstigen Gründen schwierig, wird die Vergütung vom Testamentsvollstrecker auch in Anbetracht der ihn treffenden Haftung oftmals als ungenügend empfunden. Hier ist dringend anzuraten, entsprechende Vergütungsanordnungen in der letztwilligen Verfügung zu treffen – am besten in Übereinkunft mit dem ins Auge gefassten Testamentsvollstrecker. Unterbleibt eine Regelung durch den Erblasser, ist dem Testamentsvollstrecker zu empfehlen, mit den Erben und den sonstigen Nachlassbeteiligten die Vergütung vertraglich zu vereinbaren. Der Testamentsvollstrecker kann die Annahme des Amtes vom Zustandekommen einer derartigen vertraglichen Regelung abhängig machen, bzw. wenn er das Amt bereits angenommen hat, dieses nach § 2226 S. 1 BGB wieder kündigen.

Stichwortartig wird am Schluss des Werkes nochmals auf die neuralgischen Punkte der Testamentsvollstreckung hingewiesen und werden Empfehlungen zur Vermeidung von Problemen gegeben. Für den Unternehmer in gleicher Weise wie für die Beratungspraxis ist die Erkenntnis wichtig, dass bereits im Vorfeld der Testamentsgestaltung besondere Sorgfalt ange-

wendet werden muss, um spätere, nicht mehr revidierbare Fehler zu vermeiden. Wichtig ist außerdem, den richtigen Testamentsvollstrecker zu betrauen, wobei besonders darauf zu achten ist, dass die „Chemie“ zwischen diesem und den übrigen Nachlassbeteiligten stimmt. Damit die richtige Balance zwischen Testamentsvollstrecker und Nachlassbeteiligten erreicht werden kann, ist nicht zuletzt wesentlich die richtige Dauer der Testamentsvollstreckung festzulegen und gegebenenfalls den Testamentsvollstrecker seinerseits der Kontrolle der Nachlassbeteiligten zu unterstellen, indem etwa den Erben durch eine (Gruppen-)Vertretung in Testamentsvollstreckergremien geeignete Mitspracherechte gegeben werden.

Abschließend ist zu bemerken, dass das Werk einen prägnanten und vollständigen Überblick über die sich im Unternehmensbereich ergebenden Probleme der Testamentsvollstreckung gibt. Hierdurch kann sowohl auf Seiten der Unternehmer als auch auf Seiten der Kautelarjurisprudenz die Sicht für die sich ergebenden Probleme geschärft werden. Für die fallbezogene Umsetzung des Nachlasskonzepts des Unternehmers bedarf es dann allerdings jeweils sachgerechter juristischer Beratung. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang, dass das Werk keine Formulierungsvorschläge enthält. Hierdurch wird der Gefahr vorgebeugt, dass der Unternehmer durch Herausgreifen von Textbausteinen ohne juristische Begleitung versucht, seine Nachlassgestaltung selbst umzusetzen. Erfahrungsgemäß sind derartige Versuche zum Scheitern verurteilt.

Notar *Dr. Bernhard Schaub*, München

---

### **Wegmann: Grundstücksüberlassung – Zivil- und Steuerrecht, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1999, 169 Seiten, 48,— DM (Schriftenreihe des Deutschen Notarinstituts, Band 1)**

Seit der ersten Auflage (1994) waren nicht nur erhebliche Änderungen im Steuerrecht, etwa das *EigZulG*, die Änderungen bei der Schenkungsteuer oder der neugefasste Nießbrauchserlass vom 24.7.1998, sondern auch Neuentwicklungen im Zivilrecht zu berücksichtigen. So wurde etwa die Entscheidung des BGH zur Pflichtteilergänzung beim Nießbrauchsvorbehalt (BGH *MittBayNot* 1994, 340) mit ihren Konsequenzen auch für andere Gestaltungen eingearbeitet und nach Lösungen gesucht (Rdnrn. 231 ff., 303, 336, 425). Beim Wohnungsrecht differenziert der Autor nach der Ausgestaltung, insbesondere danach, ob die vorbehaltenen Nutzungen das gesamte Anwesen umfassen und ob auch ein Vermietungsrecht vereinbart ist (Rdnr. 337).

Bereits vorab lässt sich feststellen, dass dem Autor die Aktualisierung vollauf gelungen ist. Allenfalls fehlt bei der Schuldübernahme (Rdnrn. 450 ff.) ein Hinweis auf die Frage, ob das Verbraucherkreditgesetz zu beachten ist (hierzu grundlegend *Grziwotz* MDR 1997, 432, 434 f. und *Kurz* DNotZ 1997, 552, 565).

Über diese Änderungen hinaus wurde das gesamte Buch überarbeitet und als § 9 ein Kapitel über „Querschnittsfragen zu ‚Gegenleistungen‘“, wie z. B. das zweckmäßige Berechti-

gungsverhältnis mehrerer Berechtigter, eingefügt. Der Umfang hat damit zur Voraufgabe um 50 Seiten zugenommen.

Weiterhin ist es das besondere Anliegen des Autors, eine steuerlich und zivilrechtlich fundierte Darstellung der Grundstücksüberlassung im Privatvermögensbereich zu geben, also ohne Betriebs- und Hofübergaben.

*Wegmann* beginnt mit den zivil- und steuerrechtlichen Grundlagen. Hier findet sich etwa in § 3 ein mit Fallbeispielen illustrierter Vergleich, wann eine lebzeitige, wann eine letztwillige Vermögensübertragung die bessere Lösung ist. In § 4 wird die mittelbare Grundstücksschenkung dargestellt. Einen breiten Raum nehmen auch die ehebedingten Zuwendungen ein (§ 6), deren güterrechtliche Auswirkungen ausführlich beschrieben werden. Bei dem Ergebnis, dass die ehebedingte Zuwendung hauptsächlich dann den Zuwendenden schlechter stellt, wenn sie aus Anfangsvermögen erfolgt (Rdnrn. 143, 169) – also z. B. bei der Weiterübertragung des von den Eltern erworbenen Hauses an den Ehegatten –, könnte vielleicht neben der Lösung über Rückforderungsrechte bei Scheidung (Rdnr. 177) auch ein Hinweis auf den Vorschlag von *Langenfeld* (Handbuch der Eheverträge, 3. Aufl. München 1996, Rdnr. 896 a. E.) aufgenommen werden, der mit einem ehevertraglichen Ersatzanspruch für den Verlust an Anfangsvermögen arbeitet.

Nach diesen grundlegenden Ausführungen werden dann einzelne Vertragsklauseln des Überlassungsvertrags durchleuchtet.

Bei den vertraglichen Rückforderungsrechten tendiert *Wegmann* dazu, eine Pfändbarkeit zumindest dann zu verneinen, wenn das Recht nur unter eingeschränkten Voraussetzungen ausgeübt werden kann; ersatzweise wird eine Pflicht zur Weiterübertragung an dem Übergeber nahe stehende Dritte vorgeschlagen (Rdnr. 186). So weit nach der neueren Rechtsprechung eine Löschungserleichterung bei der Vormerkung zur Sicherung des bedingten Rückkaufanspruchs unzulässig sein soll, folgt der Autor der wohl herrschenden Literaturmeinung, dass eine Umdeutung (hier: in eine Befristung auf den Tod) möglich ist (Rdnr. 196). Weniger überzeugt der Vorschlag, die Vormerkung auf ein Jahr nach Ableben des Übergebers zu befristen (ebd.), da in der Zwischenzeit Verfügungen erheblich erschwert werden.

Überlegenswert erscheint der Hinweis, bei Rechten für den Übergeber und dessen nicht veräußernden Ehegatten das Scheidungsrisiko des Übergebers nicht zu vergessen (Rdnrn. 259, 312, 355), wobei sich ein Beispiel für die misslichen Konsequenzen etwa in der Entscheidung BGH MittRhNotK 1997,77 zeigt. Ein – wie wohl im Regelfall – langjährig verheiratetes Übergeberehepaar wird aber sicher ein gemeinsames Wohnungsrecht in Gesamtberechtigung einem mit Scheidung der Ehe auflösend und mit Vorableben des Übergebers aufschiebend bedingten weiteren Wohnungsrecht des Ehegatten vorziehen; dies schon deshalb, weil die Mitberechtigung im Regelfall das Surrogat für den oft bis zur Hälfte des Anwesenswertes reichenden Zugewinnausgleichsanspruch vor Übergabe (vgl. § 1375 Abs. 3, 2. Alt. BGB) darstellen dürfte.

Vielleicht etwas vom steuerrechtlichen Ansatz her überspitzt gedacht, fehlt bei den Mustern zum Nießbrauch (Rdnrn. 284 ff., 312) der ausdrückliche Hinweis, dass ein Nießbrauch mit dem gesetzlichen Inhalt (also ohne Übernahme der außerordentlichen Lasten) u.U. dem Versorgungszweck des Übergebers zumindest in den Fällen besser gerecht werden kann, in denen der Nießbrauch nur anstelle eines nicht ganz unstreitigen (vgl. die Nachw. bei *Haegle/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., München 1997, Rdnrn. 1130, 1237, a. A. *Wegmann*, Rdnr. 316) Wohnungsrechts am ganzen Anwesen gewählt wird und zu versteuernde Einnahmen nicht zu erwarten sind.

Zu Recht kritisch stellt *Wegmann* bei den Nutzungsrechten die Ansicht der herrschenden Steuerpraxis dar, die Schaffung von neuem Wohnraum für den Übergeber auf dem Vertragsgrundstück sei nach § 10 h EStG und dem EigZulG nicht förderungswürdig, da es sich um ein vorbehaltenes Nutzungsrecht handele (Rdnr. 344 ff.). Missliche Konsequenz ist dann im schlimmsten Fall der (in eigener Praxis erlebte) Vorschlag seitens der Beteiligten, aus steuerlichen Gründen dann eben gar keine Rechte für den Übergeber in die Notarurkunde aufzunehmen, damit dann entweder eine unentgeltliche Nutzungsüberlassung oder ein Mietvertrag „nachgeschoben“ werden kann.

Die Erörterung der Pflegeverpflichtung samt ihrem Verhältnis zu Sozialleistungen, dem Sozialhilferegress und der Freistel-

lung der Geschwister von Unterhaltspflichten fällt dagegen recht knapp aus (Rdnrn. 473–490, insgesamt fünf Seiten). Die vorgestellte Formulierung beschreibt, eher traditionellen Mustern folgend, zwar die Ausbesserung des Schuhwerks. Eine Grenze für das geschuldete Maß der Pflege wird aber nicht nach Stunden oder Pflegestufen, sondern nur danach gezogen, dass keine professionelle Pflege geschuldet ist und die Pflegepflicht bei ärztlicher Einweisung des Berechtigten in ein Heim endet. Bei der Auflösung der fest gefügten sozialen Beziehungen und der „ortsüblichen Pflege“ drohen damit m.E. nicht nur Streitigkeiten, bis zu welchem Punkt dem Erwerber die Pflege noch zumutbar ist – muss z. B. der Erwerber oder dessen Ehegatte seine Erwerbstätigkeit einschränken, um die Pflegepflicht erfüllen zu können –, sondern auch die Gefahr, dass das Maß der Pflege in einem Sozialhilferegress eher extensiv bewertet wird (dazu etwa *Krauß MittBayNot* 1992,77, 99).

Möglicherweise liegen hier auch regionale Unterschiede vor: Nach Meinung des Autors wird eine Pflegeverpflichtung „immer seltener gewünscht“ (Rdnr. 473); in meiner Praxis ist bei Hausübergaben die Frage nach der Pflege und etwaigen Heimkosten meist das schwierigste Problem der ganzen Urkunde.

Das Buch schließt mit Ausführungen zum Leibgedingsvertrag (§ 14), wobei – gerade für einen bayerischen Notar – die Hinweise zu den landesrechtlichen Bestimmungen des AGBGB (z. B. Rdnrn. 324, 532, 540 ff.) erfreulich sind, und zu den erb- und pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen der Überlassung (§ 15).

Zum Schluss noch zwei Wünsche für die Neuauflage:

Die wenigsten Landnotare dürften etwa das Bundessteuerblatt oder BGHZ griffbereit haben: daher die Bitte, bei den Zitaten auf gängigere Quellen zu verweisen (so finden sich z. B. die wichtigsten steuerlichen Erlasse auch in den *MittBayNot*).

Ferner sei auf die teilweise sinnentstellenden Druckfehler verwiesen (so mutiert in Rdnr. 128 das im Fall beschriebene nichteheliche Kind der Schwiegertochter F in der Lösung erst zum erst- und dann zum nichtehelichen Kind des Sohnes S; in Rdnr. 192, 4. Zeile findet sich „Erwerber“ statt „Veräußerer“; in Rdnr. 336, 14. Zeile ist das „nicht“ vermutlich falsch), die einem aufmerksamen Lektor hätten auffallen müssen.

Zusammengefasst erörtert das Buch auf dem neuesten Stand in einer leicht verständlichen und anschaulichen Sprache alle wichtigen steuerlichen und zivilrechtlichen Vorgaben und gibt gute, mit Mustern angereicherte Gestaltungsvorschläge, die ganz im Sinne der vom Autor angeregten „Vertragswerkstatt“ (Rdnr. 2) auch dem erfahrenen Praktiker Anregungen für die tägliche Arbeit geben. Hilfreich ist auch das ausführliche Stichwortverzeichnis, das keine Wünsche offen lässt. Eine Anschaffung kann daher uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar *Martin Thomas Reiß*, Münnerstadt

### Bürgerliches Recht

1. ZPO § 851 Abs. 1 (*Kaufpreispfändung bei Anweisung zur Zahlung auf debitorisches Konto des Verkäufers*)

**Vereinbaren die Parteien eines Kaufvertrages, dass der Käufer zur Ablösung von Rechten einer Bank an dem Kaufgegenstand den Kaufpreis nur auf ein debitorisches Konto des Verkäufers bei der betreffenden Bank einzahlen darf, so unterliegt der Kaufpreisanspruch einer treuhänderischen Zweckbindung, die ein Gläubiger des Verkäufers, der den Anspruch pfändet, gegen sich gelten lassen muss.**

BGH, Urteil vom 16.12.1999 – IX ZR 270/98 – mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a. D.

#### Zum Sachverhalt:

Die Beklagte erwarb mit schriftlichem Kaufvertrag vom 9.2.1994 von der T. GmbH (im Folgenden: TC oder Pfändungsschuldnerin) eine bestimmte Anzahl von Full-Service-Leasing-Verträgen. Am 9.3.1994 pfändete der klagende Freistaat wegen Steuerforderungen gegen TC deren Kaufpreisanspruch und ließ ihn sich zur Einziehung überweisen. Die entsprechende Verfügung wurde am 10.3.1994 gestellt. Tags darauf beantragte TC die Eröffnung eines Vergleichsverfahrens über ihr Vermögen. Am 16.3.1994 erließ das Vergleichsgericht ein allgemeines Veräußerungsverbot; zugleich bestellte es einen vorläufigen Vergleichsverwalter. Zwischen dem 21. und dem 29.4.1994 zahlte die Beklagte insgesamt 6.625.881,14 DM auf den Kaufpreis. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Zahlungen an Gläubigerbanken der TC flossen, um jene zur Freigabe der ihnen angeblich sicherungsübereigneten Leasingfahrzeuge zu veranlassen. Am 1.6.1994 wurde die Eröffnung des Vergleichsverfahrens abgelehnt und das Anschlusskonkursverfahren eröffnet. Dieses wurde am 30.8.1994 mangels Masse eingestellt.

Der Kläger, der die Zahlungen der Beklagten für ihm gegenüber unwirksam hält, hat Klage auf Zahlung von 1.046.530,34 DM erhoben. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten im Wesentlichen zurückgewiesen. Dagegen wendet sich diese mit ihrer Revision mit Erfolg.

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Pfändung sei wirksam. Die Vorschrift des § 104 VerglO stehe nicht entgegen, weil der Kläger nicht Vergleichsgläubiger sei (§ 26 Abs. 1 VerglO i. V. m. §§ 61 Nr. 2, 62 Nr. 1 KO). Die Pfändung habe die Kaufpreisforderung der TC erfasst, selbst wenn die verkauften Leasingverträge von den Gläubigerbanken refinanziert gewesen seien. Die Beklagte könne dem Kläger auch nicht entgegenhalten, dass die erfolgte Zahlung an die Pfändungsschuldnerin einer treuhänderischen Zweckbindung unterlegen habe.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Die Revision rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe eine möglicherweise bestehende treuhänderische Zweckbindung des Kaufpreises missachtet.

1. Nach einer in Rechtsprechung (vgl. BGHZ 94, 316, 322 = NJW 1985, 2263, 2264 unter 4; BGH, Urt. v. 30.3.1978 – VII ZR 331/75, LM ZPO § 851 Nr. 3 = MDR 1978, 747) und Schrifttum (vgl. MünchKomm-ZPO/Smid, § 851 Rdnr. 6;

Zöller/Stöber, ZPO 21. Aufl. § 851 Rdnr. 3; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 2. Aufl., § 851 ZPO Rdnr. 4 f.; Gaul KTS 1989, 3, 12 f.) vertretenen Meinung führen vereinbarte Zweckbindungen stets zur Unpfändbarkeit der Forderung. Der Verwendungszweck gehöre hier zum Inhalt der zu erbringenden Leistung. Zweckwidrige Verwendung verändere demzufolge den Leistungsinhalt im Sinne des § 399 1. Alternative BGB. Die daraus folgende Unübertragbarkeit bewirke gemäß § 851 Abs. 1 ZPO Unpfändbarkeit.

Nach anderer Ansicht (BGH, Urt. v. 25.1.1978 – VIII ZR 137/76, MDR 1978, 839; offen gelassen in BGH, Urt. v. 20.11.1997 – IX ZR 152/96, WM 1998, 40, 41 = LM BGB § 135 Nr. 7 Walker = EWIR 1998, 143 Hintzen; vgl. ferner Stein/Jonas/Brehm, ZPO 21. Aufl. § 851 Rdnr. 20; Musielak/Becker, ZPO § 851 Rdnr. 6; Thomas/Putzo, ZPO 22. Aufl. § 851 Rdnr. 5; Hildebrand Rpfleger 1986, 464, 466) bewirken vereinbarte Zweckbindungen allein noch nicht die Unpfändbarkeit der Forderung. Der Verwendungszweck könne nicht zum Inhalt der zu erbringenden Leistung gerechnet werden. Leistungszweckvereinbarungen fielen unter § 851 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 399 2. Alternative BGB. Unpfändbar seien zweckgebundene Forderungen nur dann, wenn die Zweckbindung treuhänderischen Charakter habe.

Welcher dieser Meinungen zu folgen ist, braucht der Senat im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden, weil der für die Revisionsinstanz zu unterstellende Sachverhalt auch die Voraussetzungen der strengeren Ansicht erfüllt.

2. (...)

5. Die Zweckbindung des Kaufpreises hatte treuhänderischen Charakter.

a) Es ist anerkannt, dass die Parteien eines Kaufvertrages, die den Kaufpreis zur Ablösung von Rechten eines Dritten an dem Kaufgegenstand verwenden wollen, dies unter anderem dadurch bewerkstelligen können, dass sie Zahlung des Kaufpreises ausschließlich an den abzulösenden Gläubiger vereinbaren (vgl. BGH, Urt. v. 30.7.1978 – VII ZR 331/75, a.a.O.; v. 19.12.1980 – V ZR 121/79, WM 1981, 305 [=MittBayNot 1991, 20]; Amann ZNotP 1998, 130; derselbe, in: Beck'sches Notar-Handbuch 2. Aufl. Rdnr. 101; Albrecht DNotZ 1998, 631, 633; derselbe, in: Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 7. Aufl. Rdnr. 397; Jedzig WuB IV A. § 135 BGB 1.98; Hansmeyer MittRhNotK 1989, 149, 154 f.; Hoffmann NJW 1987, 3153, 3155).

b) Im vorliegenden Fall haben die Kaufvertragsparteien nicht Zahlung an die abzulösenden Dritten – die Refinanzierungsbanken – vereinbart. Vielmehr sollte die Zahlung an den Verkäufer – die TC – erfolgen, wenngleich auf deren Konten bei den abzulösenden Dritten. Die Verkäuferin TC hatte nicht lediglich einen Schuldbefreiungs-, sondern einen Zahlungsanspruch. Daran ändert auch nichts, dass die TC den Anspruch nur zum Zwecke des „Verbrauchs“ durch Verrechnung auf den debitorischen Konten einziehen durfte (vgl. hierzu Hoffmann NJW 1987, 3153, 156 unter IV 2). Da die Konten bei den „Zahlstellen“ – wie zu unterstellen ist – im Debet geführt wurden, bewirkte die Verrechnung der Zahlungen auf diesen Konten zugleich die Erfüllung des Kaufpreis-

anspruchs durch die Beklagte und der Bankverbindlichkeiten durch die TC.

Die – einen Teil des Kaufvertrags bildende – Vereinbarung, durch welche dieser Zahlungsweg festgelegt wurde, hatte Treuhandcharakter. Treugeber war die Beklagte. Sie hat der TC nach außen hin ein Mehr an Rechtsmacht verschafft, als es intern abgesprochen war. Nach außen hin war die TC Inhaberin des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises. Diese formale Rechtsposition konnte von den Gläubigern der TC gepfändet werden. Intern war die TC aber der Beklagten gegenüber gehalten, von ihrer Rechtsmacht in bestimmter Weise Gebrauch zu machen, nämlich den Kaufpreisanspruch nur über die debitorischen Konten bei den Refinanzierungsbanken einzuziehen und somit diese Konten – so weit der Kaufpreis dazu hinreichte – auszugleichen. TC sollte mithin für den Kaufpreis – nicht anders, als wenn ihr eine Weiterleitungsverpflichtung auferlegt worden wäre – nur „Durchgangsstation“ sein. Begünstigte dieser Treuhandvereinbarung waren die Banken (zum Treuhandvertrag zugunsten Dritter vgl. BGH, Urt. v. 30.3.1978 – VII ZR 331/75, a.a.O.).

6. Solange die Banken sich nicht zu einem „Pool“ zusammengeschlossen hatten – wofür nichts vorgetragen ist –, musste allerdings zwischen den Parteien des Treuhandvertrages vereinbart werden, welcher Teil des Kaufpreises auf welches Konto überwiesen werden sollte. Dass eine derartige Vereinbarung vorgelegen habe, ist nicht festgestellt. Es kann bislang aber nicht davon ausgegangen werden, dass eine derartige Feststellung unmöglich ist oder dass die Parteien dazu schon nichts vortragen können. Immerhin war der vorläufige Vergleichsverwalter nach dem Vortrag der Beklagten in der Lage, den Kaufpreis sachgerecht auf die verschiedenen Banken aufzuteilen.

III. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht entscheidungsreif ist (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Das Berufungsgericht wird insbesondere aufzuklären haben, ob und in welcher Weise zwischen den Vertragsparteien festgelegt worden ist, welchen Teil des Kaufpreises die Beklagte auf welches Konto einzuzahlen hatte und ob die Konten mindestens in Höhe der sie betreffenden Überweisung im Soll standen. Falls es sich ergeben sollte, dass die gesicherten Forderungen der Banken niedriger waren als die Zahlungen der Beklagten, wird zu prüfen sein, ob die Treuhandvereinbarung sich nicht auf die „freie Spitze“ erstreckt.

---

2. BGB § 313; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 (*Formbedürftigkeit von Nebenabreden bei einseitiger Abhängigkeit*)

**Ist eine als solche nicht beurkundungsbedürftige Vereinbarung von einem Grundstücksgeschäft abhängig, dieses aber nicht von ihr (einseitige Abhängigkeit), bleibt sie von dem Formgebot des § 313 BGB frei.**

BGH, Urteil vom 26.11.1999 – V ZR 251/98 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a.D.

*Zum Sachverhalt:*

Mit Vertrag vom 7.6.1992 kaufte der Kläger von den Beklagten das im Grundbuch von H. Blatt 1269 eingetragene Grundstück Flurstück 19/78 und 19/79 sowie die im Blatt 1263 eingetragenen Grundstücke

Flurstück 19/80 und 19/81. Der Kaufpreis von 1.600.000 DM sollte nach Vorliegen der zur Umschreibung erforderlichen behördlichen Erklärungen (ohne Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts) sowie Eintragung der Auflassungsvormerkung, nicht jedoch vor dem 30.12.1992, auf das Anderkonto des beurkundenden Notars entrichtet werden. Der Vertrag war unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, dass der Kläger eine baurechtliche Genehmigung für seinen Gewerbebetrieb oder einen positiven Bauvorbescheid erhalte. Mit weiterer Urkunde des Notars vom gleichen Tage verpflichtete sich der Beklagte zu 1, dem Kläger ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle zu bestellen, falls er – der Beklagte – das in Blatt 4857 eingetragene, damals seiner Mutter gehörende Grundstück Flurstück 19/54 zu Alleineigentum erwerbe. Der Kläger beabsichtigte, auf den gekauften Grundstücken eine Selbstbedienungs-Autowaschanlage, einen Selbstbedienungs-Markt mit „Shop“ und Imbissstand zu betreiben sowie einen Bürotrakt zu errichten. Dies verschwie er den Beklagten und legte ihnen stattdessen im Urkundstermin eine Skizze vor, die lediglich die Errichtung einer Waschanlage vorsah. Der Bauantrag des Klägers vom 16.7.1992, der die beabsichtigte umfassende Nutzung zum Gegenstand hatte, sah u.a. eine Ausfahrt über das Grundstück Flurstück 19/54 zu einem öffentlichen Weg (A.-Weg) vor. Auf Anliegerwidersprüche hin änderte der Kläger seine Planung dahin ab, dass die Zu- und Abfahrt nur noch zu der an die Kaufgrundstücke angrenzenden S.-Chaussee erfolgen sollte. Der geänderte Plan fand die grundsätzliche Zustimmung des Bauausschusses. Auf einen neuerlichen Widerspruch hin sah der Kläger indessen von der Weiterverfolgung seines Antrags ab, eine behördliche Entscheidung ist nicht ergangen. Die Beklagten setzten dem Kläger unter Ablehnungsandrohung wiederholt Frist zur Erfüllung der Käuferpflichten und verlangten mit Schreiben vom 1.7.1993 Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Wegen Zinsforderungen für die Zeit vom 31.12.1992 bis 30.6.1993 über insgesamt 96.000 DM erwirkten sie die Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundbesitzes des Klägers.

Das Landgericht hat der Vollstreckungsgegenklage stattgegeben und auf die Widerklage des Beklagten zu 1 festgestellt, dass dem Kläger kein Recht auf Bestellung eines Vorkaufsrechtes zustehe. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Der Senat hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (Urt. v. 12.7.1996, V ZR 202/95, WM 1996, 1735). Dieses hat die Berufung erneut zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten den Antrag auf Abweisung der Vollstreckungsgegenklage fort. Der Kläger beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Die Revision hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Nach der Rechtsprechung bedarf ein Vertrag, der als solcher dem Formgebot des § 313 Satz 1 BGB nicht unterliegt, dann der notariellen Beurkundung, wenn er mit einem Grundstücksgeschäft im Sinne dieser Vorschrift eine rechtliche Einheit bildet. Zutreffend geht das Berufungsurteil davon aus, dass in diesem Falle die zwischen den Teilen des einheitlichen Geschäfts bestehende Abhängigkeit urkundlichen Ausdruck finden muss (BGHZ 104, 18), wobei es, wie auch sonst, genügt, dass das Gewollte sich andeutungsweise (Senat BGHZ 63, 359, 362; 74, 116, 119; 87, 150, 154) im Beurkundeten wieder findet. Eine rechtliche Einheit bilden die Verträge nach der Rechtsprechung, wenn sie dem Willen der Parteien gemäß derart voneinander abhängen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen (BGHZ 76, 43, 48 f; 78, 346, 349; Senat, Urt. v. 10.10.1986, V ZR 247/85, BGHR BGB § 313 Satz 1, Einheitlichkeitswille 1 [=MittBayNot 1987, 21]). Dies setzt, worauf das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend abstellt, nicht voraus, dass die Abhängigkeit der Verträge wechselseitig ist. Auch bei einseitiger Abhängigkeit stehen und fallen beide Geschäftsteile mit dem Vertrag, von dem der andere abhängt. Andererseits ist ein solches Abhängigkeitsverhältnis kein hinreichender Grund, das für den

einen Vertrag geltende Formgebot auf den anderen auszu-  
dehnen. Dies verkennt das Berufungsgericht, das meint, die  
einseitige Abhängigkeit „eines jeden“ der Geschäfte könne  
genügen. Maßgeblich ist, ob die mit dem Normzweck verbun-  
denen Funktionen des § 313 Satz 1 BGB (Warn- und Schutz-  
funktion, Gewährfunktion für richtige, vollständige und  
rechtswirksame Wiedergabe des Parteiwillens, Beweisfunk-  
tion) die Erstreckung des Formgebots auf das verbundene  
Geschäft erfordern. In der Literatur wird dies überwiegend für  
den Fall bejaht, dass der Abschluss des Grundstücksvertrags  
von der weiteren, an sich nicht formbedürftigen Vereinbarung  
abhängt (MünchKomm/Kanzleiter, BGB, 3. Aufl., § 313  
Rdnr. 52; Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl., § 313 Rdnr. 32;  
Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl., § 313 Rdnr. 68; i. Erg. ebenso  
Staudinger/Wufka, BGB, 13. Bearb. 1995, § 313 Rdnr. 160;  
differenziert: Korte, Handbuch der Beurkundung von Grund-  
stücksgeschäften, 1990, S. 87 ff, 95 f.). Überwiegend abge-  
lehnt wird das Urkundserfordernis für den umgekehrten Fall,  
nämlich der einseitigen Abhängigkeit der weiteren Abrede  
vom Grundstücksgeschäft (wie zuvor; ferner Sigle/Maurer,  
NJW 1994, 2657, 2660; vermittelnd MünchKomm/Kanzleiter,  
der darauf abstellt, ob das weitere Geschäft wegen des „in  
Aussicht genommenen“ Grundstücksvertrags abgeschlossen  
wurde). Der Senat hat wiederholt auf die Abhängigkeit des  
Grundstücksvertrags als maßgebliches Kriterium für die  
Formbedürftigkeit des gesamten Geschäfts hingewiesen  
(Urt. v. 13.11.1953, V ZR 173/52, LM BGB § 313 Nr. 3;  
BGHZ 89, 41/43; Urt. v. 7.2.1986, V ZR 176/84, NJW 1986,  
1983 [= MittBayNot 1996, 165]; v. 9.7.1993, V ZR 144/91,  
NJW-RR 1993, 1421; nicht anders Urt. v. 27.10.1982, V ZR  
136/81, NJW 1983, 565, wo die Abhängigkeit des Ver-  
kaufsangebots von der Sicherungsabrede offenbar war). Zu  
dem umgekehrten Fall, der einseitigen Abhängigkeit der  
weiteren Vereinbarung vom Grundstücksgeschäft, hat er nicht  
ausdrücklich Stellung genommen. Die Feststellungen des  
Berufungsgerichts (dazu nachfolgend Abschnitt 2) geben  
Anlass, dies nachzuholen. Die einseitige Abhängigkeit des  
weiteren Geschäfts vom Grundstücksvertrag genügt nicht,  
eine rechtliche Einheit im Sinne des Formgebots zu begrün-  
den. In diesem Falle liegen aus der Sicht des für das Beurkun-  
dungserfordernis maßgebenden Grundstücksvertrags jeweils  
eigenständige Regelungen vor. Ein hinreichender Grund, die  
weitere Vereinbarung zum Gegenstand der notariellen Auf-  
klärung, der Beratung und des Urkundsbeweises zu machen,  
besteht deshalb nicht. Die aus der Sicht des abhängigen Ge-  
schäfts bestehende Vertragseinheit vermag ein Beurkun-  
dungserfordernis nicht zu begründen, da dieses selbst dem  
Formgebot nicht unterliegt. Aus der, gelegentlich als abwei-  
chend verstandenen (Palandt/Heinrichs a.a.O.), Entscheidung  
des VII. Zivilsenats vom 11.5.1995 (VII ZR 257/93, NJW  
1995, 2547) ergibt sich nichts anderes. Der VII. Senat hat es  
zur Ablehnung der Beurkundungsbedürftigkeit eines Neben-  
vertrages – Zusage einer Abstandssumme – nicht genügen  
lassen, dass der Kaufvertrag unbedingt abgeschlossen war.  
Die von der Vorinstanz festgestellte Abhängigkeit der Ab-  
standsabrede vom Kauf gab ihm aber nicht Anlass, zur Form-  
bedürftigkeit abschließend Stellung zu nehmen. Er hat viel-  
mehr dem Berufungsgericht die Prüfung aufgegeben, ob die  
beiden Verträge miteinander stehen und fallen sollten, was  
nicht voraussetzt, dass der Kauf im Rechtssinne durch die zu-  
sätzliche Abrede bedingt war.

2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts gehen über die  
Abhängigkeit der Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufs-  
rechtes vom Grundstückskaufvertrag nicht hinaus. Der weiter  
festgestellte Umstand, dass sich zwei von drei Beteiligten vor

Abschluss des Kaufs darüber einig waren, dass die rück-  
wärtige Ausfahrt zum A.-Weg gesichert werden sollte, reicht  
nicht aus, die rechtlich maßgebliche Abhängigkeit des Kaufs  
zu begründen. Ein rechtlicher Zusammenhang geht über den  
tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Zusammenhang  
der Geschäfte hinaus. Hierzu würde es, wofür keine Anhalts-  
punkte bestehen, nicht einmal genügen, wenn das Vorkaufs-  
recht Anlass zum Grundstückskauf gegeben oder, wozu Fest-  
stellungen fehlen, es diesen erst ermöglicht hätte. Zudem rügt  
die Revision zu Recht, dass das Berufungsurteil dem Um-  
stand, dass es nicht abzusehen war, wann der Beklagte zu 1  
(durch Erbgang) Eigentümer des Grundstücks Flurstück  
19/54 werden würde, nicht Rechnung trägt und, was die Zu-  
gangsbefugnis zum A.-Weg angeht, die rechtlichen Verhält-  
nisse verkennt. Offensichtlich irrtümlich meint das Beru-  
fungsgericht, die Flurstücke 19/61 und 19/53, für die ein  
Wegerecht zu Lasten des für das Vorkaufsrecht beanspruchten  
Grundstücks eingetragen war, seien nicht Gegenstand des  
Kaufvertrags gewesen. Ausweislich des Grundbuchs waren  
sie zum Kaufgrundstück Flurstück 19/81 vereinigt worden.  
Das künftige Vorkaufsrecht konnte mithin nur ein schon be-  
stehendes Recht, über das Flurstück 19/54 zum A.-Weg zu  
gelangen, verstärken, war aber nicht erforderlich, dieses erst  
zu begründen. Ein weiteres, vom Berufungsgericht nicht ge-  
würdigt, Indiz für die Unabhängigkeit des Grundstücks-  
kaufs ist schließlich die alsbaldige Bereitschaft des Klägers,  
wegen der Nachbarwidersprüche von seinen ursprünglichen  
Plänen abzurücken und die Ausfahrt aus dem geplanten  
Selbstbedienungsmarkt ausschließlich auf die Kaufgrund-  
stücke zu verlegen.

3. Damit war die Abhängigkeitsabrede nur als Teil der selbst  
nach § 313 Satz 1 BGB formbedürftigen Verpflichtung zur  
Bestellung des Vorkaufsrechtes beurkundungsbedürftig. Das  
Unterbleiben ihrer Beurkundung berührt die Formwirksam-  
keit des Kaufs nicht.

(...)

3. BGB § 434 (Abgrenzung von Sach- und Rechtsmangel bei  
Belastung mit Fernwärmeleitungsrecht)

**Ist in einem Grundstück eine Fernwärmeleitung verlegt,  
für die eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit  
zugunsten des Energieversorgungsunternehmens besteht,  
bedeutet dies einen Rechtsmangel und keinen Sach-  
mangel.**

BGH, Urteil vom 19.11.1999 – V ZR 321/98 – mitgeteilt von  
Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a.D.

Zum Sachverhalt:

Der Beklagte war in ungeteilter Erbengemeinschaft mit fünf weiteren  
Personen Eigentümer eines Hausgrundstücks in C. Mit notariellem  
Vertrag vom 20.9./30.10.1995 kaufte die Klägerin das Grundstück  
von der Erbengemeinschaft zu einem Kaufpreis von 585.000 DM.  
Auf dem Grundstück befindet sich zur Straßenfront hin ein unter-  
irdisch verlegter U-förmiger Bogen einer Fernwärmeleitung, für den  
eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Energie-  
versorgungsunternehmens nach dem Grundbuchbereinigungsgesetz  
vom 20.12.1993 besteht.

Die Klägerin verlangt Schadensersatz für eine auf Grund der Fern-  
wärmeleitung erforderlich gewordene Umplanung ihres Bauvorha-  
bens im Kellerbereich. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben,  
das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision beantragt  
die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.  
Diese hatte teilweise Erfolg.

*Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Zwar stelle das Vorhandensein der Fernwärmeleitung auf dem verkauften Grundstück im Hinblick auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit einen Rechtsmangel dar. Für einen Schadensersatzanspruch fehle es aber an einer gemäß §§ 440, 326 BGB erforderlichen wirksamen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Der Klägerin stehe auch kein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB zu, weil sie für einen Betrug des Beklagten beweisfällig geblieben sei. Zwar deuteten Schreiben des Beklagten darauf hin, dass er mindestens mit dem Vorhandensein der Leitungen gerechnet habe. Der Beklagte habe aber nicht eine besondere Vermögensfürsorge- oder Aufklärungspflicht gegenüber der Klägerin übernommen.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nur zum Teil stand.

II. 1. Rechtlich zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach das verkaufte Grundstück mit einem Rechtsmangel behaftet ist. Die Verpflichtung des Verkäufers nach § 434 BGB, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen, erstreckt sich beim Grundstückskauf auch auf Dienstbarkeiten (Senat, Urt. v. 11. 12. 1992, V ZR 204/91, NJW-RR 1993, 396; RGZ 66, 316, 317).

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, es liege hier ein Sachmangel vor. Zwar lassen sich nicht alle rechtlichen Beziehungen eines Grundstücks von vornherein als Rechtsmängel einordnen. Denn der hiervon abzugrenzende Begriff des Sachmangels kann nicht auf solche Fehler beschränkt werden, die der Sache selbst in ihrer natürlichen Beschaffenheit anhaften. Insbesondere der im Sachmängelrecht vorherrschende subjektive Fehlerbegriff macht eine formelhafte Abgrenzung von Rechts- und Sachmangel unmöglich und verschiebt die begrifflichen Grenzen (vgl. BGHZ 113, 106, 112; *Soergel/Huber*, BGB 12. Aufl. § 434 Rdnr. 14; *MünchKomm-BGB/H. P. Westermann*, 3. Aufl., § 434 Rdnr. 4). Deshalb kann ein Sachmangel auch in Eigentümlichkeiten bestehen, die in der Beziehung der Sache zur Umwelt begründet sind, wenn sie nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit der Sache oder deren Wert von Bedeutung sind (BGHZ 67, 134; Senat, Urt. v. 24.10.1997, V ZR 187/96, ZIP 1997, 2158, 2159 m.w.N. [= *MittBayNot* 1998, 247]). Diese Beziehungen können sowohl tatsächlicher, als auch wirtschaftlicher oder rechtlicher Art sein, sich also beispielsweise aus einem Vertrag ergeben. Es kommen aber nur solche Rechtsbeziehungen in Frage, die auf der besonderen Beschaffenheit des Kaufgegenstandes beruhen und in dieser selbst ihre Ursache haben (BGHZ 67, 134, 136 m.w.N.; Senat, a.a.O.). Darum geht es hier aber nicht, sondern darum, dass der Verkäufer seine Pflicht zur Übertragung von unbelastetem Eigentum nicht erfüllt und rechtliche Hindernisse bei der Ausübung der Eigentümerbefugnisse nicht beseitigt hat (vgl. *MünchKomm-BGB/H. P. Westermann*, a.a.O., Rdnr. 4; *Ernst*, Rechtsmängelhaftung [1995], S. 126 ff.). In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, dass sich das Hindernis tatsächlich auswirkt, der Dritte von seinem Recht also Gebrauch gemacht hat. Es genügt, dass das Recht des Dritten dazu geeignet ist, den Käufer in der ungestörten Ausübung der ihm gebührenden Rechtsposition zu beeinträchtigen (Senat, Urt. v. 11. 12. 1992, V ZR 204/91, NJW-RR 1993, 396), weil der Käufer allein auf Grund der bestehenden Belastung nicht das erhalten hat, was er auf Grund des Kaufvertrages beanspruchen kann (*Ernst* a.a.O. S. 127). Das schließt nicht aus, dass die tatsächliche

Inanspruchnahme des Rechts – wie hier – auch einen Fehler der Kaufsache begründen mag. Da seine Ursache aber in dem Rechtsmangel liegt, müssen sich die Rechtsfolgen auch allein nach den für diesen maßgeblichen Bestimmungen richten.

So liegt der Fall hier. Die Klägerin ist an der ungestörten Ausübung ihres Eigentums selbst dann gehindert, wenn die Fernwärmeleitung aus ihrem Grundstück entfernt und außerhalb verlegt würde, weil der aus der Dienstbarkeit Berechtigte jederzeit von seinem Recht wieder Gebrauch machen und die Einrichtung einer neuen Leitung verlangen könnte. Das Risiko, ob sich die nach dem Inhalt des belastenden Rechts mögliche Störung des Grundeigentums verwirklicht, hat der Verkäufer zu tragen (Senat, Urt. v. 11.12.1992, V ZR 204/91, NJW-RR 1993, 396, 397). Unerheblich ist deshalb auch, ob – wie hier – die tatsächliche Beeinträchtigung vor dem Entstehen der Dienstbarkeit gemäß § 9 Abs. 1 des Grundbuchbereinigungsgesetzes eingetreten ist.

2. Mit dem Berufungsgericht ist ferner davon auszugehen, dass sich Ansprüche der Klägerin aus der Rechtsmängelhaftung hier nach §§ 440, 326 BGB und nicht nach § 325 BGB bestimmen. Das Berufungsgericht hat die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen von Unmöglichkeit nicht verkannt. Wer einen Anspruch aus § 325 BGB geltend machen will, muss die Voraussetzungen der Unmöglichkeit darlegen und beweisen (Senat, Urt. v. 26. 3.1999, V ZR 368/97, NJW 1999, 2034, 2035; *MünchKomm-BGB/Emmerich*, § 325 Rdnr. 152; *Baumgärtel/Strieder*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl. § 325 Rdnr. 1). Wenn das durch die Dienstbarkeit berechtigte Versorgungsunternehmen sich zu einer Verlegung des Leitungsbogens bereit erklärt hat, ist durchaus die Erwartung berechtigt, es werde auf die dann nicht mehr benötigte Dienstbarkeit verzichten.

3. Die Feststellung des Berufungsgerichts, es fehle an einer wirksamen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung seitens der Klägerin, nimmt die Revision hin. Zu Unrecht meint sie aber, eine solche sei entbehrlich gewesen, weil eine vollständige Erfüllung durch den Beklagten nicht innerhalb zumutbarer Frist habe bewirkt werden können.

a) Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn sie sich im Einzelfall als eine zwecklose und überflüssige Handlung darstellen würde. So liegt es, wenn der Verkäufer zur Behebung des Rechtsmangels offensichtlich außerstande ist (Senat, Urt. v. 17.5.1991, V ZR 92/90, NJW 1991, 2700, 2701 [= *MittBayNot* 1991, 212]; v. 24.10.1997, V ZR 187/96, ZIP 1997, 2158, 2159 [= *MittBayNot* 1998, 247]). Die von der Klägerin behauptete Bauverzögerung schließt aber eine Beseitigung des Rechtsmangels durch den Beklagten gerade nicht aus.

b) Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist ferner entbehrlich, wenn der Käufer an der Beseitigung des Rechtsmangels kein Interesse hat (§ 326 Abs. 2 BGB). Dies ist nur dann der Fall, wenn der Käufer die Zwecke, für welche die Leistung bestimmt war, als Folge der Verzögerung überhaupt nicht mehr verwirklichen kann (*MünchKomm-BGB/Emmerich*, § 326 Rdnr. 107). Die behauptete Bauverzögerung lässt aber das offensichtlich fortbestehende Interesse der Klägerin am Austausch der beiderseitigen Leistungen, das in der Durchführung des Bauvorhabens zum Ausdruck kommt, nicht entfallen.

4. Mit Erfolg macht die Revision dagegen geltend, dass das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob der Klägerin nicht ein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt des Ver-

schuldens bei Vertragsschluss zusteht.

Die Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung schließen einen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss nicht aus (BGHZ 65, 246, 253; Senat, Urt. v. 21.12.1984, V ZR 206/83, NJW 1985, 2697, 2698; v. 11.10.1991, V ZR 159/90, NJW-RR 1992, 91, 92; *Soergel/Huber*, § 440 Rdnr. 58). Die auf dem verkauften Grundstück lastende Dienstbarkeit war ein offenbarungspflichtiger Umstand. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats trifft Vertragspartner, auch so weit sie entgegen-gesetzte Interessen verfolgen, die Pflicht, einander über solche Hindernisse aufzuklären, die den Vertragszweck vereiteln können und daher für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte (Senat, Urt. v. 2.3.1979, V ZR 157/77, NJW 1979, 2243; v. 6.10.1989, V ZR 223/87, NJW-RR 1990, 78, 79). So liegt der Fall hier. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, dass die Klägerin eine geschlossene Bebauung der Straßenfront beabsichtigt hatte und dies dem Beklagten bekannt war. Durch den U-Bogen war sie daran gehindert, dort auszusachten und einen Keller zu errichten. Dem kommt eine wesentliche Bedeutung für den Kaufentschluss der Klägerin zu.

Die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss ist nicht, anders als bei den von dem Berufungsgericht geprüften Schadensersatzanspruch aus einem Betrug des Beklagten (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB), auf Vorsatz beschränkt. Sie besteht vielmehr bei jedem Verschulden, also auch bei Fahrlässigkeit (Senat, Urt. v. 11.10.1991, V ZR 159/90, NJW-RR 1992, 91, 92).

Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass der Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis von dem U-Bogen hatte, denn das Berufungsgericht hat die Frage des Umfangs der Kenntnis des Beklagten offen gelassen.

III. Das Berufungsurteil kann demnach nicht bestehen bleiben; es ist aufzuheben. Das Berufungsgericht wird bei seiner erneuten Verhandlung und Entscheidung zur Frage des Verschuldens des Beklagten weitere Feststellungen zu treffen haben. Gegebenenfalls wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, dass die am Vertrag festhaltende Klägerin nur so gestellt werden kann, als wäre es ihr gelungen, den Kaufvertrag zu einem günstigeren Kaufpreis abzuschließen (BGHZ 69, 53, 58; Senatsurt. v. 12.12.1980, V ZR 168/78, NJW 1981, 1035, 1036).

4. AGBG § 9; BGB § 765 (*Haftung des Gesellschafterbürgen für Gesellschaftsschulden*)

- a) **Verbürgt sich ein Gesellschafter, der weder die Mehrheit der Kapitalanteile noch Geschäftsführungsbefugnis besitzt, formularmäßig umfassend für die Verbindlichkeiten aus der Geschäftsbeziehung zwischen dem Gläubiger und der Gesellschaft, beschränkt sich die Haftung auf die Kredite, die den Anlass für den Bürgschaftsvertrag bildeten, sofern nicht gesellschaftsvertraglich sichergestellt ist, dass neue Verbindlichkeiten nicht ohne die Zustimmung des Bürgen begründet werden dürfen.**
- b) **Ist die Haftung des Bürgen auf den Anlaskredit beschränkt, hat er nicht für Forderungen einzustehen, die während einer nachträglich vereinbarten Verlängerungszeit des Kredits entstanden sind.**

- c) **Haben Gläubiger und Hauptschuldner den Anlaskredit auf eine Laufzeit von höchstens einem Jahr in der Absicht begrenzt, diese Rechtsbeziehung anschließend durch gleichartige, jeweils hintereinander geschaltete Verträge fortzusetzen, umfasst die auf den Anlass beschränkte Haftung des Bürgen den sog. Pro-longationskredit, sofern die Vertragsgestaltung für ihn ersichtlich war oder er die Haftung übernommen hat, ohne sich um den Gegenstand der Hauptschuld zu kümmern.**

BGH, Urteil vom 15.7.1999 – IX ZR 243/98, – mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

5. BGB §§ 883 Abs. 1, 885 Abs. 1 („*Reaktivierung*“ einer erloschenen Auflassungsvormerkung durch erneute Bewilligung)

- a) **Eine erloschene Auflassungsvormerkung kann durch erneute Bewilligung ohne Grundbuchberichtigung und inhaltsgleiche Neueintragung wieder zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwendet werden.**
- b) **Der Rang der neu bewilligten Vormerkung bestimmt sich nicht nach der alten Eintragung, sondern nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung.**

BGH, Urteil vom 26.11.1999 – V ZR 432/98 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

*Zum Sachverhalt:*

Die Kläger, eingetragene Eigentümer eines Hausgrundstücks, fordern von der Beklagten die Einwilligung in die Löschung einer zu deren Gunsten in Abteilung III lfd. Nr. 7 eingetragenen Höchstbetragshypothek.

Sie kauften das Anwesen mit notariellem Vertrag vom 19.9.1996 von einer Baugesellschaft mbH für 340.000 DM. Die zu ihren Gunsten bewilligte Auflassungsvormerkung wurde am 16.10.1996 in das Grundbuch eingetragen. Die Verkäuferin wies den Notar „unwider-ruflich“ an, einen Teil des Kaufpreises nach Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen an einen Dritten auszusahlen. Am 11.11.1996 schlossen die Vertragsparteien einen weiteren notariellen Kaufvertrag über das Grundstück, jetzt zum Preis von 255.000 DM und zwar frei von Belastungen in Abteilung III. Außerdem brauchte die Verkäuferin das Haus nicht mehr fertig zu stellen. In der Präambel des Vertrages wurde die Erklärung aufgenommen, dass der Kaufvertrag vom 19.9.1996 durch die bevorstehende neue Beurkundung insgesamt aufgehoben und ein neuer Grundstückskaufvertrag mit den nachfolgenden Bedingungen abgeschlossen werde. Die Verkäuferin bewilligte zugunsten der Kläger erneut eine (inhaltsgleiche) Auflassungsvormerkung. Die am 19.9.1996 bewilligte Vormerkung sollte im Falle ihrer bereits erfolgten Eintragung auf Grund des am 11.11.1996 abgeschlossenen Vertrages als fortbestehend gelten.

Am 2.12.1996 wurde für die Beklagte eine Höchstbetragshypothek über 145.000 DM eingetragen, die in Höhe von 138.000 DM valutiert.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Einwilligung in die Löschung der Höchstbetragshypothek nebst Zinsen und Nebenleistungen verurteilt. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Die von der Beklagten hiergegen eingelegte Revision blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

(...) Zu Recht billigt das Berufungsgericht den Klägern einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der für die Beklagte

eingetragenen Höchstbetragshypothek gemäß §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB zu. Denn zum Zeitpunkt der am 2.12.1996 erfolgten Eintragung des Grundpfandrechts der Beklagten bestand zugunsten der Kläger eine wirksame Auflassungsvormerkung. Die von der Beklagten veranlasste dingliche Belastung erweist sich damit als vormerkungswidrige, den Klägern gegenüber unwirksame Verfügung, die die Beklagte zur Bewilligung der Löschung der eingetragenen Hypothek verpflichtet.

1. Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen stellt das Berufungsgericht fest, dass für die Kläger mit der am 16.10.1996 bewirkten Eintragung in das Grundbuch rechtswirksam eine Auflassungsvormerkung zur Sicherung des durch notariellen Kaufvertrag vom 19.9.1996 begründeten Anspruchs der Kläger auf Übereignung des Grundstücks, verzeichnet im Grundbuch von W., Band 87, Blatt 2805, bestellt worden ist.

2. a) Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht weiter an, dass die Vertragsparteien mit Abschluss des notariellen Kaufvertrags vom 11.11.1996 den ursprünglichen notariellen Vertrag vom 19.9.1996 aufgehoben und nicht lediglich, unter Aufrechterhaltung des bereits begründeten Übereignungsanspruchs, abgeändert haben. Die insoweit von der Revisionserwiderung erhobenen Gegenrügen lassen Rechtsfehler des Berufungsgerichts bei der Auslegung des Kaufvertrages vom 11.11.1996 nicht erkennen. Das Auslegungsergebnis ist nicht nur, was ausreichen würde, möglich, sondern im Hinblick auf die gesamte vom Berufungsgericht sorgfältig abgewogene Vertragsgestaltung nahe liegend. Das Berufungsgericht hat insbesondere nicht verkannt, dass der tatsächliche Wille der Vertragsschließenden entscheidend ist und nicht der Vertragswortlaut (BGH, Urt. v. 20.11.1997, IX ZR 152/96, NJW 1998, 746, 747 m.w.N.). Es fehlt jedoch schon an hinreichend konkretem Tatsachenvortrag der Kläger dazu, dass, entgegen dem klaren Wortlaut der Urkunde vom 11.11.1996, der Wille der Vertragsparteien nur auf eine Modifizierung, nicht auf eine Aufhebung des ersten Vertrages gerichtet gewesen sei. Ebenso wenig lassen sich der von der Notariatsangestellten G. für beide Vertragsparteien am 3.1.1997 abgegebenen notariellen Erklärung bezüglich der Willensrichtung der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des zweiten Vertragsabschlusses hinreichende Anhaltspunkte für eine entsprechende frühere Willenslage der Vertragsparteien (vgl. hierzu etwa BGH, Urt. v. 16.10.1997, IX ZR 164/96, NJW-RR 1998, 259; BGH, Urt. v. 26.11.1997, XII ZR 308/95, NJW-RR 1998, 801, 803; BGH, Beschl. v. 24.11.1993, BLw 57/93, WM 1994, 267, 268) entnehmen. Die Erklärung kann nur einen vergeblichen Versuch zur „Nachbesserung“ der Vertragsurkunde vom 11.11.1996 darstellen.

Das Berufungsgericht hat auch nicht gegen das Gebot einer für beide Vertragspartner interessengerechten Auslegung (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 6.5.1997, KZR 43/95, WM 1998, 879 f., 883; BGH, Urt. v. 26.4.1994, XI ZR 114/93, WM 1994, 1063) verstoßen. Hierbei geht es nicht darum, dem Rechtsgeschäft nachträglich zu einem Inhalt zu verhelfen, der nunmehr interessengerecht erscheint, sondern um den Einfluss, den das Interesse der Parteien auf den objektiven Erklärungswert ihrer Äußerungen bei deren Abgabe hatte (Senat, Urt. v. 10.7.1998, V ZR 360/96, NJW 1998, 3268, 3269 f.). Diesem Interesse haben die Vertragsparteien hier durch die Vereinbarung Rechnung getragen, dass eine möglicherweise eingetragene Vormerkung als Sicherung für den neu begründeten Eigentumsverschaffungsanspruch fortbestehen sollte.

b) Die Vertragsaufhebung bewirkte nicht nur das Erlöschen des durch die eingetragene Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruches, sondern auch der vom Bestand dieses Anspruches abhängigen (akzessorischen) Vormerkung (Senat, Urt. v. 30.4.1980, V ZR 56/79, NJW 1981, 447, 448; Senat, BGHZ 60, 46 f., 50; BayObLG, DNotZ 1989, 363; *Palandt/Bassenge*, BGB, 58. Aufl., § 883 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/*Wacke*, 3. Aufl., § 886 Rdnr. 6; *Staudinger/Gursky*, [1995], § 883 Rdnr. 16). Das Grundbuch wurde unrichtig.

3. Zu Recht vertritt das Berufungsgericht ferner die Ansicht, dass die am 16.10.1996 (zunächst) wirksam eingetragene Vormerkung mit Wirkung vom 11.11.1996 den aus dem neuen Vertragsverhältnis erwachsenen Übereignungsanspruch der Kläger sichert. Mit Abschluss des zweiten notariellen Kaufvertrages wurde trotz des Verzichts auf ihre nachfolgende Grundbucheintragung wirksam eine neue Auflassungsvormerkung begründet. Das Entstehen einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Vormerkung setzt zwar neben dem Vorhandensein eines sicherungsfähigen Anspruchs und der Bewilligung des betroffenen Rechtsinhabers eine Eintragung in das Grundbuch voraus (§§ 883 Abs. 1, 885 Abs. 1 BGB). Die Beteiligten können jedoch die die erloschene Vormerkung betreffende Eintragung ohne Löschung und Neueintragung durch erneute Bewilligung zur Sicherung eines der Eintragung entsprechenden neuen Anspruchs verwenden.

a) Für den Anwendungsbereich des § 873 BGB ist in den Bestimmungen der §§ 879 Abs. 2, 892 Abs. 2 BGB ausdrücklich die Möglichkeit einer der Eintragung zeitlich nachfolgenden Einigung vorgesehen. Die Regelung des § 885 Abs. 1 BGB gibt – als materiell-rechtliche Sondervorschrift zu § 873 BGB (vgl. etwa MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O., § 885 Rdnr. 1; *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 885 Rdnr. 1; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl., § 885 Rdnr. 1) – für die Eintragung der Vormerkung keine bestimmte Reihenfolge von Bewilligung und Eintragung vor. Denn die Wortwahl „auf Grund“ in § 885 Abs. 1 BGB ist kausal, nicht temporär zu verstehen (MünchKomm/*Wacke*, a.a.O., Fn. 42). Wegen des in vielerlei Hinsicht einem dinglichen Recht im Sinne des § 873 BGB angenäherten Charakters der Vormerkung (vgl. hierzu Senat, BGHZ 60, 46 ff. 50; 28, 182 ff., 185 f.) ist kein durchschlagender Grund ersichtlich, die für die Fälle des § 873 BGB allgemein als zulässig angesehene Bestimmbarkeit der zeitlichen Reihenfolge von materieller Erklärung und Eintragung (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 28. Febr. 1952, IV ZR 86/51, LM Nr. 1 zu § 873 BGB; OLG Frankfurt, OLGZ 1989, 3, 5; *Staudinger/Gursky*, [1995], § 873 Rdnr. 9 m.w.N.; *Erman/Hagen*, BGB, 9. Aufl., § 873 Rdnr. 21; *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 873 Rdnr. 1; RGRK-*Augustin*, BGB, 12. Aufl., § 873 Rdnr. 100; MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O., § 873 Rdnr. 1, 49; *Soergel/Stürner*, a.a.O., § 873 Rdnr. 16; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Aufl. § 19 Rdnr. 38; *Streuer*, Rpfleger 1988, 513) nicht auch bei der rechtsgeschäftlich begründeten Vormerkung entsprechend anzuerkennen. Dementsprechend hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die Bewilligung einer Vormerkung der Grundbucheintragung zeitlich nachfolgen kann (LG Lübeck, NJW-RR 1996, 914, 915; *Staudinger/Gursky*, [1995], § 885 Rdnr. 11 m.w.N.; MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O., § 885 Rdnr. 15; *Soergel/Stürner*, a.a.O., § 885 Rdnr. 6; *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 885 Rdnr. 8; RGRK-*Augustin*, a.a.O., § 885 Rdnr. 14; *Streuer*, Rpfleger 1988, 513; a.A. *Güthe*, Gruchot 57 (1913), 1, 41 ff.).

b) Für den Fall einer Grundstücksübereignung hat der Senat bereits entschieden (Urt. v. 12.1.1973, V ZR 98/71, NJW 1973, 613 ff., 614 f.), dass ein Erwerber, der auf Grund eines

nichtigen Vertrages mit einem Nichtberechtigten als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde, durch eine spätere vertragliche Einigung mit dem wahren Rechtsinhaber ohne Neueintragung das Eigentum am Grundstück erlangt. Folgerichtig wird heute überwiegend die Neueintragung eines Rechts oder einer Vormerkung für entbehrlich gehalten, wenn sich eine spätere Einigung bzw. Bewilligung zwar auf eine neue schuldrechtliche Grundlage stützt (z.B. Bestätigungsvertrag, Ersetzung eines Vertrages nach Eintritt der Wirkung des § 326 BGB, Novation), aber vom Inhalt her die gleiche herbeizuführende bzw. zu sichernde Rechtsänderung wie die vorangegangene Eintragung betrifft (OLG Frankfurt, DNotZ 1995, 539, 540; OLG Frankfurt OLGZ 1989, 3, 5; LG Lübeck, NJW-RR 1996, 914, 915; *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 873 Rdnr. 2, § 886 Rdnr. 2, § 885 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O., § 883 Rdnr. 12, § 877 Rdnr. 3, § 873 Rdnr. 50; *Soergel/Stürner*, a.a.O., § 873 Rdnr. 16; *Wacke*, DNotZ 1995, 507 f., 512 ff.; *Ertl*, Rpfleger 1979, 361, 364; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. Rdnr. 1487; *Gotzler*, NJW 1973, 2014 ff.; weitere Nachw. bei *Staudinger/Gursky*, [1995], § 873 Rdnr. 198; s. auch OLG Hamm, Rpfleger 1983, 435 für den Fall einer auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkung; a.A. BayObLG, DNotZ 1963, 681; *Staudinger/Gursky*, [1996], § 883 Rdnr. 39, 225 a; *ders.* differenzierend bei § 873 Rdnr. 199, 202; *Amann*, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl., A I Rdnr. 165; wohl auch OLG Zweibrücken, Rpfleger 1989, 495, 496; einschränkend auch *RGRK-Augustin*, a.a.O., § 873 Rdnr. 101 und *Streuer*, Rpfleger 1988, 513, 516, 518).

c) Durch die Aufhebung des gesicherten Anspruchs wird die im Grundbuch verbliebene Eintragung unrichtig (OLG Frankfurt, DNotZ 1995, 539, 541; *Staudinger/Gursky*, [1995] § 873 BGB Rdnr. 9). Solange sie nicht gelöscht oder ihre Löschung beantragt wird, kann sie auch wieder werthaltig werden. Allerdings gilt dies nicht uneingeschränkt. Vielmehr müssen die Eintragung und eine nachträgliche Bewilligung einander entsprechen (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 28.2.1952, IV ZR 86/51, LM Nr. 1 zu § 873 BGB; Senat, BGHZ 123, 297, 301; MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O., § 873 Rdnr. 51; *RGRK-Augustin*, a.a.O., § 873 Rdnr. 101; *Soergel/Stürner*, a.a.O., § 873 Rdnr. 16, 24). Die beiden Rechtsakte brauchen dabei nicht in einem beabsichtigten Zusammenhang zu stehen (vgl. Senat, Urt. v. 12.1.1973, V ZR 98/71, NJW 1973, 613 ff., 614; OLG Frankfurt OLGZ 89, 3, 5 m.w.N.; *Gotzler*, NJW 1973, 2014, 2015; MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O., § 873 Rdnr. 50; *Staudinger/Gursky*, [1995], § 873 Rdnr. 197; *Erman/Hagen*, a.a.O., § 873 Rdnr. 21; ähnlich *Streuer*, Rpfleger 1988, 513, 515 f.). Ausreichend ist vielmehr, dass Eintragung und (nachträgliche) Bewilligung der Vormerkung den gleichen sicherungsfähigen, auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruch betreffen. Damit ist dem Grundsatz der Akzessorietät der Vormerkung hinreichend Rechnung getragen. Denn zu sichernder Anspruch, Eintragung und Bewilligung erweisen sich im Zeitpunkt ihres Zusammentreffens als kongruent. Die Vormerkung erfüllt ihren Zweck.

d) Entgegen einer teilweise in der Literatur geäußerten Ansicht kann es für die Frage der Entbehrlichkeit einer Neueintragung keinen Unterschied bedeuten, ob sich die bereits im Grundbuch befindliche Eintragung von vornherein auf ein nicht entstandenes Recht bzw. eine nichtige Einigung oder Bewilligung bezieht oder eine ursprünglich wirksame, nach erfolgter Eintragung aber erloschene Forderung bzw. eine nachträglich unwirksam gewordene Einigung oder Bewilligung betrifft (so auch MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O.,

§ 873 Rdnr. 50; *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 873 Rdnr. 2; *Wacke*, DNotZ 1995, 507, 514 ff.; LG Lübeck, NJW-RR 1996, 914, 915; vgl. auch OLG Hamm, Rpfleger 1983, 435; a.A. *Streuer*, Rpfleger 1988, 513, 516; *Staudinger/Gursky*, [1995], § 873 Rdnr. 202; ähnlich auch *RGRK-Augustin*, a.a.O., § 873 Rdnr. 101). In allen diesen Fällen wären eine Löschung und Neueintragung des gleichen Rechts bzw. der gleichen Vormerkung unnötiger Formalismus. Sie wird auch nicht von den rechtlichen Interessen Dritter gefordert. Denkbar ist zwar, dass ein Interesse ein Geschäft mit dem Eigentümer oder eine Zwangsmaßnahme mit Rücksicht auf die Buchposition unterlässt. Dadurch werden aber rechtliche Interessen nicht tangiert. Der Eigentümer ist nicht verpflichtet, unrichtige Eintragungen löschen zu lassen.

e) Hier weisen die am 16.10.1996 bewirkte Grundbucheintragung und die ihr zeitlich nachfolgende materiell-rechtliche Bewilligung vom 11.11.1996 die erforderliche Kongruenz auf. Beide Rechtsakte beziehen sich auf einen inhaltlich identischen Übereignungsanspruch. Den Klägern wurde sowohl mit notariellem Vertrag vom 19.9.1996 als auch mit notariellem Kaufvertrag vom 11.11.1996 bei fortbestehender Identität der Vertragsparteien ein durch eine Vormerkung zu sichernder Anspruch auf Übertragung des Eigentums (zu je 1/2) an dem Grundstück eingeräumt. Eine Erweiterung dieses Eigentumsverschaffungsanspruchs erfolgte bei Abschluss des späteren Vertrages nicht. Lediglich die Kaufmodalitäten, insbesondere die Höhe des Kaufpreises und die Fertigstellungsverpflichtung der Verkäuferin, wurden geändert. Dies führte jedoch nicht zu einer inhaltlichen Änderung des Übereignungsanspruchs, denn die vorgenommenen Modifizierungen bezogen sich nur auf die von der Vormerkung nicht umfassten weiteren Ansprüche der Parteien (vgl. hierzu auch *Wacke*, DNotZ 1995, 514; MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O., § 877 Rdnr. 3). Infolge der Verwirklichung aller Entstehensvoraussetzungen begründeten die Vertragsparteien daher am 11.11.1996 wirksam eine neue, inhaltlich der ursprünglichen Vormerkung entsprechende Auflassungsvormerkung.

4. Der Verzicht auf eine Grundbuchberichtigung und Neueintragung der Vormerkung darf nicht dazu führen, dass die Rangvorschriften des § 879 BGB umgangen werden. Deswegen entfaltet die neuerlich bewilligte Vormerkung keine auf den alten Eintragungszeitpunkt (16. 10.1996) zurückreichende Sicherungswirkung (vgl. hierzu auch OLG Frankfurt, DNotZ 1995, 539, 540; LG Lübeck, NJW-RR 1996, 914, 915; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1989, 495, 496; MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O., § 873 Rdnr. 50, § 883 Rdnr. 12; *Staudinger/Gursky*, [1996], § 883 Rdnr. 39; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdnr. 1487). Der Rang bestimmt sich vielmehr nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung. Dies ist gegebenenfalls im Interesse der Grundbuchklarheit durch einen entsprechenden Rangvermerk im Grundbuch zum Ausdruck zu bringen. Im Streitfall tritt ein Rangproblem jedoch nicht auf. Die neu begründete Vormerkung ist zwar erst am 11.11.1996 zur Entstehung gelangt. Die Eintragung der Höchstbetragshypothek erfolgte jedoch später, nämlich am 2.12.1996. Letztere erweist sich daher als vormerkungswidrige Verfügung und unterliegt dem Löschananspruch gemäß §§ 883, 888 Abs. 1 BGB.

#### Anmerkung:

1. Ausgangspunkt der Entscheidung ist die Erkenntnis, dass im Anwendungsbereich des § 873 BGB die für die angestrebte Rechtsänderung materiell-rechtlich erforderliche Einigung

der hierzu ebenfalls notwendigen Eintragung nachfolgen kann. Sie ergibt sich mittelbar aus dem Gesetz (§ 879 II, § 892 II BGB). Dem *BGH* kann darin gefolgt werden, dass dieser Grundsatz auch auf die Fälle anzuwenden ist, in denen zu der Eintragung nicht eine Einigung, sondern eine einseitige Erklärung hinzutreten muss, z. B. die Aufgabenerklärung des § 875 BGB oder die Bewilligung im Fall des § 885 BGB. Dabei ist zu beachten, dass es sich bei der in § 885 BGB genannten Bewilligung um eine materiell-rechtliche Erklärung handelt, die nicht gleichzusetzen ist mit der grundbuchrechtlichen Eintragungsbewilligung des § 19 GBO. Die Auslegung wird aber in aller Regel ergeben, dass die eine in der anderen enthalten ist (*Palandt/Bassenge*, BGB, 59. Aufl., § 885 Rdnr. 8).

Wenn das Gesetz den Fall anspricht, dass die Einigung der Eintragung nachfolgen kann, ist dies vor dem Hintergrund des das Grundbuchrecht beherrschenden formellen Konsensprinzips zu sehen. Danach ist dem Grundbuchamt für eine Eintragung das dingliche Rechtsgeschäft, in der Regel also die Einigung des § 873 BGB, vom Fall der Auflassung (§ 925 BGB, § 20 GBO) abgesehen, nicht nachzuweisen. Es genügt die einseitige Bewilligung des von der Eintragung nachteilig Betroffenen (§ 19 GBO). Dies schließt die Möglichkeit ein, dass eine Eintragung bewilligt wird, ohne dass die Einigung vorliegt. Bei der Eintragung einer Vormerkung auf Grund Bewilligung ist ein entsprechender Vorgang grundsätzlich nicht vorstellbar, weil die zur Eintragung erforderliche grundbuchrechtliche Bewilligung des § 19 GBO in aller Regel zugleich die materiell-rechtliche Bewilligung des § 885 BGB enthält.

Der Regelung des § 879 II BGB liegt der Fall zugrunde, dass eine Eintragung ohne die zur Rechtsänderung erforderliche Einigung des § 873 BGB vorgenommen wird, das Grundbuch also zunächst unrichtig wird. Die Verpflichtung des Grundbuchamts, nicht dabei mitzuwirken, das Grundbuch unrichtig zu machen, hindert in diesem Fall die Eintragung auch dann nicht, wenn das Grundbuchamt sichere Kenntnis von dem Fehlen der Einigung hat, es sei denn, es kann ausgeschlossen werden, dass diese nachgeholt wird (vgl. *BGH*, NJW 1986, 314). Durch die spätere Einigung über die Rechtsänderung wird das zunächst unrichtige Grundbuch sodann richtig. Dieses gesetzliche Grundmuster liegt dem vom *BGH* entschiedenen Fall nicht zu Grunde. Denn dort war bei Eintragung der Auflassungsvormerkung am 16.10.1996 die materiell-rechtlich erforderliche Bewilligung des Grundstückseigentümers bereits erklärt, nämlich am 19.9.1996. Die Eintragung folgte ihr also nach und nicht umgekehrt. Der *BGH* wendet den § 879 II BGB zu Grunde liegenden Gedanken, dass die Bewilligung der Eintragung nachfolgen kann, auch auf den Fall an, dass eine auf Grund einer Bewilligung eingetragene Vormerkung erlischt, im Grundbuch aber nicht gelöscht und sodann erneut gewilligt wird.

In dem vom *BGH* entschiedenen Fall wurde das Grundbuch hinsichtlich der Vormerkung mit Abschluss des Aufhebungsvertrags am 11.11.1996 unrichtig. Nach Auffassung des *BGH* trat eine Grundbuchunrichtigkeit aber nicht ein, weil in dem Aufhebungsvertrag zugleich ein neuer, wenn auch inhaltsgleicher Eigentumsverschaffungsanspruch begründet und seine Sicherung durch eine Vormerkung bewilligt wurde. Die Notwendigkeit einer Eintragung dieser Vormerkung in das Grundbuch verneint der *BGH* im Hinblick auf die im Grundbuch bestehende Eintragung vom 16.10.1996. Eine Grundbuchberichtigung durch Löschung der erloschenen Vormerkung vom 16.10.1996 und Eintragung einer neuen, am

11.11.1996 bewilligten Vormerkung hält der *BGH* für einen „unnötigen Formalismus“. Darin kann ich ihm nicht folgen.

2. Nach der Entscheidung soll die am 16.10.1996 „unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 19.9.1996“ vorgenommene Eintragung unverändert bestehen bleiben, gleichwohl aber einen erst am 11.11.1996 entstandenen Eigentumsverschaffungsanspruch sichern. Weder aus dem Grundbuch selbst noch aus den Grundakten ergibt sich ein Hinweis auf den Vertrag vom 11.11.1996, der den gesicherten Anspruch begründet. Das Grundbuch erfüllt damit seine Aufgabe nicht, im Interesse des Rechtsverkehrs zuverlässig und vollständig über gegenwärtige und vergangene Rechtsverhältnisse Auskunft zu geben (vgl. OLG Düsseldorf, FGPrax 1997, 83). Es gibt nämlich keine Auskunft darüber, dass der am 19.9.1996 begründete und nach der Grundbuchaussage durch die Vormerkung gesicherte Anspruch erloschen ist und am 11.11.1996 ein inhaltsgleicher Anspruch begründet wurde, der jetzt durch die Vormerkung gesichert sein soll.

3. Die Entscheidung des *BGH* gründet auf dem aus § 879 II BGB abgeleiteten Grundsatz, dass bei der Vormerkung die Bewilligung der Eintragung nachfolgen kann. An sich hätte dann folgerichtig auch die in dieser Bestimmung für den Rang vorgesehene Regelung angewendet werden müssen. Diese geht dahin, dass für den Rang die zeitlich vor der Bewilligung liegende Eintragung maßgebend ist. Diese Rechtsfolge will der *BGH* nicht zulassen und meint, der Verzicht auf Löschung und Neueintragung der Vormerkung dürfe nicht dazu führen, dass die Rangvorschriften des § 879 II BGB umgangen werden. Diese stellen auf die Eintragung ab und werden vom *BGH* in dem entschiedenen Fall außer Kraft gesetzt. Die angesprochene Umgehung der Rangvorschriften hätte am einfachsten durch ein Festhalten an der Notwendigkeit einer erneuten Eintragung verhindert werden können. Der *BGH* möchte den Rang so bestimmt sehen, wie wenn eine Neueintragung vorgenommen worden wäre. Das geschieht aber nicht konsequent. Unterstellt, die am 2.12.1996 eingetragene Hypothek ist vor dem 11.11.1996 zur Eintragung beantragt worden, dann hätte sie bei einer Neueintragung der Vormerkung den Rang vor dieser erlangt (vgl. §§ 17, 45 GBO). Der *BGH* geht aber hierauf nicht ein und nimmt ausgehend allein vom Eintragsdatum der Hypothek einen Nachrang und damit eine vormerkungswidrige Verfügung an.

Für den nicht vorliegenden Fall einer Zwischeneintragung, also bei Eintragung eines Rechts nach dem 16.10. und vor dem 11.11.1996, hält der *BGH* „im Interesse der Grundbuchklarheit“ Rangvermerke für erforderlich, die den Vorrang dieses Rechts vor der Vormerkung sicherstellen. Nicht gesagt und auch nicht erkennbar ist aber, wie und auf wessen Veranlassung und wann solche Rangvermerke in das Grundbuch eingetragen werden sollten. Nach der Ansicht des *BGH* würde die Vormerkung mit der Bewilligung am 11.11.1996 ohne jedes Tätigwerden des Grundbuchamts entstehen. Ab diesem Zeitpunkt würde das Grundbuch die Zwischeneintragung als vormerkungswidrige Verfügung erscheinen lassen. Durch die Eintragung von Rangvermerken könnte allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt das für zutreffend gehaltene Rangverhältnis dokumentiert werden. Dabei ist unklar, wer dies veranlassen sollte. Der als nachteilig Betroffene in Betracht kommende Vormerkungsberechtigte wird dies von sich aus nicht tun.

4. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es der *BGH* mit seiner Entscheidung, auf die Löschung der erloschenen Vormerkung und die Neueintragung der später bewilligten Vor-

merkung zu verzichten, dem Grundbuch nicht erleichtert, wenn nicht unmöglich macht, seine Aufgabe zu erfüllen, eine eindeutige, klare und vollständige Aussage über vergangene und gegenwärtige Rechtsverhältnisse zu machen.

Richter am BayObLG *Johann Demharter*, München

6. BGB §§ 504, 505 Abs. 2, 883 Abs. 1, 888 (*Gesamtrechtsnachfolge des Vorkaufsberechtigten in Übereignungspflicht des Vorkaufsverpflichteten*)

**Macht eine Vorkaufsverpflichtete ein Verkaufsangebot für ihr Grundstück, das nach ihrem Tod wirksam angenommen wird (§ 153 BGB), so erlischt eine zugunsten des Vorkaufsberechtigten und Alleinerben der Grundstückseigentümerin bestehende, bedingte Auflassungsvormerkung. Seine Vorkaufsausübung geht ins Leere.**

BGH, Urteil vom 3.12.1999 – V ZR 329/98 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

*Zum Sachverhalt:*

Die Erblasserin E. S. (künftig nur: Erblasserin) bot den Klägern mit notarieller Urkunde vom 18.4.1996 ihr bebautes Grundstück in N. für einen Preis von 300.000 DM zum Kauf an. Dieses bis zum 31.12.1996 befristete Angebot nahmen die Kläger, nachdem die Erblasserin am 19.9.1996 verstorben war, durch notariell beurkundete Erklärung vom 17.12.1996 an. Für sie wurde am 21.1.1997 eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen.

Der Beklagte ist Neffe und Alleinerbe der Erblasserin und als solcher seit 21.1.1997 im Grundbuch als Grundstückseigentümer eingetragen. Die Erblasserin hatte ihm mit notariell beurkundetem Vertrag vom 16.12.1979 ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht für das genannte Grundstück zu einem festen Kaufpreis von 200.000 DM eingeräumt. Auf Grund einer in diesem Vertrag enthaltenen Bewilligung ist für ihn seit 15.1.1980 eine „Vormerkung zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Auflassung ...“ im Grundbuch eingetragen.

Mit gleich lautenden Schreiben vom 17.1.1997 an den Notar und die Kläger erklärte er, dass er sein Vorkaufsrecht ausübe.

Die Kläger sind der Ansicht, das Vorkaufsrecht des Beklagten sei durch „Konfusion“ erloschen und haben beantragt, ihn zur Bewilligung der Löschung seiner Auflassungsvormerkung zu verurteilen. Der Beklagte seinerseits verlangt von den Klägern widerklagend die Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat dagegen unter Abweisung der Klage der Widerklage entsprochen. Dagegen wendet sich die Revision der Kläger mit Erfolg.

*Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht verneint einen Löschananspruch der Kläger nach § 886 BGB und bejaht den Widerklageanspruch nach § 888 Abs. 1 BGB, weil die Auflassungsvormerkung der Kläger dem Beklagten gegenüber relativ unwirksam sei (§ 883 Abs. 2 BGB). Es meint – unter Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und Stimmen in der Literatur –, die vom Bestand eines zu sichernden Anspruchs abhängige Vormerkung des Beklagten sei nicht untergegangen. Das durch Erbfolge bedingte Zusammenfallen von Vorkaufsverpflichtung und Vorkaufsberechtigung habe nicht zu einer Konfusion geführt, weil das Sicherungsinteresse des Beklagten ein Weiterbestehen der Vormerkung gebiete, die gerade den vormerkungswidrigen Erwerb Dritter verhindern solle.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht verkennt, dass der Fall unmittelbar nichts mit dem Problem der Konfusion, d.h. dem Erlöschen einer Schuld durch Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner zu tun hat. Eingeräumt hatte die Erblasserin dem Beklagten ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht (§ 504 BGB). Nicht dieses Vorkaufsrecht (Recht zur Ausübungserklärung nach § 505 BGB) ist – wie das Berufungsgericht teilweise ungenau ausführt – durch die Vormerkung abgesichert, sondern der erst durch die Ausübungserklärung entstehende Anspruch aus dem Kaufvertrag (§ 505 Abs. 2 BGB) auf dingliche Rechtsänderung, nämlich auf Übereignung des Grundstücks (§ 433 Abs. 1 BGB), wie es auch die Grundbucheintragung zutreffend wiedergibt. Nur dieser künftige oder bedingte Anspruch war überhaupt vormerkungsfähig (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB), und zwar schon mit Schutzwirkung vom Zeitpunkt der Vormerkungseintragung an (vgl. Senatsurteil vom 31.10.1980, V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447 [=MittBayNot 1981, 19]). Geltend gemacht werden kann diese Schutzwirkung allerdings erst mit der Entstehung eines entsprechenden Auflassungsanspruchs (Senat, a.a.O.). Dieser Anspruch ist hier jedoch nicht entstanden und konnte demgemäß auch nicht durch sog. Konfusion erlöschen. Der Beklagte hat seine Ausübungserklärung am 17.1.1997 abgegeben. Erst zu diesem Zeitpunkt hätte frühestens ein Kaufvertrag zwischen ihm und dem Vorkaufsverpflichteten nach den Bedingungen des sog. Drittkaufs zustande kommen können (§ 505 Abs. 2 BGB), aus dem sich dann der durch Vormerkung gesicherte Übereignungsanspruch ergeben hätte. Im maßgeblichen Zeitpunkt war die Erblasserin jedoch schon gestorben, der Beklagte ihr Alleinerbe und Eigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks (§ 1922 Abs. 1 BGB). Mit sich selbst konnte der Beklagte aber keinen Kaufvertrag zustande bringen, weil der Entstehungstatbestand für jeden Vertrag Personenverschiedenheit voraussetzt. Die Ausübungserklärung kann auch nur wirksam gegenüber dem Verpflichteten erfolgen (§ 505 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das war der Beklagte selbst (§ 1922 Abs. 1 BGB). Im Übrigen wäre ein solcher Vertrag auch auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet (§ 306 BGB), weil er auf Verschaffung von Eigentum zielte, das der Beklagte bereits inne hatte (§ 1922 Abs. 1 BGB). Schon im Ansatz hat der Fall also nichts mit der im Senatsurteil vom 30.4.1980 (V ZR 56/79, NJW 1981, 447, 448 [=MittBayNot 1981, 19]) behandelten Konfusionswirkung, nämlich dem Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner hinsichtlich eines bereits bestehenden Anspruchs zu tun, sondern betrifft das vorgelagerte Problem, dass niemand mit sich selbst einen Vertrag abschließen kann. Ins Leere gehen damit die Überlegungen des Berufungsgericht zur „interessengerechten“ Konfusionswirkung, für die es in dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 14.7.1995 (IV ZR 212/94, NJW 1995, 2287) Ansatzpunkte entnehmen will. Auch dieses Urteil betraf im Übrigen eine Fallgestaltung, in der bereits vor Vereinigung von Forderung und Schuld ein Dritter ein Recht an der Forderung erworben hatte, d.h. rechtlich geschützte Interessen Dritter es geboten, nicht von einer Konfusion auszugehen (vgl. auch Senatsurteil vom 30.4.1980, a.a.O.).

Da die Bedingung des Auflassungsanspruchs (wirksame Vorkaufsausübung) nicht eintrat und auch nicht mehr eintreten kann, ist auch die Vormerkung des Beklagten erloschen (vgl. auch BGHZ 117, 390, 392 [=MittBayNot 1992, 193]; BayObLG, Rpfleger 1993, 58, 59 m.w.N.). Insoweit ist die Lage nicht anders als bei einem formnichtigen Grundstücks-

kaufvertrag (BGHZ 54, 56, 63 ff.). Dann aber hat der Beklagte aus dieser Vormerkung gegen die Kläger auch keinen Hilfsanspruch nach § 888 Abs. 1 BGB, weil dieser voraussetzt, dass irgendwann ein Primäranspruch auf Übereignung entstanden ist, der durch Vormerkung hätte gesichert werden können. Das entspricht dem für die Vormerkung geltenden Akzessorietätsprinzip (h.M., vgl. z.B. BGHZ 60, 47, 50 [=MittBayNot 1973, 87]; BayObLG, Rpfleger 1993, 58, 59 [=MittBayNot 1992, 395]; BGB-RGRK/*Augustin*, 12. Aufl., § 883 Rdnr. 6; *Staudinger/Gursky*, BGB, 1996, § 883 Rdnr. 16 m.w.N.) und auch der vom Senat vertretenen Meinung, dass eine zu Lasten des jeweiligen Grundstückseigentümers vereinbarte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung nicht durch Vormerkung gesichert werden kann (vgl. Senatsurteil vom 20.5.1966, V ZR 182/63, NJW 1966, 1656, 1657).

Allgemeine Billigkeitsüberlegungen, etwa des Inhalts, der Beklagte könne nicht deshalb schlechter gestellt werden, weil er „die Verkäuferin“ des Grundstücks beerbt habe, können an diesem Ergebnis nichts ändern. Auch von seinem eigenen Standpunkt aus übersieht der Beklagte nämlich Folgendes: Derjenige Kaufvertrag, den er als Auslöser seines Vorkaufsrechts ansieht (sog. Vorkaufsfall) besteht nicht – wie dies § 504 BGB voraussetzt – mit einem Dritten, sondern mit ihm als Erben der das Angebot abgebenden Erblasserin. Deren Angebot überdauerte ihren Tod (§ 153 BGB), die Annahmeerklärung der Kläger führte zu einem Vertragsabschluss unmittelbar mit dem Beklagten.

Ob eine solche Fallgestaltung ihn überhaupt berechtigen könnte, sein Vorkaufsrecht auszuüben, mag dahin stehen. Die Vorkaufsrechtsausübung würde jedenfalls nach ganz einschlägiger Auffassung den sog. Drittkauf nicht berühren (vgl. RGZ 121, 137, 138; BGB-RGRK/*Mezger*, 12. Aufl., § 505 Rdnr. 7; MünchKomm-BGB/*Westermann*, 3. Aufl., § 505 Rdnr. 5 und 10; *Palandt/Putzo*, BGB, 58. Aufl., vor § 504 Rdnr. 8; *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 505 Rdnr. 25; *Staudinger/Mader*, BGB [1995] § 504 Rdnr. 38 und 39). Der Beklagte bleibt an diesen mit ihm selbst abgeschlossenen Vertrag auch nach der Vorkaufsrechtsausübung gebunden. Daran kann selbst die Tatsache nichts ändern, dass die Kläger den Vertrag in Kenntnis des Vorkaufsrechts und der für den Beklagten eingetragenen Vormerkung abgeschlossen haben. Entgegen einer verbreiteten Übung enthält dieser Vertrag keine Rücktrittsklausel oder eine ähnliche Sicherung für den Fall der Vorkaufsrechtsausübung (vgl. § 506 BGB; *Palandt/Putzo*, BGB, 58. Aufl., vor § 504 Rdnr. 8). Dies kann ihm auch im Wege der Auslegung (vgl. dazu einerseits MünchKomm-BGB, a.a.O., § 505 Rdnr. 10; andererseits *Staudinger/Mader*, a.a.O., § 504 Rdnr. 39) nicht entnommen werden. Vielmehr verpflichtet dieser Vertrag den Verkäufer (= Beklagter) entsprechend dem Angebot der Erblasserin ausdrücklich, die in Abteilung II eingetragene Vormerkung (d.h. die zugunsten des Beklagten) zur Löschung zu bringen und demgemäß das Grundstück den Klägern lastenfrei zu übereignen (§ 7 Abs. 1 des Vertrages). Demgemäß wird im Vertrag bereits die Löschung dieser Vormerkung beantragt (§ 9 Abs. 1 des Vertrages). Ist der Beklagte aber an diesen Vertrag gebunden, dann schuldet er den Klägern die Auflassung des Grundstücks (§ 433 Abs. 1 BGB) und zwar unter Löschung seiner eigenen Vormerkung. Dafür erhält er auch den Kaufpreis. Seine Vormerkung könnte allenfalls die Wirkung haben, sein Vorkaufsrecht durchzusetzen, d.h. den Vollzug jenes – aus der Sicht des Beklagten wohl fingierten – zweiten Vertrages (vgl. § 505 Abs. 2 BGB; Senatsurteil vom 12.1.1996, V ZR 269/94, WM 1996, 794, 795) zu gewährleisten. Sie könnte ihm aber nicht

dazu verhelfen, sich seiner Verpflichtungen aus dem Vertrag mit den Klägern zu entledigen, und zwar genauso wenig wie dies die Erblasserin hätte tun können, wäre der Vertrag noch zu ihren Lebzeiten mit ihr zustande gekommen.

Der Beklagte kann die Übereignung des Grundstücks an die Kläger auch nicht mit der Begründung verweigern, er sei zugleich Vorkaufsberechtigter und daraus ergebe sich eine Rangfolge der Vertragserfüllung. Eine solche existiert im Vorkaufsfall grundsätzlich nicht, vielmehr stehen die beiden Kaufverträge, nämlich der sog. Drittkauf und der durch die Ausübungserklärung zustande gekommene Vertrag (§ 505 Abs. 2 BGB) – sofern sich ein solcher hier überhaupt annehmen ließe – selbständig nebeneinander. Anders wäre es nur dann, wenn sich die Vorkaufsrechtsausübung als Vertragseintritt des Vorkaufsberechtigten darstellte. Diese Auffassung wird aber nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung zu Recht abgelehnt (vgl. z.B. RGZ 121, 137, 138; BGHZ 67, 395, 397 m.w.N. [=MittBayNot 1977, 58]; BGH, Urt. v. 28.11.1962, VIII ZR 236/61, LM BGB § 505 Nr. 4). Ob sich eine solche Rangfolge dann ergeben könnte, wenn die Kläger den Kaufvertrag noch zu Lebzeiten der Erblasserin abgeschlossen hätten, der Beklagte sein Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt hätte und dann Erbe der Verkäuferin geworden wäre, kann offen bleiben, da eine solche Fallgestaltung hier nicht vorliegt.

---

7. BGB §§ 158, 749, 883, 1010 (*Vormerkung bei mehrfach bedingtem Ankaufsrecht; befristeter Ausschluss der Auseinandersetzung*)

1. **Mehrere verschiedene Ansprüche auf Verschaffung von Eigentum an einer Wohnung können nicht durch eine Vormerkung gesichert werden; sie erfordern vielmehr ebenso viele Vormerkungen wie Ansprüche gegeben sind.**
2. **Ist ein Ankaufsrecht an mehrere Bedingungen geknüpft, liegt nur ein durch eine einzige Vormerkung zu sichernder Anspruch vor.**
3. **Haben Bruchteilseigentümer das Recht, jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen zu können, für einen bestimmten Zeitabschnitt ausgeschlossen, das Auseinandersetzungsverbot für einen sich daran anschließenden Zeitraum aufgehoben und es für die Zeit danach wieder in Kraft gesetzt, so ist eine solche Regelung als Belastung im Grundbuch eintragbar.**

BayObLG, Beschluss vom 5.8.1999 – 2Z BR 98/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

---

8. GBO §§ 22, 29; BGB §§ 1097, 1098, 511 (*Erlöschen des für den ersten Verkaufsfall bestellten Vorkaufsrechts*)

**Das für den ersten Verkaufsfall bestellte Vorkaufsrecht erlischt, wenn ein anderer Vertrag als ein Kaufvertrag Grundlage für die Übereignung des entsprechenden Grundstücks an den Sonderrechtsnachfolger ist.**

**Wird in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen, dass der Rechtsgrund für den Eigentumsübergang kein Kaufvertrag ist, kann das Grundbuch gemäß § 22 Abs. 1 GBO berichtigt werden.**

**Hinsichtlich des nach § 29 Abs. 1 GBO zu führenden Nachweises ist das Grundbuchamt gehalten, von der Vollständigkeit und Richtigkeit der Eintragungunterlagen auszugehen. Bloße Vermutungen und abstrakte Missbrauchsgefahren genügen nicht, den Nachweis in der Form des § 29 Abs. 1 GBO auszuschließen.**

**Art. 103 GG gebietet es, dem betroffenen Buchberechtigten vor einer Grundbuchberichtigung auf Grund Unrichtigkeitsnachweises rechtliches Gehör zu gewähren.**

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.8.1999 – 3 W 171/99 –, mitgeteilt vom 3. Senat des OLG Zweibrücken

9. §§ 5 Abs. 2, 16 Abs. 2 WEG (*Kostentragung bei Duplexgaragen*)

- 1. Die Hebebühne einer Doppelstockgarage ist als konstruktiver Gebäudeteil i. S. von § 5 Abs. 2 WEG Gemeinschaftseigentum.**
- 2. Rechtlich unbedenklich ist eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung, wonach sämtliche Garageneigentümer einer Wohnungseigentumsanlage anteilig die Instandsetzungskosten zu tragen haben, die in Bezug auf einzelne Hebebühnen anfallen.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.3.1999 – 3 Wx 14/99 –

*Zum Sachverhalt:*

I. Zu der Wohnungseigentumsanlage gehören außer 45 Wohn- und Gewerbeeinheiten 23 Miteigentumsanteile (Nummern 46 bis 68), die mit dem Teileigentum an Tiefgarageneinstellplätzen verbunden sind. Dabei handelt es sich um 14 Einzeleinstellplätze und 9 so genannte Doppelparker oder Doppelstockgaragen. Die Doppelparker sind mit einer hydraulischen Hebebühne ausgestattet.

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer der Doppelparker Nr. 46, 47 und 48 sowie der Einzeleinstellplätze 49 und 58.

Die Gemeinschaftsordnung regelt in § 4 Nr. 1 die Instandhaltungspflichten bezüglich der Garagen wie folgt:

„Die Instandhaltung der zu den Garagen gehörenden Gebäudeteile, Zugänge, Zufahrten, Verkehrsflächen und Einrichtungen obliegt nur den Eigentümern der Garage gemeinsam. Sie sind an den Instandhaltungen des übrigen Gemeinschaftseigentums nicht zu beteiligen.“

Bezüglich der Lasten- und Kostentragung bestimmt § 10 Abs. 1 Nr. 1.3.2:

„Die auf die Garagen entfallenden Kosten werden durch die vorhandenen Einstellplätze geteilt, sodass gleich hohe Anteile je Einstellplatz entstehen.“

Im Laufe des Jahres 1996 wurden Reparaturen an den Hebebühnen der Doppelstockgaragen erforderlich, deren Kosten sich insgesamt auf 21 245,33 DM beliefen. Diese Kosten wurden in der Jahresabrechnung des Verwalters nicht auf alle Garageneigentümer verteilt, sondern nur den Hausgeldkonten der unmittelbar betroffenen Garageneigentümer, u. a. dem Beteiligten zu 1, belastet.

Den in der Wohnungseigentümerversammlung vom 13.8.1997 zu Tagesordnungspunkt 1 gefassten Beschluss, mit dem die Jahresabrechnung 1996 gebilligt wurde, hat der Beteiligte zu 1 deshalb angefochten.

Das AG hat den angefochtenen Beschluss antragsgemäss für ungültig erklärt. Die Beteiligten M., M., S., S. und S. haben sofortige Beschwerde eingelegt. In der beim LG durchgeführten mündlichen Verhandlung hat der Beteiligte zu 1 erklärt, seine Anfechtung ziele nur darauf ab, die Jahresabrechnung 1996 hinsichtlich der Aufteilung der Reparaturkosten für die Hebebühnen zu ändern. Das LG hat sodann die sofortige Beschwerde zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass der

angefochtene Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung insoweit für ungültig erklärt wird, als die Reparaturkosten der Garage Gegenstand der Billigung sind.

Mit der sofortigen weiteren Beschwerde wiederholen die Beteiligten zu 2 bis 4 und der Verwalter die in den Vorinstanzen vertretene Auffassung, die Hebebühnen der Doppelparker seien Gegenstände des Sondereigentums, da sie nur dem Gebrauch der betroffenen Stellplätze dienten; die Reparaturkosten seien deshalb zu Recht nicht in die Jahresabrechnung aufgenommen, sondern allein den betroffenen Eigentümern belastet worden.

Die sofortige weitere Beschwerde blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

(...)

II. Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Offen bleiben könnten die Fragen, ob an einzelnen Stellplätzen von Doppelparkern Sondereigentum begründet werden könne und ob im vorliegenden Falle Sondereigentum jeweils nur an einen Doppelparker begründet worden sei oder auch an einzelnen Stellplätzen. Jedenfalls handele es sich bei den Hebebühnen um Einrichtungen des Gemeinschaftseigentums, deren Instandhaltung allen Garageneigentümern obliege. Das folge zum einen daraus, dass die Hebebühnen nicht im Katalog der Gegenstände des Sondereigentums enthalten seien, zum anderen ergebe sich dies auch daraus, dass die Wippen als wesentlicher Bestandteil der Garagen der gesamten Anlage insoweit dienten, als nur durch deren Einbau die nach der Bauordnung NW geforderte Zahl der Stellplätze erreicht werde; derartige Einrichtungen, die dem Gebrauch sämtlicher Wohnungseigentümer dienten, könnten nicht Gegenstand von Sondereigentum sein, selbst wenn sie sich ausschließlich im Bereich von Sondereigentum befänden; sie könnten von dem einzelnen Eigentümer nicht entfernt werden, ohne die Rechte der übrigen Eigentümer zu beeinträchtigen; die Anlage selbst sei dann vielmehr gemeinschaftliches Eigentum wie Zimmerdecken und tragende Wände des Gebäudes. Für die Einrichtungen der Garage im Gemeinschaftseigentum bestimme aber die Gemeinschaftsordnung, dass deren Instandhaltungskosten auf sämtliche Garageneigentümer in der Weise zu verteilen seien, dass gleich hohe Anteile je Einstellplatz entstehen. Deshalb hätten die Reparaturkosten der Hebebühnen in die Jahresabrechnung aufgenommen und auf alle Garageneigentümer verteilt werden müssen. Dadurch, dass dies nicht geschehen sei, sondern dem Beteiligten zu 1 die gesamten Reparaturkosten der seine Stellplätze betreffenden Hebebühnen auferlegt worden seien, sei er auch durch den die Abrechnung genehmigenden Beschluss beschwert.

Diese Ausführungen sind im Wesentlichen frei von Rechtsfehlern.

Die Gemeinschaftsordnung enthält mit den oben zitierten Bestimmungen § 4 Nr. 1 und § 10 Nr. 1.3.2 eine klare Regelung, in welcher Weise Kosten verteilt werden sollen, die auf die Garagen entfallen. Die Wirksamkeit dieser Regelung wäre allerdings zweifelhaft, wenn die Kosten, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, für die Instandsetzung von Sondereigentum angefallen wären. Denn § 16 Abs. 2 WEG, wonach jeder Wohnungseigentümer den anderen Wohnungseigentümern gegenüber verpflichtet ist, Lasten und Kosten des Gemeinschaftseigentums anteilig zu tragen, gilt nicht für Kosten, die Sondereigentum betreffen; dies geht auch aus § 14 Nr. 1 WEG hervor. Solche Kosten hat grundsätzlich der einzelne Eigentümer selbst zu tragen (vgl. *Staudinger/Bub*, 12. Aufl., a.a.O., § 16 WEG Rdnr. 183 ff., 190 sowie – zu ei-

nem Ausnahmefall – BayObLG, WE 1992, 198). Die vom LG erörterte Frage, ob die Hebebühnen zum Gemeinschaftseigentum oder zum Sondereigentum des jeweils betroffenen Garageneigentümers gehören, war deshalb vorab zu klären.

Die Hebebühnen sind gemäß §§ 1 Abs. 5, 5 Abs. 2 WEG Gemeinschaftseigentum. Nach § 5 Abs. 2 WEG sind Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums, selbst wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume befinden.

Im vorliegenden Fall bestimmt § 4 Nr. 2 der Teilungserklärung:

„Gegenstand des Sondereigentums sind die in § 2 dieser Teilungserklärung bezeichneten Räume sowie die zu diesen Räumen gehörenden Bestandteile des Gebäudes, die verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Eigentümers über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird. In Ergänzung dieser Bestimmung wird festgelegt, dass zum Sondereigentum gehören: ...

e) sämtliche innerhalb der im Sondereigentum stehenden Räume befindlichen Einrichtungen und Ausstattungsgegenstände ...“

Eine dem § 5 Abs. 2 WEG entsprechende Regelung enthält die Teilungserklärung nicht. § 5 Abs. 2 WEG ist aber zwingendes Recht. Sind in der Teilungserklärung Gegenstände zu Sondereigentum erklärt, die nach dem Gesetz nicht Sondereigentum sein können oder ist es bei Begründung in der Teilungserklärung nicht eindeutig erkennbar beschrieben, so entsteht kein Sondereigentum; es bleibt beim gemeinschaftlichen Eigentum (*Niedenführ/Schulze*, 4. Aufl., § 5 Rdnr. 5 m.w.N.).

Die Hebebühnen mögen Einrichtungen innerhalb im Sondereigentum stehender „Räume“ sein, wenn man mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, dass eine Doppelstockgarage ein „Raum“ i. S. von § 3 Abs. 1 und 2 WEG ist, d. h., dass Sondereigentum an der Doppelstockgarage im Ganzen, nicht aber an deren einzelnen Stellplätzen begründet werden kann (vgl. nur BayObLG, NJW-RR 1995, 783; *Niedenführ/Schulze*, a.a.O., § 3 Rdnr. 21; *Staudinger/Rapp*, a.a.O., § 5 WEG Rdnr. 8, jeweils m.w.N.).

Der Meinungsstreit ist für das vorliegende Verfahren nicht von Bedeutung, wie das LG ohne Rechtsfehler festgestellt hat. Die Hebebühnen sind jedenfalls konstruktive Teile des Gebäudes i. S. von § 5 Abs. 2 WEG, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie nur im Hinblick auf die Garage diese Eigenschaft besitzen. Denn Teil eines Gebäudes, „der für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich“ ist, kann z. B. auch ein konstruktiver Teil in einer Doppelhaushälfte oder – bei einer Mehrhausanlage – nur eines Gebäudes sein; ein solcher Bestandteil ist gleichwohl Gemeinschaftseigentum aller Eigentümer der gesamten Wohnungseigentumsanlage (vgl. *Staudinger/Rapp*, a.a.O., § 5 WEG Rdnr. 30).

Notwendiger Bestandteil einer Doppelstockgarage ist die Einrichtung, die das Einstellen von zwei (oder mehr) Fahrzeugen ermöglicht auf einer Grundfläche, die an sich nur für ein Kraftfahrzeug groß genug ist, also die Hebebühne oder Wippe. Ohne diese Einrichtung wäre die Doppelstockgarage keine solche. Für ihren Bestand erforderlich i. S. d. Gesetzes

ist deshalb die Hebebühne (ebenso Hamm, OLGZ 1983, 1 [5]).

Ob daneben auch gesagt werden kann, dass die Hebebühne – im vorliegenden Fall – dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dient, mag dahinstehen. Anders als in dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall ist hier nicht bekannt, ob Stellplätze in den Doppelparkern jeweils nur von einem einzelnen Eigentümer des Doppelparkers benutzt werden oder von mehreren Eigentümern gemeinsam. Ob, wie das LG meint, ein gemeinschaftlicher Gebrauch der Hebebühnen darin zu sehen ist, dass nur durch ihren Einbau die nach der Bauordnung Nordrhein-Westfalen geforderte Zahl der Stellplätze erreicht wird, kann offen bleiben.

Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten, die Gemeinschaftseigentum betreffen, sind nach § 16 Abs. 2 WEG von allen Wohnungseigentümern anteilig zu tragen. Vorliegend bestimmt die Teilungserklärung, dass die Instandhaltung (u. a.) der zu den Garagen gehörenden Gebäudeteile und Einrichtungen nur den Garageneigentümern gemeinsam (also einer Gemeinschaft, die Teil der Wohnungseigentümergeinschaft ist) obliegt, und dass die auf die Garagen entfallenden Kosten durch die vorhandenen Einstellplätze zu teilen sind, sodass gleich hohe Anteile entstehen. Die Regelung ist rechtlich bedenkenfrei, da § 16 Abs. 2 WEG abbedungen werden kann und der hier gewählte Verteilungsschlüssel zweckmäßig und gerecht ist. Alle Stellplatzinhaber profitieren schließlich davon, dass durch die Verwendung von Hebebühnen eine größere Anzahl von Parkplätzen erreicht werden konnte.

Ohne Rechtsfehler hat somit das LG die Entscheidung des AG im Grundsatz bestätigt und die Anfechtung des Wohnungseigentümerbeschlusses vom 13.8.1997 für begründet angesehen. Nicht zu beanstanden ist ferner die von der Kammer vorgenommene Einschränkung, dass der Wohnungseigentümerbeschluss nur insoweit ungültig ist, als die Reparaturkosten der Garage Gegenstand der Billigung sind. Wird auf eine zutreffende Jahresabrechnung ein anderer als der vereinbarte Verteilungsschlüssel angewendet, so ist der die Jahresabrechnung genehmigende Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung nur bezüglich des beanstandeten Verteilungsschlüssels anfechtbar (*Staudinger/Bub*, a.a.O., § 28 WEG Rdnr. 555). Nur darauf zielte auch die vom Beteiligten zu 1 erklärte Anfechtung, wie er in der mündlichen Verhandlung beim LG klargestellt hat.

Der Senat hat keine Feststellungen dazu zu treffen, wie hoch der auf den Beteiligten zu 1 entfallende Anteil an den Reparaturkosten der Hebebühnen bei zutreffender Berechnung ist. Ob die Kosten bei Anwendung des § 10 Nr. 1.3.2 der Gemeinschaftsordnung durch 32 Einstellplätze zu teilen sind, ist zweifelhaft, weil die Anzahl der vorhandenen Einstellplätze nicht hinreichend aufgeklärt worden ist. Wenn das LG in seinen tatbestandlichen Ausführungen bemerkt, die Tiefgarage verfüge über 32 Garagenstellplätze, darunter seien 9 so genannte Doppelparker mit jeweils 2 oder 4 Stellplätzen, 14 Stellplätze seien Einzelstellplätze, so kann das rechnerisch nicht richtig sein. Indessen kommt es für die hier zu beurteilende Rechtsfrage nicht darauf an. Der Beteiligte zu 6 als Verwalter der Wohnungseigentumsanlage wird die Jahresabrechnung 1996 zu korrigieren und die Instandsetzungskosten bezüglich der Hebebühnen den einzelnen Stellplätzen – wie viele es auch sein mögen – zu gleichen Anteilen zuzuordnen haben.

## Anmerkung\*:

### I. Einleitung

Die mit dem zunehmenden Kraftfahrzeugverkehr einhergehenden Parkplatzprobleme haben dazu geführt, dass das öffentliche Baurecht in allen Bundesländern Regelungen vorsieht, die für bestimmte Bauvorhaben die Schaffung einer ausreichenden Zahl von Kfz-Stellplätzen fordern. Häufig lässt sich die erforderliche Stellplatzfläche kostengünstig nur dann bereit stellen, wenn es gelingt, auf der Grundfläche eines Stellplatzes mehrere Pkw unterzubringen. Die technische Lösung des Problems erfolgt häufig mit Hilfe sog. „Doppel- oder Duplexparker“, deren Hebevorrichtung die Möglichkeit schafft, die Fahrzeuge übereinander abstellen zu können. Es nimmt nicht Wunder, dass auch in Wohnungseigentumsanlagen zunehmend derartige Mehrfachstellplätze zum Einsatz kommen, zumal gerade in Großstädten viele Käufer von Wohneigentum am Erwerb eines eigenen Kfz-Stellplatzes interessiert sind, um so der täglichen Parkplatzsuche zu entrinnen. Mit der tatsächlichen Verbreitung solcher Anlagen aber nimmt auch die Zahl der gerichtlichen Streitigkeiten zu, wie zahlreiche Entscheidungen zum Thema belegen.

Im Mittelpunkt des juristischen Interesses steht hierbei die Frage nach der Sondereigentumsfähigkeit derartiger Kfz-Stellplätze. Die Begründung selbständigen Teileigentums an den Kfz-Stellplätzen hat im Vergleich zur Vergabe sog. Sondernutzungsrechte den Vorteil, dass die einzelnen Stellplätze an jeden Interessenten übertragen werden können, mithin frei verkehrsfähig sind, wohingegen Sondernutzungsrechte am Gemeinschaftseigentum nach einhelliger Ansicht nur innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden können. Der Teileigentümer eines Stellplatzes muss also nicht Eigentümer einer weiteren Wohn- oder Teileigentumseinheit sein. Mit der Anlegung der jeweiligen (Teileigentums-) Grundbücher wird ferner ein selbständiger Belastungsgegenstand für etwaige Grundpfandrechte geschaffen, was sich bei der Finanzierung positiv auswirken kann<sup>1</sup>.

Aber auch die Verteilung der Kosten für die Instandhaltung und Instandsetzung der „Mehrfachparker“ kann ein erhebliches Konfliktpotenzial schaffen. Nicht selten kommt es dann zum Streit zwischen den Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft, wenn die Hebevorrichtung der „Mehrfachparker“ gewartet oder repariert werden muss<sup>2</sup>.

Hierbei können zum Teil erhebliche Kosten entstehen, wie der vom OLG Düsseldorf entschiedene Sachverhalt beweist. Die Frage, wer diese Kosten zu tragen hat, steht dabei in engem Zusammenhang mit den Eigentumsverhältnissen an den Stellplätzen, da insoweit zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum zu differenzieren ist. Dies ergibt sich aus der Regelung des § 14 Nr. 1 WEG, die dem Sondereigentümer die Instandhaltungspflicht für sein Eigentum auferlegt, und auch im Umkehrschluss aus § 16 Abs. 2 WEG, wonach nur die Kosten der Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums unter den Wohnungseigentümern aufzuteilen sind. Die Kosten der Instandhaltung der zum Sondereigentum gehörenden Gebäudeteile und sonstigen Gegenstände sind daher von dem

\* Nachdruck des bereits in WE 2000 Workshop zu Heft 3, S. 1 ff. veröffentlichten Beitrages.

<sup>1</sup> Einen Überblick über die mit der Wahl der jeweiligen Rechtsform verbundenen Vor- und Nachteile gibt F. Schmidt, Münchener Vertragshandbuch, Band 4/2, 4. Auflage 1998, Anm. 15 (3) zu Formular IX.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. OLG Hamm, Beschluss v. 4.10.1982, OLGZ 1983, 1.

Sondereigentümer aufzubringen. Die Eigentumsverhältnisse an dem jeweiligen Kfz-Stellplatz haben daher Einfluss auf die Beantwortung der Frage nach der Verteilung der Kosten und Lasten. Zunächst soll daher ein kurzer Überblick über den Meinungsstand zur Frage der Sondereigentumsfähigkeit der Stellplätze in einem „Mehrfachparker“ gegeben werden.

### II. Sondereigentumsfähigkeit von Kfz-Stellplätzen in „Mehrfachparkern“

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass der einzelne Kfz-Stellplatz innerhalb einer Mehrfachgarage nicht sondereigentumsfähig ist, an ihm also kein selbständiges Teileigentum begründet werden kann. Im Hinblick auf den einzelnen Stellplatz fehle es an einem sondereigentumsfähigen Raum i.S. des WEG, weil die Hebevorrichtung bewirke, dass der Raum innerhalb einer Mehrfachgarage abwechselnd von dem einen und dem anderen „Parker“ genutzt werde<sup>3</sup>. Die durchaus beachtliche Gegenansicht, die die Sondereigentumsfähigkeit des einzelnen Kfz-Stellplatzes bejaht, geht davon aus, dass die Raumeigenschaft durch § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG ebenso fingiert werde, wie die Abgeschlossenheit von Garagenstellplätzen<sup>4</sup>.

Bejaht wird auch von der h.M. allerdings die Sondereigentumsfähigkeit der jeweiligen Doppelgarage insgesamt<sup>5</sup>. Ist dementsprechend in der Teilerklärung Teileigentum an dem Doppelstellplatz begründet worden, hat das zur Folge, dass die Erwerber der zu einer Mehrfachgarage gehörenden Stellplätze Miteigentümer des Teileigentums werden und untereinander eine Bruchteilsgemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB bilden, bei der es sich nicht um eine Wohnungseigentümergeinschaft i.S. des WEG handelt.

Zur Regelung des Verhältnisses dieser Miteigentümer untereinander, insbesondere auch zur Frage der Verteilung der Kosten und Lasten, können Vereinbarungen in das Grundbuch eingetragen werden. Nach einer Ansicht sollen diese Vereinbarungen ausschließlich gem. § 1010 BGB als Belastung des Eigentums in der zweiten Abteilung des Grundbuchs eintragungsfähig sein. Eine Gebrauchsregelung gem. § 15 WEG scheidet aus, da diese Vorschrift nur für Wohnungseigentümer, nicht aber für Bruchteilsgemeinschaften gelte<sup>6</sup>. Die wohl überwiegende Ansicht geht aber mit dem BayObLG<sup>7</sup> davon aus, dass eine Gebrauchsregelung nicht nur gem. § 1010 BGB, sondern auch im Rahmen der Gemeinschaftsordnung gem. § 15 Abs. 1 WEG getroffen werden kann<sup>8</sup>. Die in die Gemeinschaftsordnung integrierte Gebrauchsregelung hat

<sup>3</sup> Vgl. BayObLG, Beschluss v. 9.2.1995, MittBayNot 1995, 132; Beschluss v. 29.11.1974, BayObLGZ 1974, 466, 470 = MittBayNot 1974, 216; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1978, 85; Weitnauer, WEG, 8. Auflage 1995, Rdnr. 29; Staudinger/Rapp, WEG, Bd. 1, 12. Auflage 1997, § 3 Rdnr. 20; Böttcher, ZfIR 1997, 321 (327).

<sup>4</sup> Vgl. Sauren, MittRhNotK 1982, 213; Gleichmann, Rpfleger 1988, 10; Bärman/Pick/Merle, WEG, 8. Auflage 2000, § 5 Rdnr. 19; MünchKomm/Röll, BGB, 3. Auflage 1997, § 3 Rdnr. 61; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Auflage 1997, Rdnr. 2836.

<sup>5</sup> Vgl. Fn. 3, sowie BayObLG, Beschluss v. 21.7.1994, MittBayNot 1994, 438.

<sup>6</sup> Etwa Haegele/Schöner/Stöber; Weitnauer jew. a.a.O.

<sup>7</sup> MittBayNot 1994, 438 (Fn. 5).

<sup>8</sup> Vgl. Staudinger/Rapp a.a.O.; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 5. Auflage 1999, Einl. Rdnr. E 33; Ertl, Rpfleger 1979, 81 (82); Frank, MittBayNot 1994, 512 (513); Böttcher, ZfIR 1997, 321 (327).

den Vorteil, dass sie Inhalt des Eigentums ist, sodass sie, anders als eine Gebrauchsregelung i. S. von § 1010 BGB, keinen Rang hat und so in der Zwangsversteigerung nicht untergehen kann.

### III. Die Verteilung der Kosten und Lasten hinsichtlich der Hebebühne

Mit der Frage, wie nun die Kosten der Sanierung der zu dem „Mehrfachparker“ gehörenden Hebebühne zu verteilen sind, hatte sich das OLG Düsseldorf in dem vorstehend abgedruckten Beschluss zu befassen. Die Entscheidung ist vor allem deswegen über den Einzelfall hinaus von Interesse, weil die in concreto in der Teilungserklärung enthaltenen Passagen zur Verteilung der Instandhaltungskosten im Hinblick auf die Kfz-Stellplätze durchaus gängiger Praxis entsprechen. So hieß es u.a.: „Die Instandhaltung der zur Garage gehörenden Gebäudeteile, Zugänge, Zufahrten, Verkehrsflächen und Einrichtungen obliegt nur den Eigentümern der Garage gemeinsam. Sie sind an den Instandhaltungen des übrigen Gemeinschaftseigentums (gemeint war wohl in Bezug auf die Wohnhäuser, Außenanlagen usw.; d. Verf.) nicht zu beteiligen.“ und an anderer Stelle sodann: „Die auf die Garage entfallenden Kosten werden durch die vorhandenen Einstellplätze geteilt, sodass gleich hohe Anteile je Einstellplatz entstehen.“ Zu beurteilen war die Frage, ob in Anbetracht dieser Regelung sämtliche Stellplatzeigentümer – in der Tiefgarage gab es auch ebenerdige Einzelstellplätze, die nicht über eine Hebevorrichtung verfügten – an den Kosten für die Reparatur einiger Hebebühnen (immerhin gut 21.000 DM) zu beteiligen waren. Der Senat hat diese Frage – im Ergebnis wie die Vorinstanz – bejaht.

Das Gericht lässt hierbei in seiner Begründung (zu Unrecht; s.u.) offen, ob an den einzelnen Stellplätzen der „Doppelparker“ Teileigentum begründet worden ist. Der Senat geht nämlich davon aus, dass die Hebebühnen in jedem Fall im Gemeinschaftseigentum stünden, weil es sich hierbei um konstruktive Teile des Gebäudes i. S. des § 5 Abs. 2 WEG handele. Hierbei erstreckt es den Gebäudebegriff auf die Doppelgarage, hält also diese für ein Gebäude i. S. der genannten Vorschrift. Dies begegnet erheblichen Bedenken. Zum einen überschreitet die durch das OLG Düsseldorf vorgenommene Auslegung eindeutig die Wortlautgrenze; eine Hebebühne ist kein Gebäude. Zum anderen – und vor allem aber – ist diese „Auslegung“ durch den Sinn und Zweck der Regelung nicht geboten. § 5 Abs. 2 ist im Kontext mit § 5 Abs. 1 WEG zu sehen<sup>9</sup>. Durch die Regelung soll verhindert werden, dass tragende Teile eines Gebäudes der alleinigen Einwirkungsbefugnis eines Sondereigentümers unterstellt werden, weil diese Bestandteile – zumindest in aller Regel – auch für das Eigentum der übrigen Miteigentümer von überragender Bedeutung sind.

Zwar ist es zutreffend, dass nach Ansicht des BGH selbst bei aus Einfamilienhäusern bestehenden Mehrhausanlagen die tragenden Gebäudeteile der einzelnen Häuser zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen, obwohl sie jeweils für den Bestand und die Sicherheit der anderen Häuser (und damit auch der anderen Wohneinheiten) ohne Belang sind<sup>10</sup>. Jedoch lässt sich hieraus (entgegen der Ansicht des OLG Düsseldorf) nicht der Schluss ziehen, auch die innerhalb eines Gebäudes

(hier: Tiefgarage) im räumlichen Bereich eines Sondereigentums (hier: der gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG abgeschlossene Raum) befindlichen Einrichtungen und Anlagen stünden zwingend im Gemeinschaftseigentum. Die Ansicht des Gerichts, das sich ausdrücklich auf die „Parallele“ zu den Mehrhausanlagen beruft, läuft auf die Annahme eines „Gebäudes in einem Gebäude“ hinaus. Wollte man die jeweilige Sondereigentumseinheit innerhalb eines Gebäudes aber für ein selbständiges Gebäude halten, so wären auch sämtliche (d.h. auch die nichttragenden) Wände, die die Räume des Sondereigentums bilden, gemeinschaftliches Eigentum, weil sie für den Bestand der zum Sondereigentum gehörenden Räume erforderlich sind. Dies aber ist abzulehnen. Gemeinschaftliches Eigentum gem. § 5 Abs. 2 WEG sind daher nur die Bestandteile der Tiefgarage, die den gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG abgeschlossenen Raum bilden. Das sind vor allem die Wände, der Boden und die Decke der Garage. Die Hebebühne der Doppelgarage aber, die sich innerhalb des gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG abgeschlossenen Raumes befindet, der nach der jeweiligen Teilungserklärung zum Sondereigentum erklärt worden ist, gehört nicht hierzu und ist im Zweifel Sondereigentum<sup>11</sup>. Die Hebeeinrichtung ist regelmäßig ein Bestandteil des Gebäudes, der verändert oder beseitigt werden kann, ohne dass dies zwangsläufig zu einer Beeinträchtigung der in § 5 Abs. 1 WEG genannten Rechte der anderen Wohnungseigentümer führt. Deutlich wird dies, wenn man sich vorstellte, die Miteigentümer einer Doppelgarage beschlössen, die Hebevorrichtung zu entfernen. Hierdurch würde weder das gemeinschaftliche Eigentum der übrigen Miteigentümer, noch deren Sondereigentum nachteilig betroffen. Betroffen ist vielmehr lediglich der räumliche Bereich des Sondereigentums des jeweiligen „Doppelparkers“.

Entgegen der Ansicht des OLG Düsseldorf steht daher die Hebevorrichtung nicht in jedem Fall zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum. Da die Teilungserklärung im konkreten Fall darüber hinaus ausdrücklich „sämtliche innerhalb der im Sondereigentum stehenden Räume befindlichen Einrichtungen“ dem Sondereigentum zugewiesen hatte, wäre die Hebevorrichtung zum Sondereigentum der jeweiligen Teileigentumseinheit zu zählen gewesen, wenn man davon ausgeht, dass an den Doppelgaragen nach der Teilungserklärung jeweils Teileigentum begründet wurde. Dem OLG ist ferner entgegen zu halten, dass es in diesem Zusammenhang nicht darauf ankommt, ob eine Doppelstockgarage ohne Hebeeinrichtung denkbar ist oder nicht. Schließlich ist auch die zum Zwecke des Betriebes eines Restaurants in das Teileigentum eingebaute Schankeinrichtung nicht deswegen gemeinschaftliches Eigentum, weil diese zum Betrieb eines solchen notwendig ist.

Anders wäre die Lage freilich dann zu beurteilen, wenn man die Sondereigentumsfähigkeit der einzelnen Stellplätze innerhalb eines „Doppelparkers“ entgegen der h.M. bejahte und in der Teilungserklärung im konkreten Fall auch Teileigentum an den einzelnen Stellplätzen begründet worden wäre. Dann wären die Eigentümer der Stellplätze nicht Miteigentümer eines Teileigentums, sondern jeweils Alleineigentümer verschiedener Teileigentumseinheiten. In diesem Fall wäre die Hebebühne zwingend Gemeinschaftseigentum, weil sie zum einen nicht verändert oder beseitigt werden könnte, ohne dass zugleich ein anderes Sondereigentum beeinträchtigt würde (§ 5 Abs. 1 WEG) und sie zum anderen dem gemeinschaft-

<sup>9</sup> Vgl. BGH, Beschluss v. 3.4.1968, BGHZ 50, 56 (60).

<sup>10</sup> A.a.O. (Fn. 9) S. 59 ff.; a.A. *Erman/Ganten*, BGB, 9. Auflage 1993, § 5 Rdnr. 8; *Bärman/Pick/Merle*, WEG, § 3 Rdnr. 23 und § 5 Rdnr. 42.

<sup>11</sup> So auch *Klaßen/Eiermann*, Das Mandat in WEG-Sachen, 1999, Rdnr. 49.

lichen Gebrauch *verschiedener* Sondereigentumseinheiten gem. § 5 Abs. 2 WEG diene<sup>12</sup>. Das OLG Düsseldorf scheint zu verkennen, dass sich die Ausführungen in dem Beschluss des OLG Hamm nur auf diese Konstellation (Teileigentum am *einzelnen* Stellplatz) beziehen und das OLG Hamm nicht davon ausgeht, dass auch im Falle der Begründung von Teileigentum an der gesamten Doppelstockgarage, die Hebevorrichtung zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen müsse.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass das OLG Düsseldorf die Frage der Sondereigentumsfähigkeit in Bezug auf die einzelnen Kfz-Stellplätze hätte entscheiden müssen. Denn sofern die Hebeeinrichtung zum Sondereigentum der Teileigentumseinheit gehörte, hätte nach dem oben (I.) geschilderten Grundsatz auch deren Unterhaltung den jeweiligen Sondereigentümern obliegen. Eine hiervon abweichende Regelung kann auch der Teilungserklärung – jedenfalls soweit sie vom OLG Düsseldorf in der Entscheidung wiedergegeben ist – nicht entnommen werden; denn die Regelung bezog sich nur auf die Instandhaltungskosten für das Gemeinschaftseigentum. Hierfür spricht vor allem der Wortlaut der Klausel, der durch die im unmittelbaren Anschluss vorgenommene Kostenregelung im Hinblick auf das „übrige Gemeinschaftseigentum“ (vgl. oben III., am Anfang) klar zum Ausdruck brachte, dass die Regelung sich auf die im Gemeinschaftseigentum stehenden Bestandteile der Tiefgarage beziehen sollte. Fehlt es wie hier an einer eindeutigen ausdrücklich abweichenden Regelung, ist davon auszugehen, dass die Kosten für die Instandhaltung des Sondereigentums vom jeweiligen Sondereigentümer zu tragen sind, weil diesem auch die ausschließliche Nutzung gebührt (arg. e § 14 Nr. 1 und e contrario § 16 Abs. 2 WEG).

Das OLG Düsseldorf hingegen entnimmt der Teilungserklärung auch eine Regelung zur Verteilung der Kosten und Lasten im Hinblick auf das Sondereigentum und scheint darüber hinaus der Ansicht zuzuneigen, dass eine Regelung in der Teilungserklärung, die die Kosten der Instandhaltung von im Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen auf die Eigentümergemeinschaft verteilt, unwirksam sei, weil sie gegen § 14 Nr. 1 WEG verstoße<sup>13</sup>. Selbst wenn man dieser Ansicht zustimmte und die Regelung über die Kostentragung in der Teilungserklärung für unwirksam hielte, käme es aber im Ergebnis auf die Eigentumsverhältnisse an den einzelnen Stellplätzen an, da dann die eingangs geschilderten gesetzlichen Regelungen (§ 14 Nr. 1 WEG einerseits und § 16 Abs. 2 WEG andererseits) zum Tragen kämen.

#### IV. Schlussfolgerungen

Festzuhalten ist, dass die auf einem Teileigentum errichtete Hebebühne einer Mehrfachgarage dem Sondereigentum an diesem Mehrfachstellplatz zuzurechnen ist, sofern nicht entgegen der h.M. – Teileigentum an den einzelnen Stellplätzen entstanden ist oder gem. § 5 Abs. 3 WEG die Hebebühne durch Vereinbarung dem gemeinschaftlichen Eigentum zugewiesen worden ist. Daher sind auch die Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten im Zweifel von den jeweiligen (Bruchteils-) Miteigentümern der Mehrfachgarage allein zu tragen.

Dieses Ergebnis ist auch interessengerecht, da der Verschleiß der mechanischen Teile der Hebebühnen stark vom jeweiligen

Gebrauch und folglich von der Benutzung durch die jeweiligen Eigentümer abhängt. Es wäre daher unbillig, die Eigentümer eines „Doppelparkers“ an den Kosten der Instandsetzung eines anderen „Doppelparkers“ innerhalb derselben Tiefgarage zu beteiligen, da sie auf das Maß der Nutzung des anderen „Doppelparkers“ keinerlei Einfluss haben. Erst Recht ist eine gleichmäßige Beteiligung aller Stellplatzeigentümer einer Tiefgarage dann nicht interessengerecht, wenn innerhalb der Tiefgarage auch Einzelstellplätze ohne Hebevorrichtung existieren.

Der besprochenen Entscheidung des OLG Düsseldorf sollte in der Praxis dadurch Rechnung getragen werden, dass in der Gemeinschaftsordnung die Kosten der Unterhaltung der Hebebühnen ausdrücklich den Teileigentümern (oder ggf. Sondernutzungsberechtigten) des jeweiligen „Mehrfachparkers“ zugewiesen werden, und zwar unabhängig davon, ob die Hebeeinrichtung im Sondereigentum oder aber im Gemeinschaftseigentum steht.

Rechtsanwalt *Martin Häublein*, wiss. Mit. FU-Berlin

#### 10. GBO § 35 (Nachweis der Erbfolge aufgrund notariellen Testaments)

**Die eidesstattliche Versicherung der Erben über das Fehlen weiterer Erben ist auch im Grundbuchverfahren als Nachweis der Erbfolge (in Verbindung mit einem notariell beurkundeten Testament) ausreichend. Zweifel daran müssen aus konkreten Umständen und mit logisch nachvollziehbaren Schlussfolgerungen begründbar sein.**

OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.1999 – 2 W 113/99 –

##### Zum Sachverhalt:

Unter dem 9.3.1999 hat die Beteiligte durch ihren Verfahrensbevollmächtigten ihre Eintragung als Eigentümerin nach ihrer verstorbenen Mutter beantragt. Dazu hat sie außer Grundstücksverkehrsgenehmigung und Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes beglaubigte Ablichtung des mit Eröffnungsvermerk versehenen notariell beurkundeten Berliner Testaments ihrer Eltern vom 26.3.1985 und notariell beurkundeten Erbauseinandersetzungsvertrag mit ihrem Bruder vom 13.12.1998 vorgelegt. Zu dem Berliner Testament findet sich unter II. die Regelung:

„Zu Erben des Zuletztverstorbenen von uns setzen wir ein die beim Tode des Zuerstverstorbenen von uns vorhandenen gemeinsamen Abkömmlinge zu gleichen Teilen“

und unter III:

„Sollte eines unserer gemeinsamen Abkömmlinge vor uns versterben, so soll dessen Anteil den anderen Abkömmlingen von uns zu gleichen Teilen zufallen ...“

Zu dem Erbauseinandersetzungsvertrag hat der Bruder der Beteiligten u. a. das alleinige Eigentum an dem betroffenen Grundstück übertragen. Beide haben die Auflassung erklärt und die Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch beantragt.

Nachdem der Rechtspfleger mit der angefochtenen Zwischenverfügung die Vorlage eines Erbscheins verlangt hatte, hat die Beteiligte mit Schriftsatz vom 17.3.1999 beglaubigte Kopien ihrer und der Geburtsurkunde ihres Bruders sowie beglaubigte Kopie einer eidesstattlichen Versicherung der beiden Geschwister vom 17.1.1999 vorgelegt, in der sie erklären, dass sie die einzigen Abkömmlinge ihrer Eltern seien.

Mit Schreiben vom 19.3.1999 hat der Rechtspfleger auf Vorlage eines Erbscheins bestanden und die Sache auf die förmliche Erinnerung der Beteiligten vom 24.3.1999 dem Landgericht als Beschwerde vorgelegt. Das Landgericht hat die Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, dass zwar der Nachweis, dass keine weiteren Ab-

<sup>12</sup> Vgl. OLG Hamm, OLGZ 1983,1, 5 (Fn. 2).

<sup>13</sup> Anders etwa *Weinauer/Liike*, WEG, § 14 Rdnr. 1, der mit der wohl h.M. davon ausgeht, dass § 14 WEG abdingbar ist.

kömmlinge vorhanden seien, grundsätzlich auch durch eine in öffentlicher Urkunde abgegebene eidesstattliche Versicherung geführt werden könne. Wenn aber Zweifel tatsächlicher Art am Fehlen weiterer Abkömmlinge verblieben, sei dennoch ein Erbschein zu verlangen. Solche Zweifel bestünden hier, da der Wortlaut des Testaments (ohne Zahl und Namen der vorhandenen Abkömmlinge) eher dafür sprechen, dass weitere Abkömmlinge bereits vorhanden gewesen seien. Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde war erfolgreich.

*Aus den Gründen:*

Die vom Landgericht gezogenen Schlüsse zur Begründung von Zweifeln am Fehlen weiterer Abkömmlinge der Erblasserin verstoßen nach Auffassung des Senats gegen Denkgesetze und berücksichtigten nahe liegende Erfahrungssätze nicht (*Keidel-Kahl* Rdnr. 47 zu § 27 FGG). Warum die Wahl der allgemeinen Formulierung ohne konkrete Aufzählung der 1985 vorhandenen Abkömmlinge dafür sprechen soll, dass „weitere Abkömmlinge“, also mehr als die Beteiligte und ihr Bruder schon damals vorhanden waren, ist nicht nachvollziehbar.

Für derartige Schlussfolgerungen aus einem Indiz oder mehreren feststehenden Indizien wird denkgesetzlich ein Erfahrungssatz benötigt, der eine Aussage über einen empirisch gesicherten (100%igen oder wahrscheinlichen) oder einen geschätzten Zusammenhang zwischen dem Indiz und der gesuchten Haupttatsache (hier etwa: Zahl der Abkömmlinge) erlaubt (*Bender/Nack*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Band 1, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, 2. Aufl. 1995, S. 195 ff, insbes. Rdnr. 366, 370, 371, 378 ff.). Ein solcher Erfahrungssatz müsste also logisch etwas aussagen über das gleichzeitige Vorliegen zwischen der gewählten allgemeinen Formulierung (Indiz) und (irgendeiner) Zahl von Abkömmlingen. Schon diese Kontrollüberlegung verweist den gezogenen Schluss aus dem Bereich des denkgesetzlich Zulässigen.

Auch wenn die angegebene Begründung für die allgemeine Formulierung im Testament beim damaligen Lebensalter der Verfügenden (56 und 48 Jahre) nicht eben wahrscheinlich erscheint, begründet dieser Umstand keine Zweifel am Wahrheitsgehalt der eidesstattlichen Versicherung. Nahe liegend ist vielmehr die bekannte Übung der Notare, vorhandene Textbausteine zu nehmen und möglichst wenig konkretes Schreibwerk durch Änderungen und Ergänzungen zu verursachen.

Aus dem Übrigen dem Grundbuchamt vorliegenden Material lässt sich ebenfalls nichts für ein – damit ja unterstellten – unredlichen Vorgehen der Beteiligten und ihres Bruders herleiten. Konkrete Zweifel gibt es also nicht, der Rechtspfleger hat sich also mit der eidesstattlichen Versicherung zur Schließung der Lücke zwischen Berliner Testament (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO) und beglaubigter Kopie der Geburtsurkunden der Erbvertragsparteien zu begnügen. Diese Rechtsauffassung des Landgerichts teilt der Senat mit der überwiegenden Rechtsprechung. Der vom Rechtspfleger wiederholt als rechtsdogmatisch gerechtfertigt bezeichnete Verweis auf das Erbscheinsverfahren des Nachlassgerichts in jedem Fall kommt nicht in Betracht.

Der vorliegende Fall macht deutlich, dass dem Nachlassgericht keine weiteren Feststellungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Das Familienbuch begründet Beweis allenfalls für die Existenz der eingetragenen Abkömmlinge, nicht für das Fehlen nicht eingetragener (OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 434) und welche Zeugen das Nachlassgericht vernehmen sollte, ist nicht ersichtlich. Vielmehr wird es sich ebenfalls mit einer eidesstattlichen Versicherung nach § 2356 BGB zufrieden geben.

## 11. BGB § 133 (*Auslegung einer Belastungsvollmacht*)

**Ist in einem notariellen Vertrag geregelt, dass der Käufer eines Grundstücks den Kaufgegenstand zur Finanzierung des Kaufpreises in Vollmacht des Eigentümers mit Grundpfandrechten belasten darf, und ist der Käufer weiter bevollmächtigt, „alle in diesem Zusammenhang erforderlichen Erklärungen Gericht und Gläubiger gegenüber abzugeben ...“, so kann, auch wenn sich der Verkäufer das Recht vorbehalten hat, vor einer dem Käufer bewilligten Vormerkung Grundpfandrechte eintragen zu lassen, die der Käufer zur Kaufpreisfinanzierung benötigte, die Auslegung der Vollmacht ergeben, dass der Käufer berechtigt sein sollte, auch den Rangvorbehalt „auszuüben“ und die Eintragung der zur Fremdfinanzierung benötigten Grundschuld herbeizuführen.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.12.1999 – 3 Wx 305/99 – mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligte zu 1) ist als Eigentümerin zweier Wohnungen in D. im Grundbuch eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 20.4.1999 veräußerte sie die Wohnungen an die Beteiligten zu 2). Der Kaufpreis betrug 850.000 DM.

In § 8 des Kaufvertrages heißt es unter der Überschrift Vollmachten:

Der Käufer finanziert den Kaufpreis – jedenfalls teilweise – durch Fremdmittel, zu deren Absicherung auf dem Kaufobjekt Grundpfandrechte eingetragen werden müssen. Der Verkäufer verpflichtet sich, an dieser Finanzierung durch die nachstehend erteilte Vollmacht mitzuwirken.

Der Verkäufer bevollmächtigt hiermit den Käufer – bei mehreren jeden allein – unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, den Kaufgrundbesitz mit Grundpfandrechten (nebst Zinsen und Nebenleistungen) in beliebiger Höhe zu belasten, alle in diesem Zusammenhang erforderlichen Erklärungen Gericht und Gläubiger gegenüber abzugeben und insbesondere den jeweiligen Eigentümer der dinglichen Zwangsvollstreckung nach dem Inhalt der Schuldurkunden zu unterwerfen.

In Abschnitt III der Urkunde haben die Beteiligten unter „Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt“ die Auffassung erklärt und die Eintragung einer Vormerkung bewilligt. Ferner ist unter der Überschrift „Rangvorbehalt“ Folgendes bestimmt:

Der Verkäufer – als derzeitiger Eigentümer des vorgenannten Grundbesitzes – behält sich das Recht vor, mit Rang vor der vorstehend für den Käufer zur Eintragung bewilligten Eigentumsübertragungsvormerkung, Grundpfandrechte bis zum Gesamtbetrag von DM 890.000,- nebst bis zu 20 v. H. Jahreszinsen vom Tage der Bewilligung des jeweiligen Grundpfandrechts an und einer einmaligen Nebenleistung bis zu 10% zur Eintragung zu bewilligen und zu beantragen. Der Rangvorbehalt darf nur einmal ausgenutzt werden. Die Eintragung eines dementsprechenden Rangvorbehalts wird hiermit bewilligt und beantragt. Mit schuldrechtlicher Wirkung wird vereinbart, dass der bewilligte Rangvorbehalt nur durch solche Grundpfandrechte samt bankseitig geforderter Zinsen und Nebenleistungen ausgenutzt werden darf, welche der Käufer zur Kaufpreisfinanzierung benötigt.

Am 28.4.1999 ist in den beiden o.a. Grundbüchern jeweils eine Auflassungsvormerkung für die Beteiligten zu 2) und der Vorrangvorbehalt für Grundpfandrechte bis zu 890.000 DM (unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 20.4.1999) eingetragen.

Am 18.6.1999 bestellten die Beteiligten zu 2) – in Vollmacht der Beteiligten zu 1) – eine Grundschuld über 890.000 DM zugunsten der Beteiligten zu 3). Ferner bewilligten und beantragten sie die Eintragung der Grundschuld unter Ausnutzung des Rangvorbehalts bei den eingetragenen Auflassungsvormerkungen mit Rang vor diesem Recht.

Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 21.6.1999 haben die Beteiligten zu 1) – 3) die Eintragung der Grundschuld mit

Zwangsvollstreckungsunterwerfung unter Ausnutzung des Rangvorbehalts beantragt.

Das Amtsgericht – Rechtspflegerin – hat mit Zwischenverfügung vom 23.6.1999 beanstandet, die Belastungsvollmacht umfasse nicht die durch die Eigentümerin zu erklärende Ausnutzung des Rangvorbehalts, es sei daher die Vorlage einer entsprechenden Erklärung in der Form des § 29 GBO erforderlich.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat – nachdem das Amtsgericht der Erinnerung nicht abgeholfen hat – beim Landgericht, das sich der Auffassung des Amtsgerichts angeschlossen hat, keinen Erfolg gehabt.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts wenden sich die Beteiligten zu 1) – 3) mit der weiteren Beschwerde. Diese hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

(...)

2. Die weitere Beschwerde ist begründet, weil das Landgericht zu Unrecht die Erklärung der Beteiligten zu 2) über die Eintragsbewilligung und den Eintragsantrag bezüglich der Grundschild „unter Ausnutzung des Rangvorbehalts“ als von der den Beteiligten zu 2) erteilten Vollmacht als nicht gedeckt angesehen hat.

Das Landgericht hat insoweit ausgeführt, die Auslegung der Vollmacht ergebe, dass die Belastungsvollmacht für die Beteiligten zu 2) sich nur auf die Bestellung der Grundschild einschließlich der Unterwerfung des jeweiligen Eigentümers nach § 800 ZPO, nicht aber auf die Ausnutzung des Rangvorbehalts erstrecke. Die Vereinbarung über den Rangvorbehalt sei erst nach der unter II. im Kaufvertrag der notariellen Urkunde erteilten Belastungsvollmacht getroffen worden, was dafür spreche, dass die Vollmacht die Ausnutzung des Rangvorbehalts gerade nicht umfassen sollte. Die Ausnutzung eines dem Eigentümer eingeräumten Rangvorbehalts gehöre zudem nicht zum Inhalt des Grundpfandrechtes, sie sei deshalb nicht notwendigerweise mit der Beleihung und Belastung von Grundstücken verbunden.

Auch die Formulierung, „alle in diesem Zusammenhang erforderlichen Erklärungen ... abzugeben“, berechne die Beteiligten zu 2) nicht zur Ausnutzung des Rangvorbehalts.

Diese Erwägungen begegnen rechtlichen Bedenken.

Bei der Auslegung einer notariellen Urkunde ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Leser als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Es darf demnach bei der Auslegung nicht nur auf den Wortlaut abgestellt werden. Vielmehr ist zu prüfen, welches Ziel mit der Erklärung verfolgt wurde, wobei sich der Sinngehalt einer beurkundeten Erklärung unter Umständen erst erschließt, wenn man den übrigen Inhalt der Urkunde in die Beurteilung mit einbezieht.

Bei Berücksichtigung dieser Auslegungsgrundsätze kann für den unbefangenen Leser kein Zweifel bestehen, dass die Beteiligten zu 1) und 2) *auch* hinsichtlich der Ausnutzung des Rangvorbehalts eine Regelung treffen wollten, die geeignet war, im Rahmen der den Beteiligten zu 2) als Erwerberrin eingeräumten Nutzung des Grundbesitzes zur Fremdfinanzierung die Eintragung der Grundschild mit Rang vor der bereits eingetragenen Auflassungsvormerkung herbeizuführen.

Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Dem Gesamthalt der notariellen Urkunde vom 20.4.1999 ist zu entnehmen, dass die Erklärungen der Beteiligten so gefasst und darauf gerichtet sind, dass ohne weitere Mitwirkung der Beteiligten zu 1) – alle mit der Belastung des Grundeigentums

und der Eigentumsübertragung im Zusammenhang stehenden Eintragungen im Grundbuch sollten vollzogen werden können.

Die Vollmachtserteilung für die Beteiligten zu 2) in § 8 des notariellen Kaufvertrages hat ausdrücklich die Verpflichtung der Beteiligten zu 1) zur Grundlage, an der beabsichtigten, durch Eintragung von Grundpfandrechten gesicherten Finanzierung durch Fremdmittel mitzuwirken. Bevollmächtigt der Eigentümer des Grundbesitzes den Erwerber aber, den Kaufgrundbesitz mit Grundpfandrechten zu belasten und „alle in diesem Zusammenhang erforderlichen Erklärungen gegenüber Gericht und Gläubiger abzugeben“, so bezieht sich die Vollmacht nicht allein auf den eigentlichen Beleihungsvorgang, d.h. die Bestellung des Grundpfandrechtes, sondern bestimmt darüber hinaus, welche Erklärungen – nämlich die erforderlichen – der Käufer im Namen des Verkäufers berechtigt abgeben darf, wenn er den Grundbesitz zur Absicherung der Finanzierung nutzt. Da hier die „Ausnutzung“ des Rangvorbehalts im Rahmen der Fremdfinanzierung des Kaufpreises erforderlich war, kann nicht bezweifelt werden, es entspricht allgemeiner Praxis der Gläubigerbanken, bei einer Immobilienfinanzierung Darlehen von einer Sicherung durch Grundpfandrechte – in der Regel an erster Stelle – abhängig zu machen. Dies setzt voraus, dass die erste Rangstelle entweder „frei gemacht“ oder aber „frei gehalten“ wird. Wollte man die Ausnutzung des Rangvorbehalts ungeachtet der erteilten Belastungsvollmacht allein der Beteiligten zu 1) zugestehen, so wäre die erteilte Vollmacht, die ja gerade die Fremdfinanzierung erst ermöglichen sollte, bezüglich der Belastung mit Grundpfandrechten weitgehend wertlos (vgl. OLG Düsseldorf OLG Report 1998, 398, 399).

Im Interesse der Eigentümerin lag auch in erster Linie der Rangvorbehalt selbst, nicht dagegen die Ausnutzung des Rangvorbehalts durch eine von ihr persönlich abzugebende Erklärung. Nach dem gesamten Inhalt des Vertrages war die erste Rangstelle für die vom Käufer zur Kaufpreisfinanzierung benötigten Grundpfandrechte „reserviert“. Die Beteiligten zu 1) war daher, wie sich aus der schuldrechtlichen Vereinbarung zum Rangvorbehalt (S. 14 oben des Kaufvertrages) ergibt, jedenfalls im Verhältnis zu den Beteiligten zu 2) – rechtlich gehindert, Grundpfandrechte nach ihren eigenen Vorstellungen, die nicht der Kaufpreisfinanzierung dienen, eintragen zu lassen. Die Bestellung der Grundschild zugunsten der Beteiligten zu 3) in Verbindung mit der Ausnutzung des Rangvorbehalts liegt zudem nicht nur im Interesse der Erwerberin, sondern auch der Beteiligten zu 1) als Veräußerin des Grundbesitzes, denn sie ist daran interessiert, den vereinbarten Kaufpreis möglichst rasch zu erhalten und den notariellen Kaufvertrag weiter grundbuchlich vollziehen zu lassen. Mit einer Auszahlung des ihr abgetretenen Darlehensanspruchs der Beteiligten zu 2) durch die Beteiligte zu 3) konnte die Beteiligte zu 1) aber erst dann rechnen, wenn deren Rückzahlungsanspruch dinglich gesichert war.

Angesichts der weiter in dem notariellen Kaufvertrag enthaltenen Bestimmungen, die der Absicherung der Beteiligten zu 1) dienen, ergibt die Auslegung der den Beteiligten zu 2) erteilten Vollmacht unter Berücksichtigung des Gesamthalt des Vertrages, dass es – entgegen der Auffassung der Vorinstanzen – einer besonderen Erklärung der Beteiligten zu 1) hinsichtlich der Ausnutzung des Rangvorbehalts nicht bedarf.

12. BGB §§ 164, 185 GBO § 19 (Zur Reichweite einer Belastungsvollmacht für Käufer)

**Erteilt der Verkäufer eines Grundstückes dem Käufer die Vollmacht, das Grundstück schon vor Eigentumsübergang mit Grundpfandrechten zu belasten und die entsprechenden Grundbucheintragungen abzugeben, liegt hierin regelmäßig auch die Einwilligung (§ 185 Abs. 1 BGB), dass der Käufer die entsprechende materiell-rechtliche Verfügung sowie die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung im eigenen Namen erklärt.**

OLG Naumburg, Beschluss vom 15.3.1999 – 11 Wx 13/98 –

*Zum Sachverhalt:*

Der Beteiligte verkaufte mit notarieller Urkunde vom 16.4.1996 das im Beschlussrubrum aufgeführte Grundstück zum Preis von 320.055,00 DM die W. L. GmbH, deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beteiligte ist. In der Kaufvertragsurkunde findet sich folgender Wortlaut:

„Um dem Käufer die Finanzierung des Kaufpreises zu ermöglichen, erteilt ihm der Verkäufer hiermit unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB

V o l l m a c h t

das Grundstück ... mit Grundpfandrechten in beliebiger Höhe nebst Zinsen und Nebenleistungen zu belasten, den jeweiligen Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in den Kaufgegenstand zu unterwerfen, Rangänderungen zuzustimmen und alle Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen, die zur Eintragung der Grundpfandrechte erforderlich sind, ohne ihn jedoch persönlich zu verpflichten“.

Zu notarieller Urkunde vom 25.9.1996 bestellte die GmbH, handelnd durch ihren alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer in Person des Beteiligten, an dem Grundstück der Volksbank Kreis B. eine Grundschuld in Höhe von 800.000,00 DM. Unter Ziff. 3 der Grundschuldbestellungsurkunde wird „vom Eigentümer“ bewilligt und beantragt, die Grundschuld in das Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat den Antrag am 11. 10. 1996 vollzogen.

Mit Schriftsatz vom 13.1.1998 beantragte der Beteiligte, gegen die Eintragung der Grundschuld gemäß § 53 Abs. 1 GBO zu seinen Gunsten einen Amtswiderspruch einzutragen, weil das Grundbuch unrichtig sei. Der Beteiligte habe die Erklärungen in der Grundschuldbestellungsurkunde nicht im eigenen Namen, sondern ausschließlich als Geschäftsführer der GmbH abgegeben. Die GmbH wiederum habe die beurkundeten Erklärungen nicht – auf Grund der ihr im Kaufvertrag erteilten Belastungsvollmacht – als Vertreter des Beteiligten abgegeben.

Grundbuchrechtspfleger und -richter halfen der Erinnerung nicht ab. Der Grundbuchrichter hat die Sache daher dem Landgericht zur Beschwerdeentscheidung vorgelegt. Dieses hat die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Das Rechtsmittel des Beteiligten ist zulässig. Es ist gem. § 78 Satz 1 GBO statthaft und wurde in der in § 80 Abs. 1 u. 2 GBO vorgesehenen Form eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten folgt aus der Zurückweisung seiner Erstbeschwerde.

2. Die weitere Beschwerde des Beteiligten hat in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht zwar auf einer Gesetzesverletzung im Sinne der §§ 78 GBO, 550 ZPO. Sie erweist sich jedoch aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig, sodass die weitere Beschwerde zurückzuweisen ist (§§ 78 Satz 2 GBO, 563 ZPO).

a) Das Landgericht hat ausgeführt:

Die GmbH habe als Vertreterin des Beteiligten die Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO wirksam abgegeben. Einer Erklärung, im Namen des Vertretenen zu handeln, habe es nicht bedurft, weil sich für das Grundbuchamt bereits aus der fehlenden Eigentumsumschreibung auf die GmbH ergeben habe, dass die Eintragungsbewilligung im Namen des Beteiligten abgegeben werde.

b) Die Auffassung der Beschwerdekammer nur hält im Ergebnis rechtlicher Überprüfung stand.

Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist ein Amtswiderspruch in das Grundbuch einzutragen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist.

aa) Das Grundbuchamt hat die Eintragung der Grundschuld nicht unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften vorgenommen. Die erforderliche Eintragungsbewilligung war wirksam erteilt.

Nicht frei von Rechtsfehlern ist allerdings die Auffassung des Landgerichts, die GmbH habe, durch den Beteiligten als Geschäftsführer handelnd, die Eintragungsbewilligung des § 19 GBO den Umständen nach im Namen des Beteiligten abgegeben.

Zutreffend ist zunächst der Ausgangspunkt des Landgerichts, wonach die verfahrensrechtliche Erklärung der Eintragungsbewilligung im Sinne von § 19 GBO auch durch einen Vertreter abgegeben werden kann. Sie braucht nicht ausdrücklich im Namen des Vertretenen erklärt zu werden; es genügt, dass sich dies aus den Umständen eindeutig ergibt (BayOBLG Rpf. 1992, 99, 100; *Demharter*; GBO, 22. Aufl., § 19 Rdnr. 74). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB). Es ist vielmehr anhand der Umstände zu ermitteln, ob der Geschäftsführer der GmbH die Erklärung im Namen des Beteiligten abgegeben hat, er also der rechtlich Erklärende gewesen ist (BayOBLG a.a.O.; *Schramm* in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl., § 164 Rdnr. 21; *Staudinger/Schilken*, BGB, 13. Bearb., § 164 Rdnr. 1). Maßgebend für die Rechtswirkungen der Vertretung ist der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der von dem Vertreter abgegebenen Erklärung, also der Zugang an einen Empfangsberechtigten (OLG Düsseldorf Rpf. 1961, 46, 47 f.; KG DNotZ 1972, 615, 617; *Demharter*; § 19 Rdnr. 74). Die Würdigung der in der Grundschuldbestellungsurkunde vom 25.9.1996 abgegebenen Erklärungen ergibt indes nicht mit der erforderlichen Sicherheit, dass die GmbH die Eintragungsbewilligung den Umständen nach im Namen des Beteiligten abgegeben hat. Sie enthält keinen ausreichenden Hinweis darauf, dass die GmbH die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen – zumindest auch – im Namen des Beteiligten abgab. In dem mit „Eigentümer“ überschriebenen Feld der Urkunde ist maschinenschriftlich der Name des Beteiligten mit dem Zusatz „handelnd als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der ... GmbH“ enthalten, nicht jedoch der Hinweis, dass diese wiederum in Vertretung des Beteiligten handele. Danach ist auch die unter Zf. 3. der Urkunde vom „Eigentümer“ abgegebene Eintragungsbewilligung als Erklärung der GmbH in eigenem Namen aufzufassen und nicht als solche im Namen des Beteiligten oder als eigene Erklärung des Beteiligten. Zumindest bleiben insoweit nicht überwindbare Zweifel. Im Zeitpunkt des Eingangs des Eintragungsantrags war daher für das Grundbuchamt aus den Um-

ständen nicht eindeutig zu entnehmen, ob die GmbH die Eintragungsbewilligung im Namen des Beteiligten abgegeben hatte. Allein der Umstand, dass dem Grundbuchamt der Kaufvertrag vom 16.4.1996 vorlag und ihm daher die der GmbH dort erteilte Belastungsvollmacht bekannt war, führte demgemäß nicht dazu, dass die Bewilligung unter Missachtung der oben dargestellten Grundsätze als Vertretererklärung behandelt werden durfte. Allein das Vorliegen einer Vollmacht führt noch nicht dazu, dass der Bevollmächtigte auch als Vertreter handelt. Er muss vielmehr nach außen erkennbar von der Vollmacht Gebrauch machen. Dies war hier nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellbar. Wegen dieser Zweifel war von einer Bewilligungserklärung der GmbH in eigenem Namen auszugehen.

bb) Der Umstand, dass kein wirksames Vertretergeschäft der GmbH vorliegt, weil sie nicht ausdrücklich im Namen der Beteiligten die Eintragungsbewilligung abgegeben hat, führt aber nicht dazu, dass das Grundbuchamt die Grundschuld unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften i.S.v. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO eingetragen hätte. Denn die in der notariellen Kaufvertragsurkunde zugunsten der GmbH eingeräumte Belastungsvollmacht enthält zugleich eine Ermächtigung der GmbH durch den Beteiligten, die Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO im eigenen Namen abzugeben.

Die Verfügungsermächtigung macht eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, sowohl im Verhältnis zum Erwerber wie auch im Verhältnis zum bisherigen Rechtsinhaber wirksam (§ 185 Abs. 1 BGB). Auf die verfahrensrechtliche Erklärung der Eintragungsbewilligung findet § 185 BGB entsprechende Anwendung (OLG Düsseldorf, NJW 1963, 162; BayObLG, RpfL 1970, 431, 432; 1992, 99, 100; *Demharter*, § 19 Rdnr. 73). Ob im Einzelfall eine Ermächtigung oder eine Vollmacht gewollt ist, muss im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ermittelt werden. Entscheidend ist nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung, sondern Sinn und Zweck ihrer Erklärung (RGZ 53, 274, 275). Eine Ermächtigung kann daher nach Lage des Falles eine Vollmacht, eine Einwilligung aber auch beides darstellen (OLG München, DNotZ 1974, 229, 230; OLG München, DB 1973, 1693; *Staudinger/Gursky*, § 185 Rdnr. 29; *Schramm*, § 185 Rdnr. 35, unter Hinweis auf RGZ, 135, 378, 392 für den Fall einer Auflassungsermächtigung). Ausgehend von der Interessenlage bezweckte der Beteiligte mit der Einräumung der Belastungsvollmacht zugunsten der GmbH, dieser bereits vor Eigentumsumschreibung die Belastung des gekauften Grundstückes mit Grundpfandrechten zu ermöglichen. Für den Beteiligten machte es nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages keinen Unterschied, ob die von ihm zur Belastung mit Grundpfandrechten bevollmächtigte GmbH die materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Erklärungen im eigenen Namen oder als seine Stellvertreterin abgab. War es für den Beteiligten rechtlich aber ohne Belang, ob die GmbH die Eintragungsbewilligung in eigenem oder in seinem Namen abgab, beinhaltet die Belastungsvollmacht gleichzeitig konkludent eine Ermächtigung zugunsten der GmbH, diese Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt im eigenen Namen abzugeben.

cc) Aus demselben Grunde ist das Grundbuch durch die Eintragung der Grundschuld auch nicht unrichtig im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO geworden. Die GmbH war materiellrechtlich berechtigt (§ 185 BGB), das Grundstück des Beteiligten in eigenem Namen mit der Grundschuld zu belasten.

13. BGB § 1821 (*Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Erfüllung von Erblasserverbindlichkeiten*)

**Zu den Voraussetzungen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (hier: Erfüllung einer Erblasserverbindlichkeit).**

BayObLG, Beschluss vom 10.11.1999 – 3Z BR 185/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Der Betroffene ist seit seiner Geburt geistig behindert und pflegebedürftig. Er lebt bei seinem Vater und seinem Bruder. Zusammen mit diesen und einer Schwester ist er – zu 1/6 – gesetzlicher Erbe seiner am 13.2.1986 verstorbenen Mutter.

Mit Beschluss vom 10.10.1994 bestellte das Vormundschaftsgericht den Vater des Betroffenen als Betreuer unter anderem mit dem Aufgabenkreis „Vermögenssorge einschließlich sämtlicher Wohnungsangelegenheiten ohne Erbauseinandersetzung“. Die Bestellung eines weiteren Betreuers mit dem Aufgabenkreis Vertretung im Nachlassverfahren einschließlich der Auseinandersetzungsverträge wurde am 26.10.1998 aufgehoben.

Am 24.11.1998 schlossen die Mitglieder der Erbengemeinschaft einen Auflassungsvertrag, der der Erfüllung der Übergabepflichtung diente, die die Eltern des Betroffenen bereits am 18.10.1974/19.4.1979 dem Bruder des Betroffenen gegenüber eingegangen waren. Mit Vollzug dieser Urkunde sollen der Bruder und die Schwägerin des Betroffenen in Gütergemeinschaft Eigentümer des gesamten landwirtschaftlichen Anwesens werden. Für den Betroffenen ist unter anderem ein Wohnrecht vereinbart.

Das Vormundschaftsgericht versagte am 1.12.1998 die Genehmigung des Vertrags. Die Beschwerde des Betroffenen wies das Landgericht am 21.5.1999 zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Betroffenen mit Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Zwar unterscheidet sich der notarielle Vertrag vom 24.11.1998 von einem früheren, dessen Genehmigung ebenfalls verweigert worden sei. Dennoch seien die Interessen des Betroffenen nicht ausreichend gewahrt. Das landwirtschaftliche Anwesen, dessen Miteigentümerin die Mutter zur Hälfte gewesen sei, habe einen beträchtlichen Wert, wobei mangels Gutachtens von annähernd 1 Mio. DM auszugehen sei. Daran habe sich der Wert dessen zu orientieren, was dem Betroffenen in der Erbauseinandersetzung zufließen sollte. Seinem Anspruch sei keinesfalls dadurch Genüge getan, dass er DM 5.000,- als Elterngut und ein Wohnrecht auf Lebenszeit erhalte. Dieses Wohnrecht sei wegen der Pflegebedürftigkeit nur dann von Nutzen, wenn dem Betroffenen auch Wart und Pflege gewährt werde. Eine derartige Verpflichtung sei aber nicht enthalten. Das Wohnrecht erlösche, wenn der Betroffene auf Grund seiner Pflegebedürftigkeit in einem Heim untergebracht werde. Vorteile ideeller Art für den Betroffenen seien nicht zu sehen. Für die Familie bestehe vielmehr der Anreiz, den Betroffenen, insbesondere nach dem Tode des Vaters, in einem Heim unterzubringen.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung gemäß § 27 FGG, § 550 ZPO nicht stand.

Maßgebend für die hier gemäß § 1908i, § 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1829 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche vormundschaftliche Genehmigung ist das Interesse des Betroffenen (vgl. BayObLG FamRZ 1989, 540/541; 1990, 208). Hierbei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, die im Rechtsbeschwerdeverfahren dahin zu überprüfen ist, ob das Beschwerdegericht von seinem Ermessen keinen oder einen

rechtlich fehlerhaften, Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch gemacht oder wesentliche Umstände unerörtert gelassen hat. Letzteres ist hier der Fall. Die Kammer berücksichtigt nicht, dass auf den Betroffenen mit dem Erbfall auch die Verpflichtungen übergegangen sind, die die Mutter als Erblasserin eingegangen war, aber noch nicht erfüllt hatte. Vielmehr legt das Landgericht einen Prüfungsmaßstab an, als stehe die Erfüllung der Verbindlichkeit im Belieben des Betroffenen und sei deshalb frei verhandelbar.

3. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar, § 27 Abs. 1 FGG, § 563 ZPO.

Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist zwar dann nicht zu erteilen, wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft offensichtlich ungültig ist, insbesondere wenn der Betreuer bei der Abgabe der Willenserklärung für den Betroffenen von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen ist (vgl. BayObLG FamRZ 1983, 92/94; KG JW 1936, 1439/1440; MünchKomm/Schwab BGB 3. Aufl. § 1828 Rdnr. 21; Palandt/Diederichsen BGB 58. Aufl. 1828 Rdnr. 4; Soergel/Damrau BGB 12. Aufl. 1828 Rdnr. 10).

Ein derartiger Vertretungsmangel liegt hier jedoch nicht vor. Der Betreuer ist nicht gemäß § 1908i Abs. 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen, da der notarielle Vertrag, der vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden soll, ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Auch handelt es sich bei der vorliegenden Berichtigung einer Nachlassverbindlichkeit noch nicht um eine „Erbauseinandersetzung“, die in der Bestallungsurkunde vom Aufgabenkreis ausgenommen worden ist.

4. Der Rechtsfehler führt zwar zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen, zwingt aber nicht zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Der Senat kann selbst entscheiden, weil weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind (vgl. BayObLGZ 1997, 315/320). Es sind nämlich keine Umstände ersichtlich, die es im Mündelinteresse geboten erscheinen lassen, die Erfüllung der zweifelsfrei entstandenen Verbindlichkeit zu verweigern und es etwa auf eine Klage des Gläubigers ankommen zu lassen.

---

14. BGB § 133, § 2100, § 2096 (*Wirkung der Testamentsanfechtung auf frühere Verfügung von Todes wegen*)

- 1. Wird ein späteres gemeinschaftliches Testament durch Anfechtung des überlebenden Ehegatten wegen Wiederheirat unwirksam, so wird ein früheres Einzeltestament des vorverstorbenen Ehegatten, das gemäß § 2258 BGB als durch das gemeinschaftliche Testament widerrufen galt, wieder wirksam.**
- 2. Zur Auslegung eines privatschriftlichen Einzeltestaments, in dem der Erblasser seinen Ehegatten zum Erben eingesetzt und bestimmt hat, dass „nach beider Tod“ der gemeinsame Sohn „Gesamterbe“ sein soll.**

BayObLG, Beschluss vom 9.6.1999 – 1Z BR 53/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Zum Sachverhalt:*

Die 1997 verstorbene Erblasserin war mit dem Beteiligten zu 1 verheiratet. Aus der Ehe stammen zwei Kinder, ein Sohn (Beteiligter zu 2) und eine Tochter (Beteiligte zu 3). Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus dem halben Miteigentumsanteil an einem Hausgrundstück, das mit Grundpfandrechten belastet ist.

Die Erblasserin hat am 7.12.1993 ein privatschriftliches Testament errichtet, das folgenden Inhalt hat:

„Ich ... setze als nachfolgenden Erbe, nach meinem Tode meinen Ehemann ... (Beteiligter zu 1) ein. Nach beider Tode unserem Sohn ... als Erbe gesamt Erbe ein.“

Am 15.7.1994 haben die Eheleute zusammen privatschriftlich ein gemeinschaftliches Testament errichtet. Darin haben sie sich gegenseitig zu Erben eingesetzt. Zum Erben des Überlebenden haben sie den Sohn bestimmt, ersatzweise die Kinder des Sohnes des Ehemanns aus dessen erster Ehe. Die Tochter haben sie von der Erbfolge ausgeschlossen.

Nach dem Tod der Erblasserin ist dem Ehemann auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Testaments ein Erbschein als Alleinerbe erteilt worden. Nachdem der Ehemann am 6.5.1998 erneut geheiratet hatte, hat er zu notarieller Urkunde vom 14.9.1998, dem Nachlassgericht zugegangen am 16.9.1998, das gemeinschaftliche Testament angefochten.

Der Beteiligte zu 2 geht davon aus, dass er in dem nunmehr maßgebenden Testament vom 7.12.1993 zum Nacherben berufen sei, und hat deshalb die Einziehung des Erbscheins beantragt. Dagegen ist das Nachlassgericht der Auffassung, dass der Ehemann auch auf Grund dieses Testaments zum alleinigen Vollerben eingesetzt sei. Es hat deshalb den Einziehungsantrag mit Beschluss vom 24.11.1998 abgelehnt. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 2 hat das Landgericht diese Entscheidung aufgehoben und das Nachlassgericht angewiesen, den Erbschein als unrichtig einzuziehen. Diese hatte in der Sache keinen Erfolg.

Das Nachlassgericht hat inzwischen die Einziehung des Erbscheins angeordnet, der Beteiligte zu 1 hat die ihm erteilte Ausfertigung aber bisher nicht zurückgegeben.

#### *Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, für die Erbfolge sei nach der wirksamen Anfechtung des gemeinschaftlichen Testaments nunmehr das privatschriftliche Testament vom 7.12.1993 maßgebend. Dieses sei dahin auszulegen, dass die Erblasserin ihren Ehemann zum befreiten Vorerben, den Beteiligten zu 2 zum Nacherben eingesetzt habe und als Nacherbfall den Tod des Ehemanns bestimmt habe. Aus dem Testament sei als Ziel der Erblasserin zu entnehmen, dass zunächst der überlebende Ehemann abgesichert werden solle, nach dessen Tod aber die Substanz des Nachlasses nicht an dessen möglicherweise anderen Erben, sondern an den gemeinsamen Sohn, den Beteiligten zu 2, fallen solle. Dies sei bei dem Testament vom 7.12.1993, anders als bei dem gemeinschaftlichen Testament, nur durch die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft erreichbar gewesen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) stand.

a) Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Erbschein als unrichtig einzuziehen ist (§ 2361 Abs. 1 Satz 1 BGB), wenn die Voraussetzungen für seine Erteilung nicht (mehr) gegeben sind, d.h. wenn das Nachlassgericht ihn, hätte es über seine Erteilung gemäß § 2359 BGB zu befinden, nicht mehr erteilen dürfte (vgl. BayObLGZ 1997, 59/63).

b) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass für die Erbfolge nunmehr das Testament vom 7.12.1993 maßgebend ist.

Nach dem Tod der Erblasserin stand dem Beteiligten zu 1 als dem länger lebenden Ehegatten in entsprechender Anwendung der Bestimmungen über den Erbvertrag (§§ 2281 bis 2285 BGB) das Recht zu, seine ihn bindenden wechselbezüglichen letztwilligen Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament vom 15.7.1994 unter den Voraussetzungen der §§ 2078, 2079 BGB anzufechten (BGHZ 37, 331/333;

*Palandt/Edenhofer* BGB 58. Aufl. 2271 Rdnr. 27), da er erneut geheiratet hatte und damit durch die Verfügungen ein nachträglich entstandener Pflichtteilsberechtigter übergangen war (§ 2079 Satz 1 BGB; BGH FamRZ 1970, 79/80). Von dieser Befugnis hat der Beteiligte zu 1 fristgerecht (§ 2283 BGB) und formwirksam 2282 Abs. 3 BGB gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht (§ 2281 Abs. 2 BGB, vgl. *Palandt/Edenhofer* § 2281 Rdnr. 6) Gebrauch gemacht. Dadurch ist seine Verfügung in dem gemeinschaftlichen Testament zugunsten des Beteiligten zu 2 rückwirkend unwirksam geworden (§ 142 Abs. 1 BGB). Dies führte zur Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung der Erblasserin zugunsten des Beteiligten zu 1 in dem gemeinschaftlichen Testament (§ 2270 Abs. 1 BGB), da diese zu der angefochtenen Verfügung im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stand (vgl. § 2270 Abs. 2 BGB; vgl. auch *Palandt/Edenhofer* § 2271 Rdnr. 34). Dies hat zur Folge, dass die frühere letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 7.12.1993, soweit sie gemäß § 2258 BGB durch das spätere gemeinschaftliche Testament aufgehoben worden war, wieder als von Anfang an wirksam anzusehen ist (*Staudinger/Kanzleiter* BGB 13. Bearb. § 2271 Rdnr. 76).

c) Das Landgericht hat zutreffend erkannt, dass die letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 7.12.1993 mehrdeutig ist und daher der Auslegung bedarf. Es hat diese Verfügung im Sinn der Anordnung einer befreiten Vorerbschaft zugunsten des Beteiligten zu 1 und einer Nacherbschaft zugunsten des Beteiligten zu 2 ausgelegt. Diese Auslegung hat der Senat im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Verfahrensfehler sowie dahin zu überprüfen, ob sie nach den Denkgesetzen und Erfahrungen möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht und alle wesentlichen Umstände, insbesondere den klaren Sinn und Wortlaut der Verfügung berücksichtigt (vgl. BayObLGZ 1991, 173/176 und BayObLG FamRZ 1994, 1554/1555). Nach diesen Grundsätzen ist die Auslegung des Landgerichts nicht zu beanstanden.

aa) Das Landgericht hat die erforderlichen Ermittlungen durchgeführt. Insbesondere musste es den Beteiligten zu 1 nicht persönlich anhören. Dieser hatte Gelegenheit, seine Auffassung vor dem Rechtspfleger persönlich darzulegen. Sowohl im Verfahren vor dem Nachlassrichter wie auch im Beschwerdeverfahren bestand ausreichend Gelegenheit, die aus der Sicht des Beteiligten zu 1 wesentlichen Umstände und Gesichtspunkte vorzutragen. Das Landgericht durfte daher im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens zu dem Schluss gelangen, dass von einer persönlichen Anhörung weitere sachdienliche, die Entscheidung beeinflussende Ergebnisse nicht zu erwarten waren, und deshalb von einer solchen Ermittlungsmaßnahme absehen (vgl. BGHZ 40, 54/57, BayObLGZ 1983, 153/161 und BayObLG NJW-RR 1997, 7/8).

bb) Das Landgericht ist von den allgemein anerkannten Grundsätzen für die Auslegung letztwilliger Verfügungen ausgegangen. Es ist zu dem Ergebnis gekommen, dass es das Ziel der Erblasserin gewesen sei, zwar zunächst den Beteiligten zu 1 als ihren Ehemann das Vermögen zu überlassen, nach dem Tod auch des Ehemanns aber das dann noch vorhandene Vermögen dem Beteiligten zu 2, ihrem leiblichen Sohn, zufließen zu lassen. Unter Beachtung dieses Willens hat es das Testament dahin ausgelegt, dass der Beteiligte zu 1 als befreiter Vorerbe bis zu seinem Tod, der Beteiligte zu 2 als Nacherbe eingesetzt ist.

Diese Auslegung ist nahe liegend und wird durch den Wortlaut des Testaments gestützt. Denn danach soll der Beteiligte zu 2 „nach beider Tod“, d.h. nach dem Tod beider Ehegatten,

Erbe sein, und zwar „Gesamterbe“. Die Formulierung „nach beider Tod“ kann zwar nach ihrem Wortsinn alle Fallkonstellationen des Versterbens der Eheleute umfassen (vgl. BayObLG FamRZ 1998, 1332/1333). Hier kommt aber hinzu, dass der Beteiligte zu 2 nach dem Willen der Erblasserin „Gesamterbe“ werden, also das Vermögen beider Ehegatten erhalten und damit auf jeden Fall erben sollte. Daraus hat das Landgericht zu Recht den Schluss gezogen, dass es der Erblasserin (zumindest auch) darauf ankam, dem Sohn ihr Vermögen zu sichern.

Dieser Schluss liegt auch deshalb nahe, weil der Beteiligte zu 2 in dem späteren gemeinschaftlichen Testament zum Schluss erben eingesetzt worden ist und diese Erbeinsetzung durch die Bindung des überlebenden Ehegatten an seine entsprechende wechselbezügliche Verfügung (vgl. § 2270 Abs. 2 BGB) abgesichert war. In einem Einzeltestament konnte dem Beteiligten zu 2, wie das Landgericht zu Recht bemerkt, eine derart gesicherte Rechtsposition hinsichtlich des Nachlasses der Erblasserin zwar über eine Vor- und Nacherbschaft verschafft werden, nicht aber durch die Einsetzung als Ersatzerbe. Dann aber würde es dem Willen der Erblasserin nicht gerecht, in der Erwähnung des Sohnes als Erbe lediglich eine Ersatzerbeinsetzung zu sehen, und zwar für den Fall, dass der Beteiligte zu 1 vor der Ehefrau verstirbt. Denn dann wäre der Ehemann, anders als bei Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments, in seiner Verfügung über den Nachlass vollständig frei. Er könnte familienfremde Dritte bedenken. Dass dies dem Willen der Erblasserin entspräche, liegt sowohl nach dem Testamentswortlaut wie auch nach den Umständen und der Lebenserfahrung (vgl. dazu BayObLG FamRZ 1998, 1332/1333) fern. Darüber hinaus war ein Vorversterben des Ehemannes auch keineswegs wahrscheinlich. Denn die Erblasserin hat, wie der Beteiligte zu 1 selbst vorträgt, die Testamente während einer schweren Krankheit abgefasst.

Da das Landgericht den Erblasserwillen festgestellt hat, musste es sich mit der Auslegungsregel des § 2102 Abs. 2 BGB nicht auseinander setzen (BayObLG FamRZ 1998, 1332/1333).

d) Da der Beteiligte zu 2 zum Nacherben eingesetzt ist, ist der dem Beteiligte zu 1 erteilte Erbschein unrichtig. Denn es fehlt der gemäß § 2363 Abs. 1 Satz 1 BGB gebotene Nacherbenvermerk (*Palandt/Edenhofer* § 2363 Rdnr. 8).

---

15. § 2325 Abs. 3 BGB (*Leistung i. S. d. § 2325 BGB bei vorbehaltenem Wohnungsrecht*)

**Überträgt ein Erblasser das mit einem Einfamilienhaus bebaute Grundstück an den späteren Erben, behält er sich aber dort ein lebenslängliches Wohnrecht vor und trifft er weiter Vorsorge, dass er wesentlichen Einfluss auf die weitere Verwendung des Hausgrundstücks hat, so liegt hierin keine Leistung i.S.d. 2325 Abs. 3 BGB.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.1998 – 7 U 78/98 (rkr.) –, mitgeteilt von *H. C. Ibold*, Richter am OLG

*Aus den Gründen:*

Die Berufung der Beklagten, mit der sie sich dagegen wendet, Auskunft über den Wert des Hausgrundstücks der Erblasserin in B. erteilen zu müssen, ist nicht gerechtfertigt.

(...)

Der Auskunftsanspruch des Klägers scheidet auch nicht daran, dass die Zuwendung der Erblasserin an die Beklagte bereits mehr als zehn Jahre vor dem Erbfall erfolgt ist.

Zwar bleibt nach § 2325 Abs. 3 BGB eine Schenkung unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind. Die Erblasserin hat das Hausgrundstück aber vor dem Erbfall nicht an die Beklagte „geleistet“. Die Verfügung über einen Gegenstand stellt nur dann eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB dar, wenn der Schenker den Gegenstand auch wirklich an den Beschenkten verliert. Von dem fiktiven Nachlass, aus dem der Pflichtteilergänzungsanspruch berechnet wird, wollte der Gesetzgeber nur solche Schenkungen ausnehmen, deren Folgen der Erblasser längere Zeit hindurch zu tragen und in die er sich daher einzugewöhnen hatte. Darin sah der Gesetzgeber eine gewisse Sicherheit vor „bösliehen“ Schenkungen, durch die Pflichtteilsberechtigte benachteiligt werden sollen. Deshalb gilt eine Schenkung nicht als im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB geleistet, wenn der Erblasser den „Genuss“ des verschenkten Gegenstands nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muss (BGHZ 98, 226 232, BGH, NJW 1994, 1791).

Danach kann hier nicht von einer Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB ausgegangen werden. Die Erblasserin hat den Genuss des Grundstücks nicht in erheblichem Umfang entbehrt.

Sie hat zwar mit der Umschreibung des Grundbuchs auf die Beklagte am 9.9.1980 das Eigentum an ihrem Grundstück verloren. Ein „spürbares“ Vermögensopfer war damit aber nicht verbunden. Denn die Erblasserin hat den „Genuss“ des Grundstücks im Wesentlichen weiter so behalten, wie es auch vor der Übertragung auf die Beklagte der Fall war. So hat sie sich ein lebenslängliches unentgeltliches Wohnrecht an den von ihr bis dato bewohnten Räumen im Erdgeschoss und zusätzlich an einem Raum im Obergeschoss vorbehalten. Auch war sie weiter berechtigt, die Gemeinschaftsanlagen des Hauses und Grundstücks zu nutzen und hatte schließlich Vorsorge getroffen, dass sie wesentlichen Einfluss auf die weitere Verwendung des Hausgrundstücks hatte. Denn sie konnte die Rückübertragung bei Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Umstände, insbesondere aber auch dann verlangen, wenn die Beklagte das Grundstück ohne ihre Einwilligung belastete oder veräußerte.

(...)

## Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. UmwG § 20 (*Keine Löschung der bereits eingetragenen Verschmelzung*)

**Ist die Verschmelzung einer Gesellschaft durch Übertragung des Vermögens auf eine andere Gesellschaft im Register des Sitzes der übernehmenden Gesellschaft eingetragen, können Mängel der Verschmelzung nicht mehr mit dem Ziel geltend gemacht werden, die Eintragung zu löschen.**

BayObLG, Beschluss vom 15.10.1999 – 3Z BR 295/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligte ist Aktionärin der C-Aktiengesellschaft. Die A-Aktiengesellschaft und die B-Aktiengesellschaft schlossen einen Ver-

schmelzungsvertrag, dem die Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft (A-Aktiengesellschaft) sowie die der übertragenden Gesellschaft (B-Aktiengesellschaft) zustimmten. Gegen diesen Zustimmungsbeschluss wurde Klage nicht erhoben. Mit Schreiben vom 25.6.1998 legte die Beteiligte gegen die beabsichtigte Eintragung der Verschmelzung Einspruch ein. Diesen wies das Registergericht am 26.8.1998 zurück. Am 31.8.1998 wurde ins Handelsregister die Änderung der Firma der übernehmenden Gesellschaft in C-Aktiengesellschaft und die Verschmelzung der übertragenden Gesellschaft mit dieser eingetragen. Gegen den Beschluss des Registergerichts vom 26.8.1998 legte die Beteiligte mit dem am 14.4.1999 eingegangenen Schreiben „Widerspruch“ ein. Diesen verwarf das Landgericht am 24.6.1999. Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel ist zulässig. Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dass ein weiteres Rechtsmittel regelmäßig dann zulässig ist, wenn das erste Rechtsmittel als unzulässig verworfen wurde (BayObLGZ 1993, 253/255 m.w.N.).

Der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde steht nicht entgegen, dass die Verschmelzung am 31.8.1998 im Handelsregister eingetragen worden ist. Zwar ist gegen eine vollzogene Eintragung ein Rechtsmittel nicht zulässig. (BGH NJW 1966, 1813/1814; BayObLG NJW-RR 1998, 829 m.w.N.). Die weitere Beschwerde ist aber mit dem Ziel des Amtslöschungsverfahrens statthaft (BayObLGZ 1988, 170/173; 1991, 337; OLG Hamm OLGZ 1966, 598; OLG Düsseldorf Rpfleger 1999, 228; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 142 Rdnr. 25; *Keidel/Winkler* FGG 14. Aufl. § 142 Rdnr. 4).

II. Das Rechtsmittel ist aber nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, die Erstbeschwerde sei unzulässig, weil die Beteiligte nicht Beschwerdeberechtigte im Sinne des § 20 FGG sei. Dies bereite deshalb, weil eine Beschwerdeberechtigung allenfalls Organen der Gesellschaft oder Aktionären, sobald ein bestimmtes Recht des Aktionärs beeinträchtigt ist, zustehen könne. Die Beteiligte sei jedoch offensichtlich kein Organ einer der an der Verschmelzung beteiligten Aktiengesellschaften und habe auch nicht vorgebracht, Aktionär einer der beteiligten Aktiengesellschaften zu sein. Auch als Aktionärin wäre sie nicht beschwerdeberechtigt. Aktionäre seien nämlich gegen die Ablehnung der Löschung von Hauptversammlungsbeschlüssen nur dann beschwerdeberechtigt, wenn sie gegen den Beschluss Widerspruch zu Protokoll erklärt und rechtzeitig Anfechtungsklage erhoben hätte. Hieran fehle es im vorliegenden Fall.

2. Die weitere Beschwerde der Beteiligten zielt auf die Löschung der am 31.8.1998 erfolgten Eintragung der Verschmelzung ab. Sie kann keinen Erfolg haben. Dies selbst dann nicht, wenn man zu Gunsten der Beschwerdeführerin unterstellt, dass sie schon vor Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister Gesellschafterin der übertragenden Gesellschaft war. Das Handelsregister ist nämlich nicht unrichtig. Die in § 20 UmwG aufgeführten Wirkungen der Eintragung sind eingetreten.

Die Beteiligte kann nicht geltend machen, dass der Verschmelzungsvertrag nichtig sei.

Schon § 352 a AktG a. F. schloss aus, dass die Wirksamkeit der Verschmelzung nach der Eintragung in Frage gestellt werden kann (BT-Drucks. 9/1065 S. 20). Diese auf die Aktiengesellschaft beschränkte Regelung wurde durch § 20 Abs. 2 UmwG auf alle Verschmelzungsfälle erweitert (*Dehmer* UmwG/

UmwStG 2. Aufl. § 20 UmwG Rdnr. 94). Durch diese Bestimmung wird eine umfassende Heilung aller Mängel der Verschmelzung bewirkt (*Lutter/Grunewald* UmwG § 20 Rdnr. 64). Eine „Entschmelzung“ mit dinglicher Wirkung ist nach der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister des Sitzes der übernehmenden Gesellschaft ausgeschlossen (*Sagasser/Bula* Umwandlungen G 107, *Widmann/Mayer* UmwG § 20 Rdnr. 375). Die Verschmelzung bleibt unabhängig von Mängeln, die im Verschmelzungsverfahren aufgetreten sind, wirksam (*Dehmer* a.a.O. Rdnr. 95). Dies gilt gemäß § 16 Abs. 3 Satz 6 UmwG, selbst dann, wenn eine Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsabschlusses nach Eintragung der Verschmelzung Erfolg hat.

### Anmerkung:

In dem vom BayObLG entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob nach Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft (vgl. dazu § 20 Abs. 1 UmwG) Mängel des Verschmelzungsverfahrens mit dem Ziel geltend gemacht werden können, die Eintragung der Verschmelzung wieder zu löschen. Leider ist aus dem Tatbestand und aus den Urteilsgründen nicht ersichtlich, welcher Mangel der Verschmelzung seitens der Klägerin geltend gemacht wurde. Im Ergebnis jedenfalls stellt das BayObLG mit erfreulicher Klarheit fest, dass die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft zu einer umfassenden Heilung aller Verschmelzungsmängel führt und eine „Entschmelzung“ mit dinglicher Wirkung nach Eintragung ausgeschlossen ist.

1. Die Entscheidung des BayObLG betraf offensichtlich einen Verschmelzungsmangel der nicht auf einem Beurkundungsmangel beruhte, so dass das Gericht zum unklaren Zusammenspiel<sup>1</sup> zwischen § 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG (Heilung von Beurkundungsmängeln) und § 20 Abs. 2 UmwG (Wirksamkeit einer fehlerhaften Umwandlung) nicht Stellung nehmen musste. Aus dem unterschiedlichen Wortlaut in § 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG, der von einer Heilung des Mangels spricht, und § 20 Abs. 2 UmwG, der dem Wortlaut nach letztlich vom Fortbestand der Mängel ausgeht, ist unter Hinweis auf die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu § 352 a AktG a.F., auf den die Regelung von § 20 Abs. 2 UmwG zurückgeht, geschlossen worden, dass die Eintragung die fehlerhafte Rechtshandlung als solche nicht heile<sup>2</sup>. In der Literatur wird vor diesem Hintergrund vertreten, man müsse zwischen der Heilung eines Mangels und dem Fehlen der Erheblichkeit des Mangels für den Eintritt der Umwandlungswirkungen unterscheiden<sup>3</sup>. Dies ist jedoch nicht zutreffend<sup>4</sup>, denn in der Regierungsbegründung wird zugleich ausgeführt, dass solche Mängel der Rechtshandlungen nur zu Ansprüchen gegen diejenigen Personen führen, die für sie verantwortlich sind. Damit steht fest, dass die „dingliche“ Bestandskraft der Umwandlung außer Streit gestellt ist und auch eine Amtslöschung der Eintragung außer Betracht zu bleiben hat<sup>5</sup>. § 20 Abs. 2 UmwG bezweckt ausweislich der Regierungsbegründung eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des alten § 352 a AktG (Ausschluss der „Entschmelzung“ bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften) auf alle Verschmelzungen. Mit der Einschränkung der Nichtigkeit von Verschmelzungen (für die Spaltung und den Formwechsel

vgl. die Parallelvorschriften § 131 Abs. 2 und § 202 Abs. 3 UmwG) soll der allgemeinen Tendenz gesellschaftsrechtliche Akte möglichst zu halten, Rechnung getragen werden<sup>6</sup>. Vor diesem Hintergrund ist – wie das BayObLG zutreffend ausführt – nur eine umfassende Heilung von Verschmelzungsmängeln – gleichgültig, um welchen Mangel es sich handelt – mit der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers sachgerecht. So weit das BayObLG im Anwendungsbereich des § 20 Abs. 2 UmwG – in Übereinstimmung mit der ganz h.M. in der Literatur<sup>7</sup> entgegen dem Wortlaut der Vorschrift von einer „umfassenden Heilung aller Mängel der Verschmelzung“ spricht, soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass die Verschmelzung unabhängig von Mängeln, die im Verschmelzungsverfahren aufgetreten sind, wirksam ist. Auf die Problematik etwaiger Restitutionsansprüche trotz Konstitutivwirkung der Eintragung im vorgenannten Sinn<sup>8</sup> musste das BayObLG nicht eingehen. Zurecht weist das BayObLG darauf hin, dass eine „Entschmelzung“ nach Eintragung nicht mehr in Betracht kommen kann. So stößt eine Zurückübertragung der verschmolzenen und in der Regel auch tatsächlich vermischten Vermögensmassen der beteiligten Rechtsträger auf nahezu unlösbare praktische und rechtliche Schwierigkeiten. Ein Verfahren zur Neugründung des erloschenen übertragenden Rechtsträgers steht letztlich nicht zur Verfügung; eine Auf- oder Abspaltung bei dem übernehmenden Rechtsträger würde nicht zu einem Wiederaufleben der Mitgliedschaftsrechte am übertragenden Rechtsträger führen<sup>9</sup>. Dem entspricht es auch, dass in § 16 Abs. 3 Satz 6 UmwG, für einen bestimmten Fall, nämlich der Eintragung der Verschmelzung trotz Klage gegen den Verschmelzungsbeschluss ausdrücklich ausgeführt wird, dass eine Beseitigung der Verschmelzungswirkungen nicht verlangt werden kann<sup>10</sup>. So weit vereinzelt darauf hingewiesen wird, dass Mängel, die nicht nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG geheilt werden, fortbestehen und auch nach Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers geltend gemacht werden können<sup>11</sup>, ist damit nur gemeint, dass unbeschadet der Eintragung aufgrund von vorhandenen Mängeln, Ansprüche gegen diejenigen Personen durchgesetzt werden können, die hierfür verantwortlich sind, d.h. insbesondere die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch § 20 Abs. 2 UmwG nicht ausgeschlossen ist<sup>12</sup>. Dass im Übrigen eine umfassende Anerkennung der Eintragungswirkungen mit Außenwirkung gegenüber jedem Dritten nichts ungewöhnliches ist, zeigt gerade die Regelung in § 242 Abs. 2 AktG<sup>13</sup>.

<sup>5</sup> *Lutter /Grunewald* UmwG, 2000, 2. Auflage, § 20, Rdnr. 69 ff.; *Widmann/Mayer/Vossius*, Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand November 1999, § 20, Rdnr. 375; *Kallmeyer/Marsch-Barner* UmwG, 1997, § 20, Rdnr. 47; *Dehmer*, UmwG, UmwStG, 2. Auflage 1996, § 20, Rdnr. 97 f.; *Bermel* in: *Goutier/Knopf/Tulloch*, Umwandlungsrecht, 1996, § 20, Rdnr. 60.

<sup>6</sup> Vgl. die Nachweise bei *Widmann/Mayer* a.a.O. (Fußnote 5) § 4 UmwG, Rdnr. 69.

<sup>7</sup> Vgl. die Nachweise bei Fußnote 5.

<sup>8</sup> Dazu ausführlich *K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 187 f.

<sup>9</sup> Vgl. *Kallmeyer/Marsch-Barner* a.a.O. (Fußnote 5), § 20 UmwG, Rdnr. 47.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu auch *Widmann/Mayer* a.a.O. (Fußnote 5) § 4 UmwG, Rdnr. 69; *Lutter/Grunewald* a.a.O. (Fußnote 5) § 20 Rdnr. 63.

<sup>11</sup> Vgl. etwa *Widmann/Mayer/Vossius* a.a.O. (Fußnote 1) § 20 UmwG, Rdnr. 374.

<sup>12</sup> Vgl. *Dehmer*, a.a.O. (Fußnote 5) § 20 UmwG, Rdnr. 97 f.

<sup>13</sup> Vgl. dazu DNotI, Gutachten zum Umwandlungsrecht, 1996/97, S. 117.

<sup>1</sup> Vgl. dazu DNotI, Gutachten zum Umwandlungsrecht, 1996/97 S. 111 ff.

<sup>2</sup> BT-Drucksache 9/1065, 20.

<sup>3</sup> Vgl. *K. Schmidt*, ZIP 1998, 181, 187.

<sup>4</sup> *Lutter/Grunewald*, UmwG 2000, 2. Auflage, § 20 Rdnr. 70.

So weit demgegenüber Teile der Literatur und Rechtsprechung die Heilungswirkung bei bestimmten Mängeln ausschließen wollen, läuft dies eindeutig der Tendenz des Gesetzgebers entgegen, gesellschaftsrechtliche Akte mit Außenwirkung gegenüber Anteilshabern, Gläubigern, etc. mit den relevanten steuerrechtlichen Folgen möglichst zu erhalten. So wird in der Literatur<sup>14</sup> und Rechtsprechung<sup>15</sup> die Auffassung vertreten, ein Verschmelzungsvertrag sei nichtig, wenn Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1–3 UmwG (Firma und Sitz der beteiligten Rechtsträger, Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften als Gegenleistung für die Übertragung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers, Umtauschverhältnis) fehlen und könne auch durch die Eintragung der Verschmelzung nicht geheilt werden, da es an den essentialia des Vertrages fehle. In der Entscheidung des OLG Frankfurt<sup>16</sup> war dabei ohnedies schon die Annahme einer Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages unzutreffend, weil im dort entschiedenen Fall nicht gegen das Grundprinzip der Anteilsgewährpflicht verstoßen wurde, vielmehr ein Anteil am übernehmenden Rechtsträger an den alleinigen Anteilshaber mehrerer übertragender Rechtsträger gewährt wurde und es nur um die Frage ging, ob mehrere Anteile zu gewähren waren oder die Gewährung eines einzigen Anteils ausreichend war. Demgegenüber waren im Falle der Entscheidung des Kammergerichts<sup>17</sup>, in der es um das Erfordernis der Anteilsgewährung bei der Verschmelzung von Schwester-GmbH ging, überhaupt keine Anteile gewährt worden und damit in der Tat die Bestimmung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG verletzt worden. Hier steht außer Zweifel, dass der Registerrichter bei einem derart unvollständigen Verschmelzungsvertrag die Verschmelzung nicht eintragen darf. Wird die Verschmelzung aber durch Eintragung im Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers wirksam, so tritt eine umfassende Heilung des Umwandlungsvorgangs nach § 20 Abs. 2 UmwG ein, da diese Bestimmung nicht zwischen einzelnen Inhaltsmängeln des Verschmelzungsvertrages oder des Verschmelzungsvorganges insgesamt differenziert<sup>18</sup>.

Für die Praxis weist die Entscheidung des BayObLG deshalb in die richtige Richtung. So ist insbesondere klargestellt, dass eine Verschmelzung, die im Handelsregister eingetragen wurde, auch für die Zukunft bestandsfest ist und

neben einer Löschung von Amts wegen<sup>19</sup> auch alle Ansprüche auf Entschmelzung ausgeschlossen sind<sup>20</sup>. Von diesem Bestandsschutz macht der Landwirtschaftssenat des BGH in ständiger Rechtsprechung allerdings dann eine Ausnahme, wenn die beschlossene und eingetragene Umwandlung den numerus clausus der nach dem LwAnpG zulässigen Umwandlungsvarianten verletzt hat – also ein Wechsel in eine Rechtsform stattgefunden hat, die im LwAnpG nicht vorgesehen ist<sup>21</sup>. Nunmehr hat auch der für das Gesellschaftsrecht allgemein zuständige II. Zivilsenat des BGH sich der Rechtsprechung des Landwirtschaftssenats angeschlossen<sup>22</sup>. Auch diese Entscheidung betraf eine Umwandlung einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft nach dem LwAnpG 1990. Ob der BGH eine fehlerhafte Umwandlung nach dem UmwG 1995 ebenso entscheiden würde, erscheint jedoch höchst fraglich<sup>23</sup>.

Zu beachten ist, dass die handelsrechtliche Heilungswirkung der Eintragung nicht zwingend auch für das Steuerrecht gilt. Dies ist im Zusammenhang damit zu sehen, dass die §§ 2 – 19 UmwStG nur für Umwandlungen i. S. des § 1 UmwG gelten. Die Tatsache, dass eine Umwandlung im Handelsregister eingetragen wird, hat nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht automatisch zur Folge, dass sie auch für steuerliche Zwecke, als Umwandlung i. S. des § 1 UmwG anzusehen ist. Im Umwandlungssteuererlass<sup>24</sup> heißt es hierzu: „Bei der Frage, ob eine Umwandlung im Sinne des § 1 UmwG vorliegt, ist *regelmäßig* von der registerrechtlichen Entscheidung auszugehen.“

Diese Formulierung, die zunächst darauf hindeutet, dass die handelsrechtliche Heilungswirkung der Eintragung auch steuerliche Wirkung hat, ist in ihrer Bedeutung erst durch diverse Eingaben von Verbänden zum Entwurf des Umwandlungssteuererlasses in die Diskussion geraten. Hier war angeregt worden, das missverständliche Wort „regelmäßig“ zu streichen, da die registerrechtliche Entscheidung in jedem Fall maßgeblich sein müsse. Bei einer diesbezüglichen Diskussion in der Unterkommission im Bundesfinanzministerium, das den Entwurf des Umwandlungssteuererlasses erarbeitet hat, ging es immer nur um den Fall, dass eine Umwandlung im Handelsregister eingetragen wird, obwohl die Achtmonatsfrist des § 17 Abs. II Satz 4 UmwG nicht beachtet wurde. Für diesen Fall sollte die registerrichterliche Behandlung maßgeblich sein. In der weiteren Diskussion hat die Finanzverwaltung erkennen lassen, dass trotz der Formulierung der Tz. 01.07 im Ergebnis allenfalls in ganz extremen Ausnahmefällen damit gerechnet werden muss, dass die Finanzverwaltung das Vorliegen einer Umwandlung i. S. von § 1 UmwG in Zweifel zieht<sup>25</sup>. Damit kommt der Eintragung einer Umwandlung auch steuerliche „Heilungswirkung“ zu.

Notar Dr. Dieter Mayer, München

<sup>14</sup> Vgl. Lutter, a.a.O. (Fußnote 5) § 5, Rdnr. 92.

<sup>15</sup> OLG Frankfurt, DB 1998, 917; KG, DB 1998, 2511, 2512.

<sup>16</sup> Vgl. DB 1998, 917, mit ablehnenden Stellungnahmen in Widmann/Mayer, a.a.O. (Fußnote 5) § 5 UmwG, Rdnr. 56.6 ff., D. Mayer, DB 1998, 913; Heckschen, DB 1998, 1385, 1387, ders. MittBayNot 1998, 363; Neye in: Anmerkung EWIR § 46 UmwG 1/98, 517 f.; Heidinger DNotZ 1999, 161 ff.; Trölitzsch DStR 1999, 764, 767; Lutter/Winter, a.a.O. (Fußnote 5) § 46 Rdnr. 5.

<sup>17</sup> DB 1998, 2511.

<sup>18</sup> Widmann/Mayer, a.a.O. (Fußnote 5) § 4 UmwG, Rdnr. 70; ebenso BGH BB 1996, 342, 343 zu § 25 KapErhG = BGH ZIP 1995, 422, 424 f.; unklar und widersprüchlich hierzu Lutter, a.a.O. (Fußnote 5) § 5 UmwG, Rdnr. 94 mit folgender Formulierung: „Nach Eintragung der Verschmelzung macht die Geltendmachung der Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages wegen der durch § 20 Abs. 2 UmwG vom Gesetzgeber mit der Eintragung bezweckten und bewirkten umfassenden Heilung der Verschmelzung wenig Sinn;“ wobei der gleiche Autor bei § 5 Rdnr. 92 ausführt, dass das Fehlen der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1–3 UmwG gerade nicht durch Eintragung des Verschmelzungsvorganges geheilt werden kann.

<sup>19</sup> So zutreffend K. Schmidt, ZIP 1998, 181, 187.

<sup>20</sup> Mit erfreulicher Klarheit auch Lutter/Grunewald, a.a.O. (Fußnote 5) § 20 UmwG, Rdnr. 71.

<sup>21</sup> Vgl. BGH, ZIP 1997, 2134 und hierzu kritisch K. Schmidt, ZIP 1998, 181 und Hommelhoff/Schubel, ZIP 1998, 537.

<sup>22</sup> Vgl. BGH, ZIP 1999, 1126 und hierzu Bayer EWIR 1999, 1019.

<sup>23</sup> So auch Bayer, EWIR 1999, 1020.

<sup>24</sup> Vgl. Tz. 01.07, BStBl 1998, I S. 268 ff., 278.

<sup>25</sup> Vgl. dazu das Manuskript von Rieger, Probleme bei der Umsetzung des Umwandlungssteuerrechts in der notariellen Praxis, Assessorfortbildung Fischbachau 19. November 1999, S. 7 f.

17. UmwG §§ 190, 202, 226, 233 (Zum Grundsatz der Gesellschafteridentität bei Formwechsel)

**Der Eintragung der formwechselnden Umwandlung einer GmbH in eine KG steht nicht entgegen, dass der zukünftige Komplementär erst nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses – aber vor Eintragung – Gesellschafter des formwandelnden Rechtsträgers geworden ist. Es genügt, wenn die Voraussetzungen für den Formwechsel zum Zeitpunkt der Eintragung vorliegen.**

BayObLG, Beschluss vom 4.11.1999 – 3Z BR 333/99 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Peer Koch*, Augsburg, und *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Die A-GmbH, ist seit 26.4.1995 im Handelsregister eingetragen. Am 12.10.1995 beschlossen ihre Gesellschafter die Erhöhung des Stammkapitals um DM 800. Übernehmerin der neuen Stammeinlage war eine Gesellschafterin. Die Kapitalerhöhung wurde im Handelsregister am 11.12.1997 eingetragen. Bereits vorher, nämlich am 22.8.1997, trat die Übernehmerin der Stammeinlage den neuen Geschäftsanteil an die B-GmbH ab. Ebenfalls vor Eintragung der Kapitalerhöhung, nämlich am 28.8.1997, beschlossen die Gesellschafter die formwechselnde Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft. Komplementärin sollte die B-GmbH werden, die, vertreten durch einen Geschäftsführer, an der Gesellschafterversammlung vom 28.8.1997 und dem dort einstimmig gefassten Umwandlungsbeschluss mitwirkte. Die Umwandlung meldete der beurkundende Notar am nächsten Tag zur Eintragung im Handelsregister an.

Mit „Zwischenverfügung“ vom 17.10.1997 wies das Registergericht u. a. darauf hin, der Eintragung der Umwandlung stehe entgegen, dass die zukünftige Komplementärin zur Zeit der Beschlussfassung noch nicht Gesellschafterin gewesen sei.

Die Beschwerde der Gesellschaft hiergegen wies das Landgericht mit Beschluss vom 2.9.1999 zurück. Dies greift die vom beurkundenden Notar eingelegte weitere Beschwerde an.

*Aus den Gründen:*

Das zulässige Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

#### I.

1. Ist eine Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister unvollständig oder steht der Eintragung ein Hindernis entgegen, so kann zur Behebung der Anstände eine Frist gesetzt werden (§ 26 Satz 2 HRV). Die Anmeldung wird in einem solchen Falle durch eine Zwischenverfügung beanstandet. Bei dieser handelt es sich um eine der endgültigen Entscheidung vorausgehende Verfügung, die auf die Beseitigung eines der sachlichen Entscheidung noch entgegenstehenden Hindernisses gerichtet ist. Die Zwischenverfügung soll dem Eintragungsbegehren zum Erfolg verhelfen und kann daher nur ergehen, wenn der Mangel behebbar ist; in der Zwischenverfügung sind regelmäßig die Möglichkeiten zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses anzugeben. Ist ein Eintragungsantrag inhaltlich nicht vollziehbar, so liegt es nicht mehr im Ermessen des Registergerichts, eine Zwischenverfügung zu erlassen, da eine solche nichts zur Beseitigung eines Hindernisses beitragen kann, das nicht behebbar ist. In einem solchen Falle muss vielmehr der Eintragungsantrag sofort zurückgewiesen werden (BayObLG DNotZ 1995, 224 m.w.N.).

2. Hiernach stellt sich die angegriffene Verfügung des Amtsgerichts nicht als anfechtbare Zwischenverfügung dar. Sie weist lediglich auf ein nach Ansicht des Amtsgerichts unbehebbares Eintragungshindernis hin, nämlich da der Form-

wechsel nicht eingetragen werden kann, weil der zukünftige Komplementär zum Zeitpunkt des Umwandlungsbeschlusses an der Ausgangsgesellschaft nicht beteiligt gewesen sei. Ferner zeigt sie keine Möglichkeiten auf, wie dieses Hindernis etwa behoben werden könnte, und gibt Gelegenheit zur Stellungnahme, offenbar um das Recht der Anmelderin auf rechtliches Gehör zu wahren. Daraus folgt aber auch, dass es sich bei dieser Verfügung noch nicht um eine endgültige Zurückweisung der Anmeldung handelt. Daran ändert auch nichts, dass das Amtsgericht seine Verfügung am 1.12.1997 als Zwischenverfügung angesehen hat; auch hierin liegt keine endgültige Zurückweisung der Anmeldung.

Da noch keine anfechtbare Zwischenverfügung oder Zurückweisung der Anmeldung vorliegt, hätte das Landgericht die gegen die Verfügung vom 17.10.1997 eingelegte Beschwerde als unzulässig verwerfen müssen. Der Senat hatte dies nachzuholen.

3. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 31 Abs. 1 Satz 1, § 131 Abs. 2, § 30 Abs. 2 KostO.

#### II.

Das Amtsgericht wird nun über die am 29.8.1997 eingegangene Anmeldung des Formwechsels der Gesellschaft zu entscheiden haben. Hierzu weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Die Frage, wann bei der Umwandlung einer GmbH in eine GmbH & Co. KG der vorgesehene Komplementär Mitglied der Gesellschaft sein muss, wird unterschiedlich beantwortet, seit ein derartiger unmittelbarer Formwechsel zulässig ist. Teilweise beschränkt sich dies auf die allgemeine Formulierung, der Komplementär müsse „vor dem Formwechsel“ (*Dehmer* UmwG 2. Aufl. § 226 Rdnr. 3; *Sargasser/Bula* Umwandlungen S. 339) oder „vor Durchführung des Formwechsels“ (vgl. *Lutter/Decher* UmwG § 202 Rdnr. 16) Gesellschafter des formwechselnden Rechtsträgers geworden sein. Zum Teil wird dies, wie es auch Registergericht und Landgericht tun, dahin konkretisiert, dass der zukünftige Komplementär bereits bei Fassung des Umwandlungsbeschlusses Gesellschafter sein muss (vgl. *Sigel* GmbH 1998, 1208/1210; *Usler* MittRhNotK 1998, 21/56). Andere Stimmen halten es dagegen für ausreichend, wenn der zukünftige persönlich haftende Gesellschafter die Gesellschafterstellung bei der Ausgangsgesellschaft zumindest eine logische Sekunde vor dem Wirksamwerden der Umwandlung innehat, also gemäß § 202 Abs. 2 UmwG vor der Eintragung des Rechtsträgers neuer Rechtsform in das Register (vgl. *Widmann/Mayer/Vossius* UmwG § 228 Rdnr. 93 bis 95; Centrale für GmbH GmbH 1996, 1/4).

2. Der Senat teilt die letztere Auffassung. Maßgebend ist hierbei, dass auch im Registerverfahren grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zugrunde zu legen sind, die zur Zeit der Entscheidung, hier über die Eintragung, gelten. Wie allgemein anerkannt ist, haben im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sogar Veränderungen der Sachlage im Beschwerdeverfahren Berücksichtigung zu finden. Für die Eintragung einer Umwandlung bedeutete dieser Grundsatz, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für den Formwechsel zum Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister vorliegen müssen.

Eine Ausnahme hiervon, dass nämlich bestimmte Voraussetzungen schon zu einem früheren Zeitpunkt, etwa bei der Beschlussfassung oder der Anmeldung, erfüllt sein müssen, vermag der Senat nicht festzustellen.

Das Umwandlungsgesetz sieht eine solche nicht ausdrücklich vor. Zwar muss gemäß § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG im Umwandlungsbeschluss die „Beteiligung der bisherigen Anteilshaber an dem Rechtsträger nach den für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften“ bestimmt werden. Dies schließt die Berücksichtigung einer Anteilsübertragung nach dem Umwandlungsbeschluss nicht aus, denn zum maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung der neuen Rechtsform in das Register ist auch derjenige bisheriger Anteilshaber im Sinne von § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG, der seinen Anteil nach dem Umwandlungsbeschluss erworben hat, vgl. § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG.

Auch der Schutzzweck von § 233 Abs. 2 Satz 3 UmwG verlangt nicht, dass der zukünftige persönlich haftende Gesellschafter der KG bereits zur Zeit der Fassung des Umwandlungsbeschlusses Gesellschafter der GmbH ist. Nach dieser Vorschrift müssen zwar alle Gesellschafter dem Formwechsel zustimmen, die in der KG die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters haben sollen. Dahinter steht jedoch, wie die Begründung ausweist (vgl. BT-Drucks. 12/6699 S. 154), allein die Überlegung, dass die Übernahme einer so weitgehenden Haftung einem Anteilshaber nicht ohne seine Zustimmung aufgezwungen werden kann. Hieraus lassen sich keine Folgerungen dahingehend ziehen, zu welchem Zeitpunkt die Gesellschaftereigenschaft des zukünftigen Komplementärs spätestens vorliegen muss. Vielmehr geht es nur darum, durch das Zustimmungserfordernis vor einem aufgedrängten Haftungsrisiko zu schützen. Hierfür reicht es aus, dass bei der Eintragung, mit der der Formwechsel wirksam wird (§ 202 UmwG), die Zustimmung gemäß § 233 Abs. 2 Satz 3 UmwG vorliegt.

Auch der Grundsatz der Mitgliederidentität – die Begründung spricht von einer „für den Formwechsel charakteristischen Kontinuität des Rechtsträgers bei Mitgliedschaft und Vermögen“ (BT-Drucks. 12/6699 S. 143) – gebietet keine andere Beurteilung. Diesem Prinzip, das etwa in § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG seinen Niederschlag gefunden hat, lässt sich nur entnehmen, dass der Gesetzgeber vom Konzept eines geschlossenen Kreises der Anteilshaber spätestens im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umwandlungsmaßnahme ausgegangen ist, nicht aber, dass eine Mitgliedschaft zu einem früheren Zeitpunkt zwingend erforderlich sein sollte.

3. Die als Komplementärin der KG vorgesehene GmbH ist mittlerweile Gesellschafterin des formwechselnden Rechtsträgers. Die Abtretung künftiger Geschäftsanteile ist nämlich zulässig und wirkt ab der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister, die bereits vorgenommen worden ist (vgl. BGHZ 21, 242/245; 378/383; 29, 300/303; *Lutter/Hommelhoff* GmbHG 14. Aufl. § 15 Rdnr. 1; *Rowedder* GmbHG 3. Aufl. § 15 Rdnr. 2; *Roth/Altmeyen* GmbHG 3. Aufl. § 15 Rdnr. 12; *Scholz/Winter* GmbHG 8. Aufl. § 15 Rdnr. 3).

4. Die Frage, ob das UmwG es noch weitergehend zulässt, dass erst im Moment des Formwechsels ein persönlich haftender Gesellschafter beitrifft, der bis dahin noch nicht Mitglied des formwechselnden Rechtsträgers war, bedarf daher vorliegend keiner Entscheidung. Dies wird im Übrigen teilweise bejaht (*K. Schmidt* GmbHR 1995, 693/695; ZIP 1998, 181/186; *Kallmeyer* GmbHR 1996, 80/82; *Priester* DB 1997, 560/566; *Bayer* ZIP 1997, 1613/1616 f.; vgl. auch BGH WM 1995, 434; 1999, 1509/1510). Die Gegenansicht (vgl. etwa *Lohlein* ZIP 1995, 426; *Bärwaldt/Schabacker* ZIP 1998, 1293/1294) führt demgegenüber ins Feld, dass damit der Grundsatz der Mitgliederidentität – so ist ja die identitäts-

wahrende Umwandlung ohne Vermögensübertragung Rechtfertigung dafür, dass der Vorgang keiner Grunderwerbssteuerpflicht unterliegt (vgl. BFH ZIP 1997, 144) – missachtet würde, sowie dass etwa eine Analogie zu den für die KGaA geltenden Vorschriften der §§ 221, 240 Abs. 2 UmwG mangels planwidriger Regelungslücke (vgl. BT-Drucks. 12/6699 S. 136) ausscheiden müsse.

## Internationales Privatrecht

18. GBO §§ 19, 20, 29; Haager Ehegüterrechtsabkommen Art. 6; EGBGB Art. 15 Abs. 1 (*Grundbucheintragung von Eheleuten in Gütergemeinschaft niederländischen Rechts*)

**Beantragen Eheleute als Käufer eines Grundstücks die ihnen vom Verkäufer bewilligte Eintragung in Gütergemeinschaft niederländischen Rechts, so darf das Grundbuchamt dieselbe – trotz seiner Verpflichtung, unrichtige Grundbucheintragungen möglichst zu verhindern – nicht vom Nachweis des Bestehens dieses Güterstandes abhängig machen, wenn der für die Rechtsanwendung maßgebliche erste gemeinsame Aufenthalt nach der Eheschließung in den Niederlanden gelegen haben kann.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.11.1999 – 3 Wx 343/99 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richer am OLG

### Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten sind miteinander verheiratet.

Der Beteiligte zu 2 ist Deutscher; die Beteiligte zu 1 ist niederländische Staatsangehörige.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten beurkundete am 10.2.1998 einen die Beteiligten als Käufer ausweisenden Grundstückskaufvertrag.

In § 1 findet sich die Bestimmung:

„Die Käufer erwerben in Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht“.

§ 8 beinhaltet die Auflassung und den Antrag der Beteiligten auf Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch.

Der beurkundende Notar hat unter dem 16.11.1998 die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch beantragt.

Mit Zwischenverfügungen vom 3. und 19.12.1998, 26.2. und 4.5.1999 hat der Rechtspfleger bezweifelt, ob der in der Urkunde angegebene Güterstand der Erwerber zutrefte und die Eintragung von der Darlegung von Tatsachen zum Beleg des niederländischen Güterrechtsstatuts abhängig gemacht.

Am 18.6.1999 hat der Rechtspfleger den Eintragungsantrag abgelehnt, da der Notar die Bedenken nicht ausgeräumt habe.

Der hiergegen gerichteten „Erinnerung“ der Beteiligten vom 22.7.1999 hat das Amtsgericht (Rechtspfleger und Grundbuchrichter) nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat am 18.8.1999 das von ihm als Beschwerde behandelte Rechtsmittel zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Diese hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

(...)

1. Es entspricht zwar – wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt – einhelliger Meinung, dass die nach dem Legalitätsprinzip erforderliche Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer beantragten Eintragung das Grundbuchamt verpflichtet, das Grundbuch nach Möglichkeit mit der wirklichen Rechtslage

in Einklang zu halten und eine Unrichtigkeit des Grundbuchs zu verhindern (BGHZ 106, 108, 110; 35, 135, 140; *Demharter*; GBO 22. Auflage 1997 Anhang zu § 13 Rdnr. 29 m.w.N.; *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 209).

a) Für das Eintragungsantragsverfahren nach § 19 GBO ist allerdings zu beachten, dass das Grundbuchamt nach dem – vorliegend nicht geltenden – Grundsatz der einseitigen Bewilligung die sachliche Richtigkeit der bewilligten Eintragung nicht nachzuprüfen hat. Ihm obliegt weder im Interesse der Beteiligten noch des Rechtsverkehrs eine allgemeine Rechtsfürsorge für die materielle Richtigkeit der im Grundbuch ausgewiesenen Rechtsverhältnisse (*Demharter* a.a.O. OLG Karlsruhe RpfL 1994, 248). Im Antragsverfahren ist das Grundbuchamt deshalb zur Anstellung von Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet; § 12 FGG gilt nicht, (*Demharter* a.a.O. § 13 Rdnr. 5; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* Grundbuchrecht 4. Auflage, 1991, Einl. C 54). Das Gesetz überlässt vielmehr die Wahrung der Interessen an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuches regelmäßig den Beteiligten selbst. Diese haben ein Recht darauf, dass das Grundbuchamt die Eintragung vornimmt, sobald alle Eintragungsvoraussetzungen vorliegen (*Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* a.a.O. Einl. C 51). Das Grundbuchamt hat im Antragsverfahren durch Zwischenverfügung auf Vervollständigung der Unterlagen und Beseitigung von Zweifeln *ausnahmsweise* (vgl. *Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 209) und nur hinzuwirken, *wenn es aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalles berechnete Zweifel* darüber hat, ob die vorgelegten Entscheidungsgrundlagen die Eintragung rechtfertigen (BGHZ 35, 140 ff.), insbesondere wenn das Grundbuch durch die Eintragung dauernd unrichtig werden könnte (*Kuntze/Ertl/Herrmann* a.a.O. Einl. C 57).

b) Von dem Grundsatz der einseitigen Bewilligung (§ 19 GBO) enthält § 20 GBO eine Ausnahme, indem er die Eintragung in bestimmten Fällen – so auch bei der hier in Rede stehenden Auffassung – vom Nachweis der sachlich-rechtlich notwendigen Rechtsänderungserklärungen abhängig macht (*Demharter* a.a.O. § 20 Rdnr. 1). Dies rechtfertigt sich daraus, dass mit dem Eigentum an einem Grundstück auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen verbunden sind und daher an der Übereinstimmung zwischen Grundbuch und wahrer Rechtslage ein besonderes Interesse besteht (*Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 108; *Demharter* a.a.O. Rdnr. 2).

Gleichwohl ist festzuhalten, dass bereits nach dem Gesetzeswortlaut die Einigung lediglich *erklärt* sein muss, die Feststellung ihrer Wirksamkeit durch das Grundbuchamt in dem durch die Beweismittelbeschränkung geprägten Eintragungsantragsverfahren (§ 29 GBO; *Demharter* a.a.O. Rdnr. 51) also nicht Eintragungsvoraussetzung ist. Vielmehr genügt es, dass dem Grundbuchamt die Einigung in der grundbuchmäßigen Form des § 29 GBO so nachgewiesen ist, wie sie sachlich-rechtlich zur Herbeiführung der Rechtsänderung notwendig ist. Ist dieser Nachweis erbracht, so darf das Grundbuchamt auch diese Eintragung nicht schon ablehnen, wenn sie möglicherweise mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmt. Das Grundbuchamt muss vielmehr auch hier aufgrund feststehender Tatsachen zu der sicheren Überzeugung gelangen, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig werde (BayObLGZ 1986, 81, 83; *Demharter* a.a.O. § 20 Rdnr. 38).

Auf den vorliegenden Fall angewendet, bedeutet dies: Selbst wenn – was der Rechtspfleger für unsicher gehalten hat, letztlich aber offen bleiben mag – die Eintragung des Erwerbs der Beteiligten wegen eines in Wahrheit nicht bestehenden Güterstandes niederländischen Rechts das Grundbuch unrichtig

machen würde, so führte dies nicht zu einer Ermittlungspflicht des Grundbuchamtes in dieser Richtung. Denn der Eintragungsantrag wäre nicht schon dann zu beanstanden, wenn nur die Möglichkeit besteht, dass ein zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führendes Güterrecht in Betracht kommt, sondern erst, wenn das Grundbuchamt aufgrund feststehender Tatsachen zu der sicheren Überzeugung gelangt, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde. Bloße Zweifel genügen insoweit nicht (BayObLG a.a.O. S. 83).

Wird demnach die Eintragung eines Rechts für Ehegatten in Gütergemeinschaft bewilligt, so muss die Eintragungsbewilligung die Art der Gütergemeinschaft angeben; der *Nachweis ihres Bestehens* ist nicht notwendig (vgl. *Demharter* a.a.O. § 33 Rdnr. 25). Besteht Auslandsberührung beim erwerbenden Teil, so gelten die vorbezeichneten Grundsätze ebenfalls. Auch hier kann das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung nur erlassen bzw. den Eintragungsantrag ablehnen, wenn es aufgrund nachgewiesener Tatsachen zu der sicheren Überzeugung gekommen ist, dass durch die beantragte Eintragung eine Grundbuchunrichtigkeit eintreten würde (BayObLG a.a.O.; *Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 3421 b). Zweifel allein erlauben keine Zwischenverfügung, insbesondere nicht mit dem Ziel einer erstmaligen Aufklärung nach Internationalem Privatrecht. Im Regelfall wird das ehегüterliche Kollisionsrecht oder ausländisches Güterrecht das Grundbuchamt in der Praxis zu keinen besonderen Prüfungen veranlassen (*Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 3422).

2. Dies vorausgeschickt, hatte das Grundbuchamt entgegen der Auffassung des Landgerichts – vorliegend keine Veranlassung, die Eintragung zu beanstanden und schließlich abzulehnen.

Ein Nachweis des Bestehens der Gütergemeinschaft niederländischen Rechts war nach den oben genannten Grundsätzen nicht zu fordern, weil kein objektivierter Anhalt dafür bestand, dass durch Eintragung des Grundstückserwerbs in Gestalt einer Gütergemeinschaft niederländischen Rechts das Grundbuch unrichtig werden würde.

Konkret sprach und spricht nämlich – entgegen den insoweit nicht rechtsfehlerfreien Ausführungen des Landgerichts – keineswegs alles dafür, dass für die Beteiligten deutsches Recht gilt, wonach außerhalb der vorliegend unstrittig nicht getroffenen Rechtswahl ein Erwerb nach niederländischem Recht nicht zugelassen wäre. Es spricht im Gegenteil manches für die Anwendbarkeit niederländischen Rechts.

Am 1.9.1992 sind die Niederlande Partner des Haager Ehegüterrechtsabkommens vom 14.3.1978 geworden (*Bauer/von Oefele-Schaub*, Grundbuchordnung 1999 Teil F Rdnr. 368).

Das Abkommen gilt für Eheleute, die wie hier die Beteiligten – nach dem In-Kraft-Treten des Abkommens geheiratet haben (*Bauer* Teil F Rdnr. 368, 338). Aus der Sicht des deutschen Rechts – die Bundesrepublik Deutschland ist dem Abkommen bislang nicht beigetreten – ist das Haager Ehegüterrechtsabkommen zu beachten in den Fällen, in denen das deutsche Kollisionsrecht auf niederländisches Recht verweist (*Bauer/von Oefele-Schaub* a.a.O. Teil F Rdnr. 368, 339). Unter den Voraussetzungen des Art. 6 des Abkommens – vergleichbar Art. 15 Abs. 2 EGBGB – kann das Güterrecht primär durch Rechtswahl im Rahmen der Parteiautonomie bestimmt werden. Mangels – vorliegend erfolgter – Rechtswahl ist für die Ermittlung des Güterrechtsstatuts grundsätzlich das Sachrecht des Staates maßgebend, in dem die Ehegatten nach der Eheschließung ihren *ersten gewöhnlichen Aufenthalt* begrün-

den (*Bauer/von Oefele-Schaub* a.a.O. Teil F Rdnr. 368, 340). Nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem *bei der Eheschließung* für die allgemeinen Ehwirkungen maßgebenden Recht. Die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe unterliegen danach:

- dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten bei der Eheschließung angehören oder
- dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten im Zeitpunkt ihrer Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder
- dem Recht des Staates, mit dem die Ehegatten bei der Eheschließung auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind (*Bauer/von Oefele-Schaub* a.a.O. Teil F Rdnr. 242).

Verweist das deutsche Kollisionsrecht auf niederländisches Recht, wird die Verweisung angenommen, soweit die Bestimmungen des Haager Ehwirkungsabkommens bzw. des Ehegüterrechtsabkommens bzw. des autonomen niederländischen Kollisionsrechts zur Anwendung niederländischen Rechts führen; anderenfalls kommt es zu einer Rück- oder Weiterverweisung (*Bauer/von Oefele-Schaub* a.a.O. Teil F Rdnr. 370).

Vorliegend sprach nichts dagegen, dass die Beteiligten – wie sie indirekt im Schriftsatz vom 5.1.1999, ausdrücklich allerdings erst zur Begründung ihrer Rechtsbeschwerde vom 10.9.1999 (Seite 7) vortragen – ihre Ehe in den Niederlanden geschlossen und dort ihren ersten gewöhnlichen Aufenthalt hatten. Wenn dies aber so war bzw. nach ihrem Vorbringen zutreffen konnte, so hat der Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts zur Folge, dass die Anknüpfung an das Ehwirkungsstatut zum Zeitpunkt der Eheschließung für die Beurteilung der für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe festgelegten Rechtsordnung (hier: Niederlande) auch dann maßgebend bleibt, wenn sich während der Ehe tatsächliche Veränderungen in Bezug auf den Anknüpfungspunkt – hier den gewöhnlichen Aufenthalt – ergeben (*Bauer/von Oefele-Schaub* a.a.O. Teil F Rdnr. 243; *Palandt-Heldrich* 58. Auflage 1999 Art. 15 EGBGB, Rdnr. 3). Gesetzlicher Güterstand (in den Niederlanden) ist die *allgemeine Gütergemeinschaft* („algehele gemeenschap van goederen“), Art. 93 ff. B.W. („Burgerlijk Wetboek“) (*Bauer/von Oefele-Schaub* a.a.O. Teil F Rdnr. 372). Im gesetzlichen Güterstand verwaltet grundsätzlich jeder Ehegatte die von ihm in die Gemeinschaft eingebrachten Gegenstände, so dass er hierüber verfügungsbefugt ist (*Bauer/von Oefele-Schaub* a.a.O. Teil F Rdnr. 373).

Hiernach bleibt festzuhalten, dass das Grundbuchamt – entgegen der Auffassung des Landgerichts – aufgrund der gegebenen Sachlage nicht davon ausgehen konnte, dass auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe der Beteiligten deutsches Recht anzuwenden sei. Denn der für die Rechtsanwendung maßgebliche *erste gemeinsame Aufenthalt nach der Eheschließung* konnte zumindest genauso gut in den Niederlanden wie in Deutschland gelegen haben. Dem Umstand, dass Wohnsitz und Aufenthaltsort der Beteiligten *bei Stellung des Eintragungsantrages* in Deutschland lagen, kommt für deren ersten gemeinsamen Aufenthalt nach der Eheschließung nicht einmal eine indizielle Bedeutung zu. Bei dieser Sachlage hatte das Grundbuchamt indes nach den vorangegangenen Ausführungen keinen sachlichen Grund, von den Beteiligten den Nachweis für das Bestehen einer Gütergemeinschaft niederländischen Rechts zu verlangen.

Hiernach war der angefochtene Beschluss aufzuheben und das Grundbuchamt zur Abstandnahme von seinen Bedenken anzuhalten.

## Beurkundungs- und Notarrecht

19. BeurkG §§ 14, 17, 53; GmbHG §§ 53, 54; BGB § 181 (*Amtspflicht des Notars bei Satzungsänderung*)

**Zur Amtspflicht eines Notars bei Beurkundung und Vollzug einer Satzungsänderung, durch die der Alleingeschäftsführer und -gesellschafter einer GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden soll.**

BGH, Urt. v. 18.11.1999 – IX ZR 402/97 – mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

*Zum Sachverhalt:*

Die klagende GmbH verlangt vom beklagten Notar Schadensersatz, weil er bei der Beurkundung einer Abtretung von Geschäftsanteilen und einer Gesellschafterversammlung seine Amtspflichten verletzt habe.

Der Beklagte hatte am 14.1.1985 bei der Gründung der Klägerin den Gesellschaftsvertrag beurkundet. In § 5 dieses Vertrages heißt es:

„Die Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreit.“

Gemäß der vom Beklagten errichteten Urkunde vom 20.12.1991 traten die Gesellschafter ihre Geschäftsanteile an der Klägerin mit Wirkung vom 1.1.1992 an T. G. ab. Ziffer IX dieser Urkunde betreffend eine „Gesellschafterversammlung“ lautet:

„Herr T. G. hält sodann unter Verzicht auf Einhaltung aller Formen und Fristen eine Gesellschafterversammlung ab und beschließt einstimmig:

1. Frau E. G. wird als Geschäftsführer aberufen. Ihr wird für die bisherige Tätigkeit Entlastung erteilt.
2. Herr T. G. wird zum Geschäftsführer neu bestellt. Er ist stets alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.
3. ...“

Der Beklagte reichte die Urkunde vom 20.12.1991 bei dem Amtsgericht ein und bat um Eintragung in das Handelsregister. Das Amtsgericht teilte dem Beklagten am 28.1.1992 Folgendes mit:

„Dem Vollzug der vorbezeichneten Anmeldung steht folgendes Eintragungshindernis entgegen:

Die Satzung der Gesellschaft sieht keine Möglichkeit vor, die Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien. Die angemeldete Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens kann daher nur bei entsprechender Satzungsänderung eingetragen werden (BayObLG BB 1980, 1442).

Es wird um Erledigung innerhalb einer Frist von zwei Monaten gebeten.“

Mit Schreiben an das Amtsgericht vom 3.2.1992 nahm der Beklagte „den Antrag dahingehend zurück, dass Herr T. G. von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist“.

Inzwischen hatte T. G. als Alleingeschäftsführer und -gesellschafter der Klägerin mit dieser am 2.1.1992 einen schriftlichen „Gesellschafter-Geschäftsführer-Vertrag“ geschlossen, in dessen § 4 die Vergütung für die Geschäftsführertätigkeit geregelt wurde. § 6 dieses Vertrages lautet:

„Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“

Am 3.5.1994 wertete das Finanzamt Vergütungsleistungen der Klägerin an ihren Alleingeschäftsführer und -gesellschafter als verdeckte Gewinnausschüttungen, weil dieser nicht wirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen und infolgedessen der Anstellungsvertrag unwirksam sei. Deswegen wurde gegen die Klägerin erhöhte Körperschaft- und Gewerbesteuer – teilweise nebst Solidaritätszuschlag – für 1992 und 1993 festgesetzt.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin in der Hauptsache vom Beklagten begehrt, einen Steuerschaden von 83.189,49 DM und Steuerberater-

kosten von 17.972,20 DM – jeweils nebst Zinsen – zu ersetzen (Klageanträge zu 1 und 3), die Klägerin von der Belastung mit Körperschaftsteuer auf die künftige Ersatzleistung und von Stundungszinsen zu befreien (Klageanträge zu 2 und 4) sowie festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von Mehrsteuern für 1994 infolge seiner geltend gemachten Amtspflichtverletzung freizustellen (Klageantrag zu 5). Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Dieser erstrebt mit seiner Revision die Abweisung der Klage. Diese hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache (§§ 564, 565 Abs. 1 ZPO).

(...)

#### II.

Die Revision beanstandet mit Erfolg, dass das Berufungsgericht den Klageanspruch zu 1, mit dem Ersatz der Steuer Nachteile für 1992 und 1993 in Höhe von 83.189,49 DM nebst Zinsen verlangt wird, dem Grunde nach für gerechtfertigt gehalten hat (§ 19 BNotO).

1. Das Berufungsgericht hat – ebenso wie das Landgericht – angenommen, der beklagte Notar habe bei der Beurkundung vom 20.12.1991 seine Amtspflicht gemäß § 17 BeurkG verletzt. Als er nach der Abtretung sämtlicher Geschäftsanteile an T. G. – in Ziff. IX der Urkunde – eine „Gesellschafterversammlung“ des neuen Alleingeschäfters mit dem Inhalt beurkundet habe, dass dieser zum neuen, alleinvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Alleingeschäftsführer bestellt werde, habe der Beklagte darauf hinweisen müssen, dass nach § 5 des von ihm beurkundeten Gesellschaftsvertrages vom 14.1.1985 die Geschäftsführer der Klägerin nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit seien, und auf eine entsprechende Satzungsänderung hinwirken müssen.

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht Stand. Der Beklagte hat bei dieser Beurkundung nicht seine Prüfungs- und Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG verletzt.

Der Beklagte hat pflichtgerecht – in Ziffer IX der Urkunde – eine ordnungsmäßige Satzungsänderung beurkundet, durch die der neue Alleingeschäftsführer und -gesellschafter von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden sollte (§ 53 GmbHG), wie die Revision zu Recht geltend macht.

a) Die Übertragung der Geschäftsanteile war mit der Beurkundung der entsprechenden Erklärungen der Beteiligten – zum 1.1.1992 (Ziff. II der Urkunde) – wirksam geworden (§ 15 Abs. 3, 5, § 16 GmbHG). Die nach § 7 des Gesellschaftsvertrages erforderliche Zustimmung aller Gesellschafter ist in Ziffer V der Urkunde erklärt worden (§§ 182, 183 BGB; vgl. BGHZ 13, 179, 184, 186).

b) Nach § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbHG ist, wenn sich – wie hier – alle Geschäftsanteile der Gesellschaft in der Hand eines Gesellschafters befinden und dieser zugleich deren alleiniger Geschäftsführer ist, auf dessen Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft § 181 BGB anzuwenden. Das bedeutet, dass ein solcher Geschäftsführer als Vertreter der GmbH mit sich selbst nur dann Rechtsgeschäfte vornehmen darf, wenn ihm dies im Gesellschaftsvertrag gestattet ist, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

c) Dem einzigen Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH können Rechtsgeschäfte mit sich selbst von vorneher-

ein im Gesellschaftsvertrag oder nachträglich durch Änderung der Satzung gestattet werden; die Gestattung ist nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG in das Handelsregister einzutragen (BGHZ 87, 59, 60 f.; vgl. BGHZ 114, 167, 170 ff.). Eine nachträgliche allgemeine Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB ist in der Regel dann eine Satzungsänderung gemäß §§ 53, 54 GmbHG, wenn – wie im vorliegenden Falle – der Gesellschaftsvertrag die gesetzliche Einschränkung vorgesehen hatte (BayObLG BB 1980, 1442 f.).

d) Der vom Beklagten beurkundete Beschluss des neuen Alleingeschäfters über seine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erfüllt nach seinem objektiven Inhalt die Voraussetzungen einer Satzungsänderung gemäß § 53 GmbHG. Daran ändert es nichts, dass eine entsprechende Überschrift fehlt.

2. Der Beklagte hat jedoch seine Amtspflichten bei der weiteren Abwicklung des Urkundsgeschäfts verletzt.

Da die Satzungsänderung in das Handelsregister einzutragen war, weil sie erst damit wirksam wurde (§ 54 Abs. 3 GmbHG), hatte der Beklagte diese Eintragung zu veranlassen (§ 53 BeurkG). Dabei handelte es sich um eine unselbständige Amtspflicht zur Abwicklung des Urkundsgeschäfts (vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1977 – VI ZR 61/76, WM 1977, 1259, 1260; v. 14.5.1992 – IX ZR 262/91, WM 1992, 1533, 1534).

a) Die Klägerin hat erstmals mit ihrer Revisionserwiderung geltend gemacht, der Beklagte habe seine Amtspflicht verletzt, indem er bei der Anmeldung der Satzungsänderung zur Eintragung in das Handelsregister die Erfordernisse des § 54 Abs. 1, 2 GmbHG – i.V.m. § 10 Abs. 1 GmbHG – nicht beachtet habe (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 16.2.1987 – II ZB 12/86, WM 1987, 1100, 1101 [= MittBayNot 1987, 259]). Dazu hat die Klägerin in den Vorinstanzen nichts vorgetragen. Sollte sie dies im weiteren Berufungsverfahren nachholen, so wird nach Stellungnahme des Beklagten durch das Berufungsgericht zu prüfen sein, ob insoweit eine schadensursächliche, schuldhaftige Pflichtverletzung vorliegt.

b) Gemäß dem vorliegenden Sach- und Streitstand ist davon auszugehen, dass der geltend gemachte Steuerschaden auf die Rücknahme des Antrags auf Eintragung der Satzungsänderung in das Handelsregister zurückzuführen ist. Diese Schadensursache hat der Beklagte durch eine Amtspflichtverletzung bei der Abwicklung seines Urkundsgeschäfts herbeigeführt.

aa) Er hat pflichtwidrig gehandelt, wenn er den Antrag ohne Zustimmung des Geschäftsführers der Klägerin zurückgenommen hat (vgl. zum Weisungsrecht der Beteiligten im Rahmen des § 53 BeurkG: *Keidel/Kuntze/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit – Teil B: BeurkG –, 14. Aufl. § 53 Rdnr. 20).

bb) Hat der Beklagte – gemäß seiner Behauptung – den Eintragungsantrag zurückgenommen, weil er dazu vom Vater des Geschäftsführers der Klägerin oder vom Steuerberater B. der für die Klägerin tätigen Steuerberatungsgesellschaft namens und in Vertretung des Geschäftsführers der Klägerin angewiesen worden war, so hat er seine Amtspflicht zur allgemeinen Betreuung der Urkundsbeteiligten (§ 14 Abs. 1 BNotO) verletzt.

Eine solche Amtspflicht besteht dann, wenn der Notar nach den besonderen Umständen des Einzelfalles – vor allem wegen der rechtlichen Anlage oder der vorgesehenen Art der Durchführung des Geschäfts – Anlass zu der Vermutung haben muss, einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil er sich

wegen Unkenntnis der Rechtslage der Gefahr nicht bewusst ist (BGH, Urt. v. 7.2.1991 – IX ZR 24/90, WM 1991, 1046, 1049; v. 14.5.1992 a.a.O.).

Nach einer Weisung der Urkundsbeteiligten, den Antrag auf Eintragung der Satzungsänderung zurückzunehmen, hatte ein pflichtbewusster Notar Anlass zu der Besorgnis, den Beteiligten drohten Nachteile, weil sie die Rechtsfolgen nicht übersehen und bedenken konnten. Bei einer Rücknahme des Eintragungsantrags konnten die beurkundete Satzungsänderung und infolgedessen die erstrebte Befreiung des Geschäftsführers der Klägerin von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht rechtswirksam werden (§ 54 Abs. 3 GmbHG); dann waren die Vermögensinteressen der Klägerin und ihres Geschäftsführers gefährdet, weil Rechtsgeschäfte zwischen diesen grundsätzlich unwirksam waren (§ 181 BGB). Dies hätte der Beklagte erkennen und deswegen den Geschäftsführer der Klägerin über die Gefahr aufklären müssen. Eine entsprechende Behelung ist unstreitig nicht erteilt worden.

cc) Danach hat der Beklagte seine Amtspflicht verletzt, indem er entweder den Eintragungsantrag ohne Weisung zurückgenommen oder nach einer solchen Weisung den Geschäftsführer der Klägerin nicht über die damit verbundene Vermögensgefährdung belehrt hat.

Die verletzte Amtspflicht hat für den Beklagten im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO auch gegenüber der klagenden Gesellschaft bestanden. Diese war zwar an dem Urkundsgeschäft nicht unmittelbar beteiligt (§ 6 Abs. 2 BeurkG); sie war auch nicht mittelbar Beteiligte, weil sie dem Beklagten bei der Beurkundung keine eigenen Belange anvertraut hatte. Die Klägerin war aber geschützte Dritte im Sinne dieser Vorschrift, weil ihre Interessen durch das Urkundsgeschäft nach dessen Art und Zweck berührt wurden (vgl. BGHZ 58, 343, 353; BGH, Urt. v. 11.2.1983 – V ZR 300/81, WM 1983, 416, 417; v. 21.1.1988 – IX ZR 252/86, WM 1988, 545, 547; v. 14.5.1992, a.a.O.; v. 26.6.1997 – IX ZR 163/96, WM 1997, 1901, 1902).

dd) Die Amtspflichtverletzung des Beklagten beruht auf Fahrlässigkeit (§ 276 BGB). Er hätte bei Anwendung der für seinen Pflichtenkreis erforderlichen Sorgfalt die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens erkennen und die sich daraus ergebenden Nachteile für die Klägerin vermeiden können und müssen.

(...)

20. BeurkG § 53; BGB § 139, § 313; BNotO § 15 Abs. 1, 2 (*Vollzug bei Zweifeln über Wirksamkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts*)

**Der Notar handelt nicht pflichtwidrig, wenn er eine Urkunde zum Vollzug einreicht, bei der nicht sicher ist, ob das beurkundete Rechtsgeschäft wegen Formnichtigkeit einer Zusatzvereinbarung gemäß § 139 BGB nichtig ist.**

BayObLG, Beschluss vom 27.10.1999 – 3Z BR 316/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligte zu 1 kaufte mit notariellem Vertrag vom 23.12.1998 ein Anwesen in München zum Kaufpreis von 3.100.000 DM.

Der Kaufvertrag sieht in Abschnitt 16 ein Rücktrittsrecht der Beteiligten zu 2 (Verkäuferin) vor, wenn die Käuferin den Kaufpreis nicht innerhalb von 14 Tagen nach Fälligkeit vollständig bezahlt. Die Parteien weisen den Notar in dem Vertrag an, die Löschung der

zugunsten der Käuferin eingetragenen Auflassungsvormerkung beim Grundbuchamt zu beantragen. Der Notar soll laut Kaufvertrag den Löschantrag nur dann vorlegen, wenn ihm der Verkäufer versichert, entsprechend den Bedingungen vom Vertrag zurückgetreten zu sein, und der Käufer dem Notar nicht innerhalb von 14 Tagen nach Absendung einer schriftlichen Aufforderung an die zuletzt dem Notar bekanntgegebene Adresse des Käufers nachweist, den Kaufpreis bezahlt zu haben.

Neben dem notariell beurkundeten Kaufvertrag schlossen die Beteiligten ebenfalls am 23.12.1998 eine weitere, nicht beurkundete Vereinbarung. Auf Grund dieser Vereinbarung übergab die Käuferin der Verkäuferin einen Verrechnungsscheck über 425.000 DM. Laut Vereinbarung sollte dieser Betrag der Abdeckung von Projektkosten, Planungskosten und sonstigen Vorlaufkosten einschließlich Entwicklungskosten dienen. Die Verkäuferin sollte von dem Betrag von dem Tag an Gebrauch machen können, an dem Nutzen und Lasten des verkauften Grundstücks nach dem Kaufvertrag auf den Käufer übergehen.

Da die Beschwerdeführerin den Kaufpreis nicht bezahlte, erklärte die Verkäuferin den Rücktritt vom Vertrag und forderte den Notar auf, gemäß der in Abschnitt 16 der Kaufvertragsurkunde getroffenen Vereinbarung, die zugunsten der Käuferin eingetragene Auflassungsvormerkung löschen zu lassen. Der Notar forderte die Beschwerdeführerin auf, ihm innerhalb von 14 Tagen nachzuweisen, dass der Kaufpreis bezahlt sei. Ein Nachweis seitens der Käuferin erfolgte nicht. Die Käuferin berief sich vielmehr darauf, dass wegen der nicht beurkundeten Zusatzvereinbarung der Kaufvertrag und infolgedessen auch die Anweisung an den Notar, die Urkunde zur Löschung der Auflassungsvormerkung dem Grundbuchamt vorzulegen, nichtig sei.

Mit Schreiben vom 15.7.1999 teilte der Notar der Käuferin mit, dass er den Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung dem Grundbuchamt vorlegen werde, wenn ihm dies nicht zuvor durch eine einstweilige Verfügung verboten werde oder Beschwerde gemäß § 15 BNotO erhoben werde.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Käuferin am 6.9.1999 zurückgewiesen. Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1. Die weitere Beschwerde ist gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO, §§ 27, 29 FGG zulässig. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten zu 1 folgt aus der Zurückweisung der Erstbeschwerde. Das Rechtsmittel ist aber unbegründet.

2. Das Landgericht hat ausgeführt, der Notar sei nicht verpflichtet, die Einreichung des Antrags auf Löschung der Auflassungsvormerkung zu unterlassen. Die Pflicht zur Einreichung folge aus § 53 BeurkG. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift solle der Notar von der Einreichung der Urkunde nur dann absehen, wenn alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangten. Einseitigen Weisungen habe der Notar nicht nachzukommen. Ein Fall, der es erlaube, ausnahmsweise einen einseitigen Widerruf zu beachten, liege nicht vor. Ernsthafte Bedenken an der Wirksamkeit des notariellen Vertrages genügen nicht. Eine klar erkennbare Nichtigkeit liege nicht vor. Den behaupteten Nichtigkeitsgründen sei die Verkäuferin hinreichend substantiiert entgegengetreten. Da die Aufklärungsmöglichkeiten des Notars beschränkt seien, könne er die Richtigkeit des Parteivortrages nicht abschließend beurteilen. Es liege auch keine hohe Wahrscheinlichkeit dafür vor, dass das Grundbuch unrichtig werde, wenn der Notar die Urkunde zum Vollzug dem Grundbuchamt einreiche.

3. Die landgerichtliche Entscheidung hält der im Rechtsbeschwerdeverfahren allein möglichen rechtlichen Nachprüfung stand (§ 15 Abs. 2 Satz 2 BNotO, § 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

a) Zutreffend ist das Landgericht von der Zulässigkeit der Erstbeschwerde ausgegangen. Dem Notar obliegt bei der Beurkundung von Willenserklärungen, zu deren Vollzug eine Grundbucheintragung notwendig ist, die Amtspflicht, die Urkunde ohne Verzögerung beim Grundbuchamt einzureichen (§ 53 BeurkG). Gegen die Weigerung des Notars, die Urkunde einzureichen, kann gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO Beschwerde eingelegt werden, da diese Tätigkeit mit der Urkundstätigkeit in so engem Zusammenhang steht, dass sie als deren Bestandteil anzusehen ist (OLG Hamm OLGZ 1994, 495 [= MittBayNot 1994, 370]; *Seybold/Schippel/Reithmann* BNotO 6. Aufl. § 15 Rdnr. 27 ff.; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 53 BeurkG Rdnr. 4). Eine Amtsverweigerung des Notars in diesem Sinne liegt auch dann vor, wenn der Notar sich weigert, den Anweisungen eines Vertragsbeteiligten zu folgen (OLG Hamm a.a.O.; OLG Schleswig DNotZ 1953, 67/71). Die Beschwerde ist auch dann zulässig, wenn sie sich wie hier gegen die Ankündigung einer Amtshandlung (Vorbescheid) richtet (BayObLGZ 1998, 6 [= MittBayNot 1998, 200]).

b) aa) Nach § 53 BeurkG soll der Notar die Einreichung beim Grundbuchamt oder Registergericht veranlassen, sobald die Urkunden vollzogen werden können. Hierbei handelt es sich um eine Amtspflicht, die nur entfällt, wenn die Beteiligten etwas anderes verlangen oder wenn der Notar nachträglich erkennt, dass die Beteiligten unredliche oder unerlaubte Zwecke verfolgen oder dass er deshalb die Beurkundung hätte ablehnen müssen (OLG Hamm a.a.O.; OLG Schleswig DNotZ 1993, 67/71; *Keidel/Winkler* BeurkG 13. Aufl., § 53 Rdnr. 22).

Nach Vollzugsreife darf der Notar von der Einreichung der Urkunde nicht schon dann Abstand nehmen, wenn nur einer der Beteiligten den Vollzugsantrag zurücknimmt oder widerruft; eine einseitige Weisung befreit den Notar nicht von der ihm obliegenden Amtspflicht (OLG Hamm DNotZ 1987, 166; OLG Köln OLGZ 1990, 397). Es ist nicht Sache des Notars, die Wirksamkeit des Widerrufs eines Vollzugsantrags zu überprüfen, zumal § 53 BeurkG ihn gerade dieser schwierigen, im Ergebnis oft zweifelhaften und für ihn mit einem erheblichen Risiko verbundenen Prüfung entheben wollte (OLG Hamm DNotZ 1994, 498; *Jansen* § 53 Rdnr. 17). Wer sich auf die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages beruft, muss eine der Urkunde entgegenstehende Rechtslage im Prozesswege geltend machen und zur Verhinderung des Vollzugs der Urkunde im Wege der einstweiligen Verfügung ein Verbot erwirken (OLG Hamm aaO; OLG Köln a.a.O.; *Jansen* a.a.O.). Nur wenn es für den Notar in hohem Maße wahrscheinlich ist, dass durch seine Mitwirkung das Grundbuch unrichtig würde, darf er nicht tätig werden (OLG Hamm a.a.O.; *Jansen* a.a.O.).

bb) Diese Grundsätze hat das Landgericht bei seiner Entscheidung beachtet. Der Notar ist nicht verpflichtet, den Vollzug der Urkunde endgültig auszusetzen. Zwar sprechen gewichtige Umstände dafür, dass die Zusatzvereinbarung wegen Verstoßes gegen die Beurkundungspflicht nach § 313 BGB nichtig ist (vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB 58. Aufl. § 313 Rdnr. 32 bis 34). Das Beurkundungserfordernis erstreckt sich nicht nur auf die Veräußerungs- und Erwerbspflicht, sondern auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das Schuldrechtsgeschäft zusammensetzt (BGHZ 63, 361; 74, 348; NJN 1984, 974).

(1) Nicht beurkundete Zusatzvereinbarungen führen aber nicht zwingend zur Nichtigkeit des beurkundeten Teils des Rechtsgeschäfts. Der Formverstoß ist gemäß § 139 BGB

unschädlich, wenn die Parteien den beurkundeten Teil des Geschäfts auch ohne den nicht beurkundeten abgeschlossen hätten (vgl. BGH NJW 1981, 222; NJW-RR 1993, 14; *Palandt/Heinrichs* a.a.O. Rdnr. 25). Ob dies der Fall ist, kann der Notar nur schwer feststellen. Entscheidend ist nicht seine Einschätzung, sondern die objektive Rechtslage. Diese lässt sich nur im Prozessweg klären. Der Notar handelt jedenfalls nicht pflichtwidrig, wenn er eine Urkunde vollzieht, bei deren Schaffung § 313 BGB möglicherweise nicht ausreichend beachtet wurde, aber die Aufrechterhaltung des beurkundeten Teils ernsthaft in Betracht kommt.

(2) Die Behauptung der Beschwerdeführerin, es liege eine Unterverbriefung vor, führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar handelt es sich um ein Scheingeschäft, wenn die Vertragsparteien den wirklichen Kaufpreis nicht beurkunden lassen. Nach § 117 BGB ist dann auch der beurkundete Vertrag nichtig (*Palandt/Heinrichs* a.a.O. § 117 Rdnr. 8). Die Antragsgegnerin bestreitet aber eine Unterverbriefung. Auch diese Frage kann letztlich nur im Prozessweg geklärt werden. Der Notar verhält sich nicht pflichtwidrig, wenn er trotz der behaupteten Unterverbriefung die Urkunde vollzieht.

---

21. BGB § 613 a; KSchG § 1; BNotO § 4, § 6 b, § 47, § 48, § 51, § 53, § 56, § 58, § 64, § 111 (*Zum Betriebsübergang gemäß § 613a BGB auf Amtsnachfolger des Einzelnotars*)

**Wesentliches Substrat des Notariats ist die höchstpersönliche Notarbefugnis (Notaramt). Die Bestellung eines neuen Notars zur hauptberuflichen Amtsausübung führt deshalb auch dann nicht zu einem rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang gem. § 613 a BGB, wenn der neue Notar die Kanzlei und das Personal eines aus dem Amt entlassenen Notars übernimmt.**

BAG, Urteil vom 26.8.1999 – 8 AZR 827/98 –

*Zum Sachverhalt:*

Die Klägerin war seit August 1967 bei dem beklagten Notar als Notarfachangestellte beschäftigt. Der Beklagte beantragte mit Schreiben vom 11.4.1997 bei dem Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen, ihn zum 1.12.1997 aus dem Amt des Notars zu entlassen. Dem entsprach der Justizminister mit Erlass vom 12.5.1997.

Am 17.4.1997 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich zum Ablauf des 30.11.1997. Ebenfalls im April 1997 kündigte er die Arbeitsverhältnisse der weiteren sechs Arbeitnehmer.

Im August oder September 1997 ernannte der Justizminister einen neuen Notar mit Wirkung vom 1.12.1997. Dieser mietete die Räumlichkeiten, in denen der Beklagte das Notariat betrieb, von der Vermieterin an, und betreibt nach einem Umbau dort seine Notarpraxis. Mit Ausnahme der Klägerin stellte er alle Mitarbeiter des Beklagten ein und übernahm von dem Beklagten Gegenstände aus dessen Praxis.

Mit der am 7.5.1997 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin geltend gemacht, die Kündigung sei gemäß § 613 a BGB unwirksam, da sie wegen der bevorstehenden Übertragung des Notariats erfolgte. Diese Übertragung stelle einen Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB dar.

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 17.4.1997 nicht aufgelöst worden sei.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei aus dringenden betrieblichen Erfordernissen erfolgt und deswegen sozial gerechtfertigt. Ein Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB liege nicht vor. Der neu bestellte

Notar übe ein neues Amt aus. Auf Grund des Hoheitsaktes der Notarbestellung fehle es an dem erforderlichen Rechtsgeschäft.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist nicht begründet. Die Kündigung des Beklagten ist rechtswirksam. Sie hat das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30.11.1997 aufgelöst.

I. Die Kündigung ist nicht gemäß § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam. Sie ist nicht wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochen worden.

1. Wegen eines Betriebsübergangs wird die Kündigung nur dann ausgesprochen, wenn der Betriebsübergang die überwiegende Ursache der Kündigung bildet. Der Betriebsübergang muss Beweggrund für die Kündigung gewesen sein. Dabei ist ausschließlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung, also bei Zugang der Kündigung abzustellen (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG Urteil vom 27.2.1997 – 2 AZR 160/96 – BAGE 85, 194, 200 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Wiedereinstellung, zu II 2 c der Gründe). Ein bevorstehender Betriebsübergang kann nur dann zur Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 613 a Abs. 4 BGB führen, wenn die den Betriebsübergang ausmachenden Tatsachen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits feststehen oder zumindest greifbare Formen angenommen haben (BAG Urteil vom 19.5.1988 – 2 AZR 596/87 – BAGE 59, 12, 23 = AP Nr. 75 zu § 613 a BGB, zu B V 2 b der Gründe; Senatsurteile vom 13.11.1997 – 8 AZR 295/95 – BAGE 87, 115 = AP Nr. 169 zu § 613 a BGB, zu II 1 der Gründe; vom 10.12.1998 – 8 AZR 264/98 – n.v., zu II 1 a der Gründe und vom 21.1.1999 – 8 AZR 298/98 – n.v., zu II 1 a der Gründe).

2. Greifbare Formen einer bevorstehenden „Übernahme des Notariats“ waren am 17.4.1997 nicht gegeben.

a) Die Landesjustizverwaltung errichtet Notarstellen im Rahmen staatlicher Bedarfsplanung durch Ausübung des ihr in § 4 BNotO eingeräumten Organisationsermessens. Die Errichtung hat, wie auch die Einziehung, nur die abstrakt-organisatorische Einheit zum Gegenstand, die als Bestandteil der öffentlichen Verwaltung der Erfüllung staatlicher Aufgaben dient (BGH Beschluss vom 18.11.1995 – NotZ 46/94 – NJW 1996, 123; *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 22). Sie ist der Ausschreibung (§ 6 b BNotO) wie der Berufung eines Bewerbers in das Notaramt sachlich und zeitlich vorgelagert. Demnach stand mit dem Entlassungsantrag des Beklagten vom 11.4.1997 und dessen Bewilligung durch das Justizministerium nicht fest, dass mit dem Erlöschen des Notaramtes des Beklagten wieder ein Notar in dem vorliegenden Bezirk ernannt werde. Dies bedurfte erst der Ausübung des Organisationsermessens der Justizverwaltung.

b) Es ist nicht ersichtlich, dass dieses Ermessen bereits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 17.4.1997 ausgeübt worden ist, zumal die Entlassung des Beklagten erst mit dem Erlass vom 12.5.1997 erfolgte. Etwas anderes ist von der darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin auch nicht behauptet worden.

3. Darüber hinaus stellt die „Übernahme des Notariats“ keinen rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang dar.

a) Ein Betriebsübergang setzt die Wahrung der Identität der betreffenden Einheit voraus. Der Begriff Einheit bezieht sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. nur zuletzt Senatsurteil vom 18.3.1999 – 8 AZR 159/98 – zur Veröffentlichung vorgesehen, zu II 1 der Gründe). In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung ihrer Identität ist anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte (vgl. nur Senatsurteile vom 11.12.1997 – 8 AZR 729/96 – BAGE 87, 303, 305 ff. = AP Nr. 172 zu § 613 a BGB, zu B I 2 der Gründe; vom 18.3.1999 – 8 AZR 196/98 – NJW 1999, 2459, zu B I der Gründe). Der Übergang eines Betriebes setzt dessen Fortbestehen voraus, d.h. ein Übergang ist ausgeschlossen, wenn der Betriebsinhaber den Betrieb in seinem Substrat zuvor aufgelöst hat, wenn also der Betrieb als funktionsfähige arbeits-technische oder wirtschaftliche Einheit nicht mehr besteht.

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze liegt ein Betriebsübergang von dem Beklagten auf den Notar S. nicht vor.

aa) Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei einem Nurnotariat angesichts der mit ihm verbundenen Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben um einen Betrieb im Sinne von § 613 a BGB handelt (vgl. nur Senatsurteil vom 26.6.1997 – 8 AZR 426/95 – BAGE 86, 148, 151 = AP Nr. 165 zu § 613 a BGB, zu I 2, 3 der Gründe).

bb) Die organisatorische Einheit „Notariat“ ist mit der Entlassung des Beklagten aus dem Amt erloschen.

Die konkrete Befugnis des Nurnotars zur hauptberuflichen Amtsausübung, das Notaramt, erlischt gemäß § 47 Nr. 2 BNotO mit Wirksamwerden der Entlassung (§ 48 BNotO). Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 56 Abs. 1 BNotO über die sich an das Erlöschen des Notaramtes anschließende Notariatsverwaltung. Diese bedeutet kein Fortbestehen der bisherigen Notarstelle bzw. des Notaramtes. Sie ist vielmehr ein selbständiges öffentliches Amt (BGH Beschluss vom 14.8.1989 – NotZ 1/89 – DNotZ 1991, 72).

Die Notarstelle als abstrakt-organisationsrechtliche Einheit besteht ebenfalls nicht fort. Es gibt keinen Grundsatz der Stellenkontinuität. Erlischt das Amt eines Notars gemäß § 47 BNotO, ist nach allgemeinen organisationsrechtlichen Maßstäben (§ 4 BNotO) zu entscheiden, ob Rechtspflegebelange es erfordern, einen neuen Notar zu bestellen. Wird diese Frage bejaht, so ist die Notarstelle neu zu errichten, wird dies verneint, ist sie eingezogen. Diese Diskontinuität ergibt sich für

das Anwaltsnotariat schon aus § 56 Abs. 2 BNotO, wonach beim Ausscheiden eines Anwaltsnotars durch Erlöschen des Amtes an seiner Stelle ein Notariatsverwalter bestellt werden kann, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht (vgl. Bohrer, a.a.O., Rdnr. 243 f.). Nichts anderes gilt für das Nurnotariat. Die Notarstelle ist nicht nachfolgefähig, weil sie nicht selbständig ohne das Notaramt als höchstpersönlicher Befugnis denkbar ist. Es bedarf immer der Übertragung des Notaramtes, um die Rechtspflegeaufgaben erfüllen zu können. Für diese Tätigkeit hat die Errichtung der Notarstelle keine eigenständige Bedeutung. Auch besteht kein Anspruch auf eine Stellenerichtung und Ausschreibung. Die Bestimmung der Zahl der Amtsinhaber und der Zuschnitt der Notariate unterliegt allein der Organisationsgewalt des Staates (BVerfGE 73, 280, 292; BGH Beschluss vom 18.9.1995, a.a.O.). Wenn nach den §§ 56 Abs. 1, 58 Abs. 1 und 64 Abs. 1 BNotO eine möglichst nahtlose Kette zeitlich nachfolgender Amtsinhaber zu den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege gehört, bedeutet dies nicht das Fortbestehen der Notarstelle, sondern stellt lediglich einen justizorganisatorischen Belang bei der Entscheidung über die Neuerrichtung der Notarstelle dar (Bohrer, a.a.O., Rdnr. 244).

Wesentliches Substrat des Notariats ist die höchstpersönliche Notarbefugnis. Mit ihrem Erlöschen ist das bisherige Notariat aufgelöst. Aus der Übernahme des gesamten Personals mit Ausnahme der Klägerin kann das Vorliegen eines Betriebsüberganges deshalb nicht hergeleitet werden. Auch wenn es sich um eine Dienstleistung für den Mandanten handelt, ermöglicht die Beschäftigung des bisherigen Personals nicht das Betreiben eines Notariats. Das Personal stellt auch keinen eigenständigen Betriebsteil dar, der unabhängig von dem Gesamtbetrieb übergehen könnte.

Demnach kommt auch der Übertragung der Kanzlei bestehend aus den Geschäftsräumen und dem Büroinventar keine eigenständige, einen Betriebsübergang begründende Bedeutung zu. Die Kanzlei bildet lediglich das sächliche Substrat der Berufsausübung. Die sächlichen und persönlichen Betriebsmittel stellen ohne die Notarbefugnis keinen funktionsfähigen Betrieb dar und sind somit lediglich Hilfsmittel zur Ausübung des Notaramtes. Das kommt auch in § 53 BNotO zum Ausdruck.

Nichts anderes ergibt sich aus der etwaigen Übernahme der Akten des Beklagten. Abgesehen davon, dass der Beklagte über die Akten nicht selbst verfügen konnte – dies obliegt der Justizverwaltung (vgl. die eingehenden Regelungen in § 51 BNotO) – sind diese nicht das wesentliche Betriebssubstrat. Zwar können gerade im Dienstleistungsbereich die immateriellen Betriebsmittel, also die Geschäftsbeziehungen zu Dritten, der Kundenstamm und die Kundenbeziehungen von wesentlicher Bedeutung sein. Im Nurnotariat kann jedoch ohne die Notarbefugnis die Tätigkeit nicht ausgeübt werden, was die Akten und Kundenbeziehungen wertlos macht. Mit den Akten allein können die „unternehmerischen“ Zwecke des Notariats nicht verfolgt werden.

Aus alledem folgt, dass die Neuerteilung der Notarbefugnis allenfalls eine Funktionsnachfolge begründet. Diese stellt entgegen der Auffassung der Klägerin keinen Betriebsübergang dar (vgl. nur Senatsurteile vom 13.11.1997 – 8 AZR 295/95 – BAGE 87, 115 = AP Nr. 169 zu § 613 a BGB, zu II 2 der Gründe; vom 22.1.1998 – 8 AZR 243/95 – AP Nr. 173 zu § 613 a BGB, zu B II 1 der Gründe). Das entspricht den europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 77/187. Eine Einheit im Sinne der Richtlinie darf nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden (EuGH Urteil vom 11.3.1997 – Rs C – 13/95

– EuGHE I 1997, 1259 = AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 [Ayse Süzen], zu Nr. 15).

c) Schließlich fehlt es an einem Rechtsgeschäft im Sinne von § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Neuerrichtung und die Neuvergabe des Notaramtes erfolgten jeweils nicht durch ein Rechtsgeschäft. Die Weitervermietung der Geschäftsräume und die Übernahme des Personals reichen zur Begründung eines rechtsgeschäftlichen Betriebsüberganges nicht aus.

aa) Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist weit zu verstehen und erfasst alle Fälle, in denen die für den Betrieb verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtung gegenüber den Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher oder sonst rechtsgeschäftlicher Beziehungen wechselt, ohne dass unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber bestehen müssen (EuGH Urteil vom 7.3.1996 – Rs C – 171/94 – EuGHE I 1996, 1253 = AP Nr. 9 zu EWG-Richtlinie 77/187 [Merckx und Neuhuys, Nr. 27 f., 30]; EuGH Urteil vom 12.11.1992 – Rs C – 209/91 – EuGHE I 1992, 5755 = AP Nr. 5 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 [Rask]; EuGH Urteil vom 19.5.1992 – Rs C – 29/91 – EuGHE I 1992, 3189 AP Nr. 107 zu § 613 a BGB, Rdnr. 10 f. [Stichting]; Senatsurteil vom 11.12.1997 – 8 AZR 729/96 – a.a.O., zu B I 2 d der Gründe). Dies entspricht dem Zweck der Beschränkung des § 613 a BGB auf rechtsgeschäftliche Betriebsübergänge. Dieser Zweck geht dahin, die Fälle der Universalsukzession kraft Gesetzes (BAG Urteil vom 10.5.1982 – 5 AZR 839/79 – AP Nr. 1 zu § 104 KVLG, zu 2 der Gründe; BAG Urteil vom 18.2.1976 – 5 AZR 616/74 – AP Nr. 1 Saarland UniversitätsG, zu I 1 der Gründe; BAG Urteil vom 6.9.1978 – 4 AZR 162/77 – AP Nr. 13 zu § 613 a BGB [Bl. 496]) oder sonstigen Hoheitsaktes von der Anwendung der Vorschrift auszuschließen.

bb) Die Errichtung einer Notarstelle ist ein verwaltungsinterner Vorgang (BGH Beschluss vom 18.9.1995, a.a.O.). Die Übertragung der Notarbefugnis erfolgt durch einen Hoheitsakt, nämlich einen – begünstigenden – Verwaltungsakt der Landesjustizverwaltung (vgl. § 111 BNotO). Ein solches Verwaltungshandeln kann einen rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB nicht begründen.

cc) Ebensowenig kann die rechtsgeschäftliche Übernahme der Geschäftsräume, des Büromaterials und des Personals den rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB begründen. Es kommt zwar nicht auf unmittelbare vertragliche Beziehungen zwischen Erwerber und Veräußerer an. Auch kann die Übertragung durch ein Bündel von Rechtsgeschäften erfolgen. Erforderlich ist aber, dass der Erwerber auf vertraglicher Grundlage die Möglichkeit erwirbt, eine im Wesentlichen unveränderte Arbeitsaufgabe fortzuführen (Senatsurteil vom 11.12.1997 – 8 AZR 729/96 – a.a.O., zu B I 2 d der Gründe). Die Betriebsfortführung wird dem neuen Notar jedoch nicht durch die Übertragung der genannten Betriebsmittel und Übernahme des Personals eröffnet. Maßgeblich hierfür ist allein die Übertragung der Notarbefugnis, die nicht durch Rechtsgeschäft erfolgt.

II. Einer Vorlage der Frage an den EuGH, ob das Nurnotariat dem Anwendungsbereich der Richtlinie 77/187 unterfällt, bedarf es entgegen der Auffassung der Klägerin nicht. Das letztinstanzlich entscheidende Gericht hat zwar gemäß Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag dem EuGH die Fragen in einem Vorabentscheidungsverfahren vorzulegen, in denen Zweifel über den Anwendungsbereich der Richtlinie bestehen. Diese Voraussetzung liegt aber nicht vor. Die hier zu entscheidenden

Fragen sind vom EuGH bereits entschieden worden. Danach findet die Richtlinie 77/187 weder auf Hoheitsakte (EuGH Urteil vom 15.10.1996 – Rs C – 298/94 – EuGHE I 1996, 4989, 5020 = AP Nr. 13 zu EWG-Richtlinie 77/187, Nr. 14 und 17) noch auf bloße Funktionsnachfolgen (EuGH Urteil vom 11.3.1997, a.a.O., Nr. 15) Anwendung. Des Weiteren hat der EuGH wiederholt die Kriterien benannt, wann ein Übergang im Sinne der Richtlinie vorliegt (Urteil vom 11.3.1997, a.a.O.; Urteil vom 10.12.1998 – verb. Rs C-173/96, u. C-247/96 – NZA 1999, 189, Nr. 25, 30–32 [*Hidalgo*]; Urteil vom 10.12.1998 – verb. Rs C-127/96, C-229/96 u. C-74/97 – NZA 1999, 253 Nr. 29–32 [*Hernandez*]). Dieser Rechtsprechung hat sich der Senat bereits mit Urteil vom 22.5.1997 (– 8 AZR 101/96 – BAGE 86, 20 = AP Nr. 154 zu § 613 a BGB) angeschlossen. Ob dagegen ein Betrieb fortbesteht oder untergegangen ist, ist eine tatsächliche Frage, die nicht der Vorlage an den EuGH bedarf.

(...)

## Kostenrecht

22. KostO § 67 Abs. 3, § 30 Abs. 1 (*Geschäftswert bei Umwandlung GbR in KG*)

**Bei Eintragung einer Namensänderung des Eigentümers im Grundbuch kann der Gebühr des § 67 Abs. 1 KostO als Geschäftswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO kein fester Prozentsatz des Grundstückswerts (Beziehungswerts) zugrunde gelegt werden; es entscheiden die Umstände des Einzelfalls; auch 50% des Grundstückswerts stellen keinen Ermessensfehler dar.**

BayObLG, Beschluss vom 14.7.1999 – 3Z BR 180/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### Zum Sachverhalt:

Die Berichtigung der Eigentümerbezeichnung an dem oben genannten Grundbesitz, bisher A, B-GmbH und C als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts, nunmehr B-Grundstücks-Verwaltungs GmbH & Co. KG (Beteiligte), wurde am 8.2.1999 im Grundbuch eingetragen.

Das Amtsgericht (Rechtspfleger) hat mit Beschluss vom 28.4.1999 den Geschäftswert für die gemäß §§ 67, 30 Abs. 1 KostO zu erhebende Gebühr auf 6.391.042 DM (50% des Grundstückswerts) festgesetzt. Die Umwandlung einer BGB-Gesellschaft in eine KG bewirke eine nicht nur geringe Änderung der Rechtsform, die sich auch auf die Grundstücke auswirke.

In ihrer Beschwerde gegen diese Entscheidung hält die Beteiligte unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts einen Bruchteil von allenfalls 10% des Grundstückswerts als Geschäftswert für angemessen.

Der Rechtspfleger des Grundbuchamts hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat die Beschwerde mit Beschluss vom 1.6.1999 zurückgewiesen; die weitere Beschwerde hat es zugelassen. Für die Eintragung der Namensänderung sei der Geschäftswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen, wobei der Grundstückswert einen Beziehungswert darstelle. Die Kammer messe der verfahrensgegenständlichen Namensänderung, der die Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine mit der Vorstellung größerer Wirtschaftskraft verbundene Personenhandels-gesellschaft zugrunde liege, eine erhebliche Bedeutung zu.

In ihrer weiteren Beschwerde gegen die landgerichtliche Entscheidung nimmt die Beteiligte „auf die ständige Rechtsprechung“ des Bayerischen Obersten Landesgerichts Bezug, die bei Grundbuchberichtigungen dieser Art immer nur 10% des Grundstückswerts als Geschäftswert annehme. Des Weiteren widerspreche die Entscheidung des Landgerichts den mit dem Handelsregisterreformgesetz in

§ 105 Abs. 2 Satz 1, 2. Alternative HGB bezweckten Möglichkeiten, eine Personenhandels-gesellschaft auch für die reine Grundstücksverwaltung zu gründen, wenn die Umwandlung der BGB-Gesellschaft in eine Personenhandels-gesellschaft mit immensen Eintragungskosten verbunden sei.

### Aus den Gründen:

1. Das zulässige Rechtsmittel (§ 31 Abs. 3 Satz 1, § 14 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 KostO) ist sachlich nicht begründet. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Die Vorinstanzen sind zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei der Eintragung einer Namensberichtigung im Grundbuch um eine sonstige Eintragung i. S. des § 67 Abs. 1 Satz 1 KostO und hierbei um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt. Deren Bewertung ist gemäß § 67 Abs. 3 KostO nach § 30 Abs. 1 KostO vorzunehmen, wobei der nach § 19 Abs. 2 KostO zu ermittelnde Grundstückswert einen Beziehungswert darstellt (BayObLGZ 1970, 259; BayObLG Rpfleger 1981, 76).

b) Die Frage, zu welcher Quote der Wert der betreffenden Grundstücke als Geschäftswert anzusetzen ist, steht gemäß § 30 Abs. 1 KostO im freien Ermessen der Tatsacheninstanzen (BayObLG a.a.O.). Vom Rechtsbeschwerdegericht kann diese Ermessensentscheidung nur auf ihre Gesetzmäßigkeit nachgeprüft werden, d. h. ob der Tatsachenrichter den maßgebenden Sachverhalt ausreichend und ohne Gesetzesverletzung erforscht hat, ob die Ermessensausübung auf grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen beruht, ob Rechtsvorschriften, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Tatumstände außer Acht gelassen worden sind (*Jansen* FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 24). Die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit unterliegt hingegen nicht der Nachprüfung des Rechtsbeschwerdegerichts (BGHZ 18, 143/148 f.; BayObLGZ 1976, 281/284; BayObLG Rpfleger 1981, 76; JurBüro 1988, 91).

Die Nachprüfung hat sich deshalb hier darauf zu beschränken, ob das Landgericht bei seiner Ermessensausübung die von Rechtsprechung und Literatur in vergleichbaren Fällen entwickelten Kriterien berücksichtigt hat. Einigkeit besteht insoweit im Wesentlichen darin, dass nicht der volle Wert der Grundstücke maßgebend und auch kein fester Prozentsatz des Grundstückswerts zugrunde zu legen ist, sondern je nach den Umständen des Einzelfalls (Bedeutung der vorgenommenen Eintragung) Werte, die von  $\frac{1}{20}$  bis zu  $\frac{1}{2}$  des Beziehungswerts reichen (vgl. BayObLGZ 1970, 259; 1993, 314/316 f.; BayObLG Rpfleger 1981, 76; MittBayNot 1995, 325; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 13. Aufl. § 67 Rdnr. 26; *Göttlich/Mümler* KostO 13. Aufl. Stichwort „Namensänderung“ S. 753; *Hartmann* Kostengesetze 28. Aufl. § 67 KostO Rdnr. 13; a. A. wohl *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 67 Rdnr. 27, der nur einen geringen Bruchteil des Grundstückswertes – in der Regel kaum mehr als 3 bis 5% für gerechtfertigt hält).

Vorliegend ist ein Rechtsfehler der Vorinstanzen bei der Geschäftswertfestsetzung nicht erkennbar. Nicht rechtsfehlerhaft ist insbesondere die Erwägung des Landgerichts, dass der verfahrensgegenständlichen Namensänderung – Umwandlung von einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in eine Personenhandels-gesellschaft – eine erhebliche Bedeutung zukomme, da mit der Eintragung der KG im Geschäftsleben regelmäßig die Vorstellung größerer Wirtschaftskraft verbunden werde.

Da die Tatsacheninstanz von ihrem Ermessen einen rechtlich einwandfreien Gebrauch gemacht hat, ist die Prüfung der weiteren Frage, ob sie mit der Festsetzung des Geschäftswerts auf die Hälfte des – unstreitigen – Grundstückswerts zu einem angemessenen Ergebnis gekommen ist (vgl. hierzu auch BayObLGZ 1970, 259 und – für den umgekehrten Fall der Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts – BayObLG MittBayNot 1995, 325), der Nachprüfung durch das Gericht der weiteren Beschwerde entzogen.

2. Damit erweist sich die weitere Beschwerde der Beteiligten als unbegründet und ist zurückzuweisen.

### Anmerkung:

Der Beschluss des BayObLG erging zwar zu Eintragungsgebühren des Grundbuchamtes, ist aber gleichermaßen für die Berechnung der Notargebühren bei Beurkundung oder Fertigung des Entwurfs einer Grundbuchberichtigung (mit oder ohne Unterschriftsbeglaubigung) von Bedeutung. In der Kostenrechtsliteratur wird die Wertberechnung eines Grundbuchberichtigungsantrages nur in geringem Umfang kommentiert. Gerade in den letzten Jahren haben Grundbuchberichtigungsanträge in der notariellen Praxis erheblich zugenommen. Zu erwähnen sind insbesondere Grundbuchberichtigungen auf Grund Firmenänderungen durch umwandlungsrechtliche Vorgänge im Gesellschaftsrecht. Nach einer Entscheidung des BayObLG vom 25.6.1998 (NotBZ 1998, 153 = JurBüro 1998, 602 = BB 1998, 2232 – Grundbuchgebühren § 60 Abs. 1 KostO – neuer Eigentümer, daher volle Gebühr – oder § 67 Abs. 1 KostO – kein Identitätswechsel, daher 1/4-Gebühr) ist zwar grundsätzlich nach dem äußeren Erscheinungsbild der Eintragung zu entscheiden, ob ein neuer Eigentümer oder nur eine andere Bezeichnung des Eigentümers (ohne Identitätswechsel) eingetragen wird, jedoch ist im Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich ein neuer Eigentümer einzutragen ist oder ob lediglich eine Namensberichtigung vorliegt.

Im entschiedenen Fall hatte das Grundbuchamt eine Eigentümerberichtigung infolge formwechselnder Umwandlung einer oHG in eine KG einzutragen und hierfür eine 10/10-Gebühr nach § 60 Abs. 1 KostO erhoben, also die Gebühr, die nur für die Eintragung eines neuen Eigentümers anfällt. Das BayObLG sah jedoch in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. JurBüro 1996, 265, bestätigt durch Beschluss vom 25.6.1998 a.a.O.; ferner KG, Rpfleger 1998, 98; SchIHOLG, JurBüro 1991, 1363) in der Eintragung der Eigentümerberichtigung nicht die Eintragung eines neuen Eigentümers mit der Kostenfolge des § 60 Abs. 1 KostO, sondern nur eine Namensberichtigung, auch wenn nach dem äußeren Erscheinungsbild ein neuer Eigentümer eingetragen worden ist. Für die Frage der Einordnung nach § 60 Abs. 1 KostO oder § 67 Abs. 1 KostO ist entscheidend, ob *materiell-rechtlich* ein Eigentümerwechsel stattgefunden hat oder nicht. Bei einer formwechselnden Umwandlung einer oHG in eine KG oder umgekehrt bleibt das Rechtssubjekt (hier: Eigentümer) selbst dann identisch, wenn im Rahmen eines Formwechsels ein Gesellschafterwechsel, z.B. durch Beteiligungsumwandlung (persönlich haftender Gesellschafter wird Kommanditist oder umgekehrt) stattfindet. Kostenrechtlich handelt es sich lediglich um eine Richtigstellung rein tatsächlicher Angaben, also um eine Namensberichtigung nach § 67 Abs. 1 KostO (so auch *Bengel*, DNotZ 1999, 772).

Die in der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Unterscheidung Eigentümerwechsel oder Namensberichtigung

gelten gleichermaßen für Notare. Bleibt die Identität des Eigentümers gewahrt, erfolgt also nur eine Namensberichtigung im Grundbuch, ist der Geschäftswert nach § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen, wobei die Umstände des Einzelfalls und die Bedeutung der vorzunehmenden Eintragung angemessen zu berücksichtigen sind. Für die Beurkundung oder den Entwurf von Grundbuchberichtigungsanträgen ohne Identitätswechsel reicht der von der Rechtsprechung und Literatur abgesteckte Ermessensrahmen des Notars von 10 bis 50% des nach § 19 Abs. 2 KostO zu bestimmenden gemeinen Wertes des betroffenen Grundbesitzes (s. Rechtsprechungs- und Literaturhinweise in der hier veröffentlichten Entscheidung des BayObLG; auch OLG Oldenburg, NJW-RR 1997, 1129).

Dagegen kommt der volle Grundstückswert in Betracht, wenn ein Eigentumswechsel stattfindet, gleich, ob der Eigentumsübergang auf einer Auflassung beruht oder kraft Gesetzes eingetreten ist (BayObLG, MittBayNot 1995, 326 m.w.N.; *Bengel*, DNotZ 1999, 772).

Erneut hat das BayObLG festgestellt, dass eine Nachprüfung der Angemessenheit der Wertfestsetzung durch den Notar im Beschwerdeverfahren durch das Landgericht darauf zu beschränken ist, ob der Notar die von Rechtsprechung und Literatur für vergleichbare Fälle entwickelten Kriterien beachtet hat. Innerhalb des Ermessenrahmens ist das Landgericht nicht befugt, sein eigenes Ermessen anstelle des Ermessens des Notars zu setzen (KG, KostRsp. Nr. 184 m. Anm. *Lappe*).

### Einzelfälle:

#### 1. Grundbuchberichtigungsanträge – kein Identitätswechsel –, Teilwert nach § 30 Abs. 1 KostO:

##### a) Formwechselnde Umwandlungen:

Berichtigung des Eigentümers nach formwechselnder Umwandlung aller in § 191 UmwG genannten Rechtsträger, also z. B. bei Formwechsel einer

- GmbH in eine KG,
- GmbH in eine GbR,
- oHG in eine Partnerschaftsgesellschaft,
- oHG in eine KG oder umgekehrt,
- AG in eine eingetragene Genossenschaft,
- AG in eine GmbH oder umgekehrt,
- KG in eine GmbH oder AG,
- KG in eine GbR.

Es findet kein Identitätswechsel statt, der formwechselnde Rechtsträger besteht in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).

Ermessensrahmen für die Wertbestimmung nach § 30 Abs. 1 KostO = 10 bis 50% des nach § 19 Abs. 2 KostO zu bestimmenden Verkehrswertes.

Die gegenteilige Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse in Streifzug Rdnr. 579 ist durch die neuere Rechtsprechung überholt.

Nach einer Entscheidung des BayObLG (MittBayNot 1995, 325) ist für die formwechselnde Umwandlung einer KG in eine GbR ein Teilwert von ca. 10% des Grundstückswertes angemessen und vertretbar (so auch bereits BayObLG, MittBayNot 1994, 248 = BayObLGZ 1993, 314 ff.; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 14. Auflage – nachfolgend *Korintenberg* – § 30 Rdnr. 35; a.A. *Lappe, Korintenberg* § 60 Rdnr. 12 und § 61 Rdnr. 14 b) = voller Wert).

Der Antrag auf Grundbuchberichtigung ist auch dann zu bewerten, wenn dieser mit dem Formwechselbeschluss in einer Urkunde zusammengefasst wird. Für den Beschluss ist eine <sup>20/10</sup>-Gebühr nach § 47 KostO zu erheben, für den Grundbuchberichtigungsantrag eine <sup>5/10</sup>-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO. Bei Zusammentreffen der Gebührenschriften § 47 und § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO findet § 44 KostO keine Anwendung (*Reimann, Korintenberg* § 44 Rdnr. 6; Streifzug durch die KostO, 4. Auflage – nachfolgend Streifzug – Rdnr. 574).

b) oHG/KG wird Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR):

Gibt eine oHG oder KG ihren Geschäftsbetrieb auf und wird die Gesellschaft in der Form der GbR als eine Grundbesitzgesellschaft fortgeführt, sind die Gesellschafter unter ihren Namen als GbR-Gesellschafter in das Grundbuch einzutragen. Die Identität als Personengesellschaft bleibt gewahrt. Der Geschäftswert für den Grundbuchberichtigungsantrag ist daher gem. § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen, wobei etwa 10 bis 30% des betroffenen Grundstückswertes angemessen sind (BayObLG, MittBayNot 1995, 325; *Reimann, Korintenberg*, § 30 Rdnr. 35; Streifzug Rdnr. 108; a.A. KG, JurBüro 1989, 109 = Rpfleger 1989, 98 = voller Grundstückswert, da Eigentumswechsel).

c) Namensberichtigungen:

Berichtigung des Eigentümers nach Änderung der Firma. Die Identität bleibt gewahrt. Es liegt lediglich eine Namensberichtigung vor (*Göttlich/Mümmeler* 13. Aufl. S. 249, Ziff. 1.11, Streifzug Rdnr. 105). Als Geschäftswert nach § 30 Abs. 1 KostO erscheint ein Teilwert von etwa 10 bis 30% des Grundstückswertes angemessen und sachgerecht (*Reimann, Korintenberg* § 30, Rdnr. 35; BayObLG, JurBüro 1981, 260 = MittBayNot 1981, 45; Streifzug Rdnr. 105).

Liegt der Grund der Namensberichtigung lediglich in der Verhelichung des Eigentümers oder bei juristischen Personen oder Personenhandelsgesellschaften in einem Ortswechsel, ist der Geschäftswert niedriger anzusetzen, etwa mit 5 bis 10% des Verkehrswertes (Streifzug Rdnr. 105).

## 2. Grundbuchberichtigungsanträge – Eintragung eines neuen Eigentümers –

Bei Beurkundung oder Entwurf eines Grundbuchberichtigungsantrages ist der volle Wert des betroffenen Grundstücks oder der volle Wert des betroffenen Anteils eines Miteigentümers oder Gesamthandseigentümers als Geschäftswert maßgebend, wenn ein neuer Eigentümer in das Grundbuch einzutragen ist.

a) Gütergemeinschaft:

Durch den Grundbuchberichtigungsantrag werden die Eigentumsverhältnisse dahingehend berichtigt, dass die bisher zu Bruchteilen eingetragenen Ehegatten oder, wenn ein Ehegatte bislang Alleineigentümer war, nunmehr Eigentümer in Gütergemeinschaft sind. Als Geschäftswert ist der Gesamtwert des betroffenen Grundbesitzes maßgebend (*Bengel, Korintenberg* § 40 Rdnr. 15; *Wiesinger, MittBayNot* 1953, 4).

Ist ein Ehegatte der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten verstorben und betrifft der Grundbuchberichtigungsantrag nur die Berichtigung der Eigentumsverhältnisse des verstorbenen Ehegatten, ist als Geschäftswert nur der rechnerische Anteil des Erblassers maßgebend (*Bengel, Korintenberg* § 40 Rdnr. 15).

b) Erbfolge:

Betrifft der Grundbuchberichtigungsantrag die Berichtigung des Grundbuchs auf Grund eingetretener Erbfolge, ist als Geschäftswert immer der Wert des betroffenen Grundbesitzes oder des entsprechenden Grundstücksmitteigentumsanteils in voller Höhe maßgebend (vgl. im Allgemeinen *Bengel, Korintenberg* § 40 Rdnr. 15).

c) GbR:

Scheidet ein Gesellschafter aus einer GbR durch Übertragung seiner Beteiligung an einen Mitgesellschafter oder an einen Dritten aus, ist als Geschäftswert für den Grundbuchberichtigungsantrag nur der Wert seiner Beteiligung maßgebend (BayObLG, JurBüro 1989, 1286 = BayObLGZ 1989, 52; dasselbe, MittBayNot 1994, 248, *Reimann, Korintenberg* § 30 Rdnr. 35, a.A. OLG Hamm, JurBüro 1998, 206 = NJW-RR 1999, 78).

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn ein Gesellschafter aus einer GbR ausscheidet mit der Folge, dass dadurch die GbR durch Anwachsung auf den verbleibenden Gesellschafter aufgelöst wird. Der verbleibende Gesellschafter wird dann Alleineigentümer des zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundbesitzes. In diesem Falle ist der volle Wert des betroffenen Grundbesitzes als Geschäftswert maßgebend. Es wird ein neuer Eigentümer eingetragen (BayObLG, Rpfleger 1975, 448 = JurBüro 1976, 81 = DB 1975, 2076; OLG Hamm, JurBüro 1998, 206 = NJW-RR 1999, 78; *Reimann, Korintenberg* § 30 Rdnr. 90; Streifzug Rdnr. 107, jeweils für den vergleichbaren Fall bei einer oHG).

d) oHG, KG:

Die zur GbR unter c) zweiter Abschnitt gemachten Ausführungen gelten gleichermaßen für die oHG und die KG (vgl. zur KG Streifzug Rdnr. 109).

e) Verschmelzungen:

Wird ein Rechtsträger auf einen bestehenden oder neu gegründeten Rechtsträger verschmolzen und wird die Berichtigung des Grundbuchs auf den neuen Rechtsträger beantragt, liegt ein Eigentumswechsel vor mit der Folge, dass der volle Wert des betroffenen Grundbesitzes als Geschäftswert maßgebend ist (OLG Hamm, JurBüro 1992, 547 = Rpfleger 1993, 42).

Wird der Grundbuchberichtigungsantrag im Verschmelzungsvertrag selbst mitbeurkundet, liegt Gegenstandsgleichheit zum Verschmelzungsvertrag vor gem. § 44 Abs. 1 KostO mit der Folge, dass keine zusätzliche Bewertung erfolgt. Auch für einen im Verschmelzungsvertrag mitbeurkundeten Grundbuchberichtigungsantrag gilt die Obergrenze von 10 Mio. DM gem. § 39 Abs. 4 KostO (vgl. BayObLG, DNotZ 1964, 552 für den vergleichbaren Fall der Mitbeurkundung einer Auflassung im Gesellschaftsvertrag).

Die gleichen Grundsätze sind anwendbar zur Bewertung eines Grundbuchberichtigungsantrages für einen Eigentumswechsel auf Grund einer Spaltung, Ausgliederung eines Eigenbetriebes durch die Kommune z.B. auf eine GmbH, oder einer Vermögensübertragung. Auch in diesem Fall findet ein Identitätswechsel statt.

Für die Beurkundung eines Grundbuchberichtigungsantrages fällt nach überwiegender Auffassung eine <sup>5/10</sup>-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5a KostO an, bei Entwurffertigung (mit oder ohne Unterschriftsbeglaubigung) i.V.m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1975, 779,

780 = DNotZ 1976, 678; *Schalhorn*, JurBüro 1973, 286; *Bengel*, *Korintenberg* § 38 Rdnr. 44; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 38 Rdnr. 30; *Göttlich/Mümmeler* KostO 13. Aufl. S. 505, Ziff. 1.1; Streifzug Rdnr. 101; a. A. *Hansens*, JurBüro 1986, 1135).

Notariatsrat *Werner Tiedtke*,  
Prüfungsabteilung der Notarkasse

23. KostO § 156 Abs. 2; FGG § 20 a Abs 2 (*Zur Zulässigkeit der sofortigen weiteren Beschwerde im Notarkostenbeschwerdeverfahren*)

**Hat das Landgericht im Notarkostenbeschwerdeverfahren isoliert über die Kosten entschieden, so ist hiergegen, ebenso wie gegen eine Hauptsacheentscheidung, die sofortige weitere Beschwerde nur statthaft, wenn sie das Landgericht in seiner Entscheidung zugelassen hat.**

BayObLG, Beschluss vom 17.5.1999 – 3Z BR 131/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Das Landgericht hat in dem vorliegenden Notarkostenbeschwerdeverfahren mit Beschluss vom 12.3.1999 die Hauptsache für erledigt erklärt und festgestellt, dass das Verfahren gebührenfrei sei und notwendige Auslagen keiner Partei zu erstatten seien. Gegen diese Entscheidung des Landgerichts, die keinen Ausspruch über die Zulässigkeit der sofortigen weiteren Beschwerde enthält, hat der Beteiligte – sinngemäß – sofortige weitere Beschwerde eingelegt.

*Aus den Gründen:*

1. Die sofortige weitere Beschwerde gegen die isolierte Kostenentscheidung des Landgerichts ist nicht statthaft.

a) Hätte das Landgericht über die Notarkostenbeschwerde in der Hauptsache entschieden, so wäre hiergegen die weitere Beschwerde nur statthaft, wenn sie das Landgericht in seiner Entscheidung wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen hätte (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2 KostO). Das Landgericht hat hier zwar nicht in der Hauptsache, sondern nur isoliert über die Kosten entschieden. Es ist nämlich zu dem Ergebnis gekommen, dass sich die Hauptsache während des Beschwerdeverfahrens erledigt hat, und hat daher nur noch über die Kosten nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG entschieden. Gegen eine solche isolierte Kostenentscheidung, die auch dann vorliegt, wenn in dem Beschluss gleichzeitig die Erledigung der Hauptsache festgestellt wird, ist nach § 20 a Abs. 2, § 27 Abs. 2, § 29 Abs. 4 FGG grundsätzlich die sofortige weitere Beschwerde statthaft (BayObLGZ 1990, 130 m.w.N.), wobei es nicht darauf ankommt, ob das Landgericht zu Recht angenommen hat, die Hauptsache habe sich erledigt.

Für die Anfechtung einer isolierten Kostenentscheidung (§ 20 a Abs. 2 FGG) gelten aber die gleichen Zulässigkeitsvoraussetzungen wie für ein Rechtsmittel, das sich gegen eine Hauptsacheentscheidung richtet. Das bedeutet, dass eine sofortige weitere Beschwerde gegen eine isolierte Kostenentscheidung im Notarkostenbeschwerdeverfahren nur statthaft ist, wenn das Landgericht ein solches Rechtsmittel in seiner Entscheidung ausdrücklich zugelassen hat; denn gegen eine isolierte Kostenentscheidung ist kein weitergehendes Rechtsmittel gegeben als gegen die Hauptsacheentscheidung

(BayObLGZ 1995, 92; *Keidel/Zimmermann* FGG 14. Aufl. § 20 a Rdnr. 9; *Bassenge/Herbst* FGG/RPflG 8. Aufl. § 20 a FGG Rdnr. 11). An der erforderlichen Zulassung der sofortigen weiteren Beschwerde durch das Landgericht fehlt es hier. Die Entscheidung über die Zulassung des Rechtsmittels ist ausschließlich Sache des Landgerichts; eine solche Entscheidung ist mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift nicht anfechtbar und unterliegt daher nicht der Nachprüfung durch das übergeordnete Gericht (BayObLGZ 1988, 119/121).

b) Allerdings ist auch in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannt, dass die Grundsätze über die Anfechtbarkeit greifbar gesetzwidriger Entscheidungen Anwendung finden. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Entscheidung jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt und inhaltlich dem Gesetz fremd ist. Der Ausnahmefall des greifbaren Gesetzesverstößes muss auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen es darum geht, eine Entscheidung zu beseitigen, die mit der Rechtsordnung schlechthin unvereinbar ist; die Zulassung des Rechtsmittels muss erforderlich sein, um offensichtlich krasse Unrecht zu beseitigen (BayObLGZ 1995, 92/93 m.w.N.).

Ausgehend von diesen Grundsätzen reicht die mit der sofortigen weiteren Beschwerde vorgetragene Behauptung, dass die Hauptsache in Wirklichkeit nicht erledigt sei, vom beteiligten Notar zu viele Kosten erhoben worden seien und die dem Beteiligten vorgerichtlich entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten seien, nicht aus, um einen sonst verschlossenen Instanzenzug zu eröffnen.

2. Die sofortige weitere Beschwerde ist somit als unzulässig zu verwerfen.

24. KostO § 19 Abs. 1 (*Geschäftswertermittlung bei Verfügungsbeschränkung aufgrund angeordneter Nacherbfolge*)

**Unter die nach § 19 Abs. 1 KostO bei der Ermittlung des gemeinen Werts eines Grundstücks außer Betracht bleibenden persönlichen Verhältnisse fallen auch Verfügungsbeschränkungen, die auf letztwilligen Anordnungen – hier die Anordnung einer Nacherbfolge – beruhen (Bestätigung von BayObLGZ 1985, 1).**

BayObLG, Beschluss vom 9.7.1998 – 3Z BR 8/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Am 27.7.1996 verstarb in München die Erblasserin. Das Amtsgericht erteilte am 21.4.1997 einen Erbschein, wonach die Erblasserin von dem Beteiligten allein beerbt worden sei. Weiter heißt es:

„Nacherbfolge ist angeordnet. Die Nacherbfolge tritt ein beim Tode des Vorerben. Der Vorerbe ist von den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen – so weit zulässig – befreit. Hinsichtlich des Grundbesitzes unterliegt er jedoch der Beschränkung gemäß § 2113 (1) BGB ...

Mit Beschluss vom 30.10.1997 setzte das Amtsgericht (Rechtspfleger) den Geschäftswert für die Testamentsöffnung auf 1.181.823 DM und den Geschäftswert des Nachlassverfahrens auf 1.076.823 DM fest. Dabei wurde hinsichtlich des zum Nachlass gehörenden Grundbesitzes die Anordnung der Nacherbfolge nicht wertmindernd berücksichtigt, da die entsprechenden Verfügungsbeschränkungen den Vorerben persönlich träfen und den tatsächlichen Wert des Grundbesitzes unberührt ließen.

Hiergegen wendet sich der Beteiligte mit seiner Erinnerung. Er ist der Auffassung, der Grundbesitz sei nur mit dem Nutzungswert zu bewerten, da das Grundstück infolge der angeordneten Nacherbfolge praktisch unverkäuflich sei.

Rechtspfleger und Nachlassrichter haben der Erinnerung nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat die Beschwerde des Beteiligten mit Beschluss vom 25.11.1997 zurückgewiesen; die weitere Beschwerde hat es zugelassen. Es hat sich der in BayObLGZ 1985, 1 vertretenen Auffassung des Senats angeschlossen, wonach die einen Vorerben treffenden erbrechtlichen Beschränkungen keine abziehbaren Verbindlichkeiten darstellten.

Mit seiner weiteren Beschwerde gegen die landgerichtliche Entscheidung erstrebt der Beteiligte weiterhin die Festsetzung des Geschäftswerts nach dem Nutzungswert des Grundbesitzes. Diese hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1. Die nach § 103 Abs. 1, § 46 Abs. 4, § 107 Abs. 2 Satz 1, § 49 Abs. 2 KostO vorgenommene Geschäftswertfestsetzung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung in BayObLGZ 1985, 1 fest, wonach dann, wenn ein Vorerbe Inhaber von Vermögen ist, die ihn treffenden erbrechtlichen Beschränkungen keine abziehbaren Verbindlichkeiten darstellen (so auch *Korintenberg/Bengel* KostO 13. Aufl. § 18 Rdnr. 29; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 19 Rdnr. 10). Der abweichenden Auffassung des OLG Frankfurt (JurBüro 1989, 403; so auch *Korintenberg/Reimann* § 24 Rdnr. 21), das bei Nachlassgrundstücken nur den Nutzungswert ansetzt, sich aber nicht mit der Entscheidung des Senats (BayObLG a.a.O.) befasst, ist nicht zu folgen.

Nach allgemeiner Meinung ist der Vorerbe wahrer Erbe und damit Eigentümer bzw. Inhaber der Nachlassgegenstände. Der Wert eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks ist nach § 19 KostO anzusetzen. Nach § 19 Abs. 1 KostO ist somit der gemeine Wert, d. h. der Verkehrswert maßgebend. Bei dessen Ermittlung bleiben nach der gesetzlichen Regelung in § 19 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 ungewöhnliche oder nur persönliche Verhältnisse außer Betracht (vgl. auch § 194 BauGB, § 9 Abs. 2 Satz 3 BewG). Es ist deshalb anerkannt, dass Verfügungsbeschränkungen, die den Eigentümer eines Grundstücks treffen – etwa solche erbrechtlicher Art –, keinen Einfluss auf den Verkehrswert von Grundstücken haben (*Dieterich in Ernst/Zinkahn/Bielenberg* BauGB, § 194 Rdnr. 60). Dieses Ergebnis entspricht auch steuerlichen Grundsätzen. § 9 Abs. 3 BewG definiert als bei der Bestimmung des gemeinen Werts nicht zu berücksichtigende persönliche Verhältnisse ausdrücklich auch Verfügungsbeschränkungen, die in der Person des Steuerpflichtigen oder eines Rechtsvorgängers begründet sind, was insbesondere für Verfügungsbeschränkungen gelte, die auf letztwilligen Anordnungen beruhen (vgl. auch *Rössler/Troll* Bewertungsgesetz und Vermögenssteuergesetz 17. Aufl. § 9 BewG Rdnr. 9).

Die Außerachtlassung nur persönlicher Verhältnisse bei der Ermittlung des gemeinen Werts einer Sache hält sich im Rahmen des dem Gebührengesetzgeber eingeräumten weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums (vgl. BVerfGE 50, 217/226 f.) und ist als Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen.

2. Die weitere Beschwerde des Beteiligten erweist sich somit als unbegründet und ist zurückzuweisen.

## Steuerrecht

25. EStG § 18 Abs. 3, § 34 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1; UmwStG § 24 (*Aufnahme eines Sozius in Einzelpraxis*)

**Die entgeltliche Aufnahme eines Sozius in eine Einzelpraxis ist nicht als steuerbegünstigte Veräußerung zu beurteilen.**

BFH, Beschluss vom 18.10.1999 – GrS 2/98 –

#### *Aus den Gründen:*

### **A. Anrufungsbeschluss des XI. Senats**

#### **I. Vorgelegte Rechtsfrage**

Der XI. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) hat mit Beschluss vom 22.4.1998 XI R 96/96 BStBl II 1998, 475) dem Großen Senat des BFH folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

Ist die entgeltliche Aufnahme eines Sozius in eine Einzelpraxis als Veräußerung i.S. des § 18 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) zu beurteilen?

#### **II. Sachverhalt**

Der Kläger, Revisionsbeklagte und Revisionskläger (Kläger) führte bis zum 31.3.1989 eine Einzelpraxis als Internist. Zum 1.4.1989 gründete er zusammen mit W eine Gemeinschaftspraxis. Der Kläger brachte die ihm gehörenden Gegenstände der Einzelpraxis in die Gemeinschaftspraxis ein. W zahlte dem Kläger entsprechend dem Gesellschaftsvertrag 150 000 DM als Gegenleistung für die eingebrachten Gegenstände und die Hälfte des ideellen Praxiswerts. In dem Feststellungsbescheid rechnete der Beklagte, Revisionskläger und Revisionsbeklagte (das Finanzamt –FA–) dem Kläger einen Gewinnanteil von 168 934 DM zu. Diese Feststellung wurde im Einkommensteuerbescheid vom 16.6.1993 übernommen. Nach Änderung des Feststellungsbescheids, durch die dem Kläger nur noch ein Gewinnanteil von 18 934 DM zugerechnet wurde, änderte das FA den Einkommensteuerbescheid nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und § 174 der Abgabenordnung (AO 1977) und erfasste die Ausgleichszahlung von 150 000 DM als laufenden Gewinn der Einzelpraxis.

Das Finanzgericht (FG) gab der Klage teilweise statt; das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1997, 342 veröffentlicht. Der Gewinn in Höhe von 150 000 DM aus der hälftigen Übertragung der Einzelpraxis müsse gemäß § 18 Abs. 3 i.V.m. § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG ermäßigt besteuert werden.

Gegen die Entscheidung hat das FA Revision eingelegt. Die Kläger haben sich der Revision angeschlossen.

Das FA ist der Auffassung, die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes scheitere daran, dass bei der Übertragung des Anteils nicht alle stillen Reserven aufgedeckt worden seien, denn § 24 Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes über steuerliche Maßnahmen bei Änderung der Unternehmensform (UmwStG), der auch auf die Einbringung von freiberuflich betriebenen Praxen anzuwenden sei, verlange die Aufdeckung aller stillen Reserven. Im Streitfall sei weder das gesamte Betriebsvermögen mit seinem Teilwert in die Gemeinschaftspraxis eingebracht noch der Einbringungsgewinn auf der Grundlage einer Einbringungs- oder einer Eröffnungsbilanz ermittelt worden.

### III. Begründung der Vorlage

Der XI. Senat will die Vorlagefrage bejahen und hält demgemäß die Revision des FA für unbegründet. Er ist mit dem FG der Auffassung, dass der Kläger einen Veräußerungsgewinn i.S. des § 18 Abs. 3 EStG erzielt hat, auf den gemäß § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG der ermäßigte Steuersatz anzuwenden ist. An der beabsichtigten Entscheidung sieht er sich durch die Urteile des IV. Senats vom 26.2.1981 IV R 98/79 BStBl II 1981, 568) und vom 5.4.1984 IV R 88/80 BStBl II 1984, 518) gehindert, nach denen bei einer Praxiseinbringung mit Ausgleichszahlung diese Zahlung nicht gemäß § 16 Abs. 1, § 18 Abs. 3 i.V.m. § 34 Abs. 1 EStG tarifbegünstigt ist.

Der IV. Senat hat auf die Anfrage des XI. Senats einer Abweichung von seinen vorgenannten Entscheidungen nicht zugestimmt. Der XI. Senat hat deswegen gemäß § 11 Abs. 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO) den Großen Senat angerufen.

### B. Entscheidung des Großen Senats zu den Verfahrensfragen

Der Große Senat entscheidet gemäß § 11 Abs. 7 Satz 2 FGO ohne mündliche Verhandlung, weil eine weitere Förderung der Sache dadurch nicht zu erwarten ist. Keiner der Beteiligten hat mündliche Verhandlung beantragt.

Die Vorlage des XI. Senats, die sich auf § 11 Abs. 3 Satz 1 FGO stützt (Abweichung von den Urteilen des IV. Senats in BFHE 133, 186, BStBl II 1981, 568, und in BFHE 141, 27, BStBl II 1984, 518), ist zulässig.

Die vorgelegte Rechtsfrage ist entscheidungserheblich.

### C. Entscheidung des Großen Senats über die vorgelegte Rechtsfrage

#### I. Rechtsgrundlagen

1. Gemäß § 18 Abs. 3 EStG gehört zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit auch der Gewinn, der bei der Veräußerung des Vermögens oder eines selbständigen Teils des Vermögens oder eines Anteils am Vermögen erzielt wird, das der selbständigen Arbeit dient. Vergleichbar gehören gemäß § 16 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 EStG zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch Gewinne, die bei der Veräußerung des ganzen Gewerbebetriebs oder eines Teilbetriebs (Nr. 1) oder des Anteils eines Gesellschafters erzielt werden, der als Unternehmer (Mitunternehmer) des Betriebs anzusehen ist (Nr. 2). Veräußerungsgewinne im vorstehenden Sinne werden nach § 16 Abs. 4 EStG i.V.m. § 18 Abs. 3 Satz 2 EStG zur Einkommensteuer nur herangezogen, soweit sie bestimmte Freibeträge übersteigen, wobei das Gesetz die näheren Voraussetzungen und die Höhe der Freibeträge (zuletzt 60 000 DM) im Verlaufe der Rechtsentwicklung unterschiedlich bestimmt hat. Ferner unterliegen die genannten Veräußerungsgewinne als außerordentliche Einkünfte einem ermäßigten Steuersatz (§ 34 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 EStG).

2. Die steuerlichen Folgen der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine Personengesellschaft sind vorrangig in § 24 UmwStG geregelt. Diese Vorschrift gilt auch für die Einbringung eines freiberuflichen Betriebs (BFH-Urteil in BStBl II 1981, 568, m.w.N.). Aus ihr ergibt sich, dass ein im Zusammenhang mit der Einbringung entstehender Gewinn nur dann gemäß § 16 Abs. 4 (§ 18 Abs. 3 Satz 2), § 34 Abs. 1 EStG steuerbegünstigt ist, wenn alle stillen Reserven des eingebrachten Betriebs aufgelöst werden. Nach § 24 Abs. 3 UmwStG ist für die Höhe des Einbringungs- bzw. Veräußerungsgewinns des Einbringenden maßgebend,

mit welchem Wert das eingebrachte Betriebsvermögen in der Bilanz der Personengesellschaft und in den Ergänzungsbilanzen der Gesellschafter angesetzt wird. Die Steuerbegünstigung der §§ 16 Abs. 4, 34 Abs. 1 EStG wird nur gewährt, wenn das eingebrachte Betriebsvermögen mit dem Teilwert angesetzt worden ist, die stillen Reserven also aufgelöst wurden (§ 24 Abs. 3 Satz 2 UmwStG).

#### II. Anwendung auf den Streitfall

Im Streitfall hat der Kläger seinen Betrieb, die ärztliche Einzelpraxis, in die mit W gegründete Personengesellschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts –GbR–) eingebracht. Er hat nach den Feststellungen des FG und den Ausführungen des vorliegenden Senats von W als Gegenleistung für die Hälfte des Werts der in die GbR eingebrachten Praxiseinrichtung einschließlich des immateriellen Praxiswerts eine Zuzahlung in Höhe von 150 000 DM erhalten. Mit der Einbringung in die Personengesellschaft sind die eingebrachten Vermögenswerte nach § 718 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) gemeinschaftliches Vermögen (Gesamthandseigentum) der Gesellschafter geworden.

Nach der bisherigen BFH-Rechtsprechung werden bei dieser Gestaltung die steuerrechtlichen Tatbestände der Veräußerung und der Einbringung von Betriebsvermögen miteinander verbunden: Der Betrieb wird in die Personengesellschaft durch den bisherigen (Praxis-)Inhaber „teilweise für eigene Rechnung, und teilweise für Rechnung eines Dritten“, des künftigen Mitgesellschafters, eingebracht, der dafür dem Einbringenden ein Entgelt zahlt (Zuzahlung); diese „Einbringung“ stellt sich als Veräußerungsvorgang dar (vgl. BFH-Urteile vom 23.6.1981 VIII R 138/80, BStBl II 1982, 622, und vom 8.12.1994 IV R 82/92, BStBl II 1995, 599).

Der Große Senat des BFH geht auf der Grundlage dieser Rechtsprechung davon aus, dass bei der Einbringung eines Betriebs in eine Personengesellschaft gegen eine Ausgleichszahlung des aufgenommenen Gesellschafters in das Privatvermögen des Einbringenden ein von der Einbringung gemäß § 24 UmwStG getrennt zu beurteilender Veräußerungsvorgang vorliegt. Die Zuzahlung, die der bisherige Einzelunternehmer von dem aufgenommenen Gesellschafter erhält, kann deshalb nicht den Rechtsfolgen des § 24 UmwStG unterworfen werden, weil insoweit ein Veräußerungsgewinn erzielt wird, der nach allgemeinen Grundsätzen im Zeitpunkt seiner Realisierung zu versteuern ist. § 24 UmwStG enthält keine davon abweichende Regelung hinsichtlich der liquiden Mittel, die der Einbringende mit der Zuzahlung erhält. Die Anwendung der Einbringungsvorschriften auf die Zuzahlung ist insbesondere deshalb nicht möglich, weil das nach § 24 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 UmwStG bestehende Wahlrecht der gewinnneutralen Einbringung unter Fortführung der Buchwerte bei einer Barzahlung in das Vermögen des Einbringenden als Gegenleistung nach dem Sinn und Zweck des § 24 UmwStG nicht gerechtfertigt werden kann (vgl. BFH-Urteil in BStBl II 1995, 599, 600, 601, zur Unzulässigkeit der Erstellung einer negativen Ergänzungsbilanz für den durch die Zuzahlung entstehenden Gewinn; ebenso: *Offerhaus* in Gedächtnisschrift für *Knobbe-Keuk*, 1997, S. 499, 509, 510; *Reiß* in *Kirchhof/Söhn*, Einkommensteuergesetz, § 16 Rdnr. B 72).

1. Der Tatbestand der Einbringung von Betriebsvermögen gegen die Gewährung von Gesellschaftsrechten (§ 24 UmwStG) ist demnach nur insoweit erfüllt, als der Einbringende durch die Einbringung die Rechtsstellung eines Gesellschafters und Mitunternehmers der neu entstandenen Personengesellschaft

erlangt BStBl II 1995, 599, 600; *Reiß* in *Kirchhof/Söhn*, a.a.O., § 16 Rdnr. C 68; *Offerhaus*, a.a.O., S. 499, 509; *Patt/Rasche*, Deutsches Steuerrecht –DStA– 1996, 645, 649). Auch für diesen Einbringungsvorgang gegen Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden hat indes die bisherige BFH-Rechtsprechung die steuerliche Begünstigung des durch die Einbringung entstandenen Gewinns nach § 24 Abs. 3 Satz 2 UmwStG i.V.m. § 18 Abs. 3, § 16 Abs. 4 und § 34 Abs. 1 EStG für den Fall angenommen, dass das eingebrachte Betriebsvermögen bei der aufnehmenden Gesellschaft mit seinem Teilwert angesetzt worden ist und damit sämtliche, d.h. also auch die anteilig beim Einbringenden verbleibenden, stillen Reserven aufgelöst worden sind (Urteile in BStBl II 1981, 568, 569; in BStBl II 1982, 622, 623; vom 29.7.1981 I R 2/78, BStBl II 1982, 62, und in BStBl II 1984, 518, 520). Im Falle der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG – wie in dem der Vorlage zugrunde liegenden Streitfall – muss zudem der Einbringungsgewinn auf der Grundlage einer Einbringungsbilanz und einer Eröffnungsbilanz der Gesellschaft ermittelt werden (BFHE 141, 27, BStBl II 1984, 518).

Für den Streitfall kommt eine Steuerbegünstigung des Einbringungsgewinns nach diesen Rechtsgrundsätzen nicht in Betracht, da nicht das gesamte Betriebsvermögen zum Teilwert in die Gemeinschaftspraxis (GbR) eingebracht und auch eine Einbringungs- und eine Eröffnungsbilanz nicht erstellt worden sind.

2. Soweit der bisherige Einzelunternehmer im Zusammenhang mit der Einbringung des Betriebs von dem neu aufgenommenen Gesellschafter und Mitunternehmer der Personengesellschaft eine Zuzahlung in sein Privatvermögen erhält, liegt ein Veräußerungsvorgang vor, mit dem in Höhe der Differenz zwischen der Zuzahlung und den Buchwerten der anteilig übertragenen Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens ein zu versteuernder Gewinn entsteht (vgl. BFH-Urteil in BStBl II 1995, 599, 600, m.w.N.). Dieser Veräußerungsgewinn wäre nach § 18 Abs. 3, § 16 Abs. 4, § 34 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 EStG begünstigt zu versteuern, wenn es sich um außerordentliche Einkünfte (Veräußerungsgewinne) im Sinne der vorgenannten Vorschriften handeln würde. Darunter fällt bei den Einkünften aus selbständiger Arbeit neben dem Gewinn, der bei der Veräußerung des Vermögens oder eines selbständigen Teils des Vermögens erzielt wird, auch der Gewinn aus der Veräußerung eines „Anteils am Vermögen“, das der selbständigen Arbeit dient (§ 18 Abs. 3 EStG). Die Vorschrift des § 18 Abs. 3 EStG ist insoweit dem § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG nachgebildet; sie bezieht sich deshalb hinsichtlich der Anteilsveräußerung auf Beteiligungen an freiberuflich tätigen Personengesellschaften (BFH-Urteil vom 14.9.1994 I R 12/94, BStBl II 1995, 407, m.w.N.). Da vor der Aufnahme des W der Kläger Alleininhaber der freiberuflichen Praxis war und somit ein Anteil eines Gesellschafters (Mitunternehmers) des Betriebs i.S. der §§ 18 Abs. 3, 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG, den der Kläger an W hätte veräußern können, nicht bestand, kann nach dem Wortlaut der Regelungen insgesamt und der Systematik der betrieblichen Veräußerungsvorschriften eine steuerbegünstigte Veräußerung (§ 16 Abs. 4, § 34 EStG) im Zusammenhang mit der Einbringung des Praxisvermögens in die GbR, auch soweit der Einbringende dafür eine Zuzahlung in sein Privatvermögen erlangt, nicht angenommen werden. Das wird auch vom XI. Senat des BFH in dem Vorlagebeschluss eingeräumt.

Eine steuerbegünstigte Veräußerung käme nur dann in Betracht, wenn der Auffassung im Vorlagebeschluss und eines Teils des Schrifttums und der finanzgerichtlichen Rechtspre-

chung gefolgt werden könnte, wonach die Veräußerungsvorschriften der §§ 18 Abs. 3, 16 Abs. 1 EStG auf den Fall der Veräußerung eines „Teils des ganzen (Betriebs-)Vermögens“ entsprechende (analoge) Anwendung finden sollen.

### III. Die bisherige BFH-Rechtsprechung

In der bisherigen BFH-Rechtsprechung ist die Einbringung einer freiberuflichen Praxis durch ihren bisherigen Alleininhaber in eine Sozietät gegen eine Ausgleichszahlung des neu aufgenommenen Mitgesellschafters in das Privatvermögen des Einbringenden nicht als eine nach § 18 Abs. 3, § 16 Abs. 4, § 34 Abs. 1 EStG steuerbegünstigte Veräußerung angesehen worden (Urteile in BStBl II 1981, 568, und in BStBl II 1984, 518). Der IV. Senat hat dies damit begründet, dass zu den nach § 18 Abs. 3 EStG begünstigten Veräußerungsgewinnen wie in den Fällen einer gewerblichen Tätigkeit (§ 16 Abs. 1 EStG) nur die Gewinne zählen, die bei der Veräußerung des Betriebs, eines Teilbetriebs oder eines Mitunternehmeranteils erzielt werden. Eine solche Veräußerung habe der Praxisinhaber aber nicht vorgenommen, da er erst auf Grund des Sozietätsvertrages Gesellschafter und Mitunternehmer geworden sei.

Auch die Finanzverwaltung und die überwiegende Meinung im Schrifttum sehen den anlässlich der Einbringung eines Einzelunternehmens in eine neu gegründete Personengesellschaft erzielten Veräußerungsgewinn des bisherigen Einzelunternehmers als laufenden, nicht nach §§ 16, 34 EStG begünstigten Gewinn an, weil im Zeitpunkt der Veräußerung (Einbringung) noch kein veräußerungsfähiger Mitunternehmeranteil bestand (vgl. Erlass des Bundesministeriums der Finanzen zum UmwStG vom 25.3.1998, BStBl I, 268 ff. Tz. 24.11; *Schmidt/Wacker*, Einkommensteuergesetz, 18. Aufl., § 16 Rdnr. 565; *Stuhrmann* in *Kirchhof/Söhn*, a.a.O., § 18 Rdnr. D 27; *G. Söffing* in *Lademann*, Einkommensteuergesetz, 4. Aufl., § 16 Anm. 91).

### IV. Kritik an der BFH-Rechtsprechung und der herrschenden Meinung

Die vorstehend dargestellte, bisher überwiegend vertretene Rechtsauffassung ist im neueren Schrifttum und in der FG-Rechtsprechung zum Teil auf Kritik gestoßen, die nunmehr auch der vorlegende Senat aufgegriffen hat. Es wird die Auffassung vertreten, auch bei Einbringung eines Einzelunternehmens (Einzelpraxis) in eine Personengesellschaft gegen eine von dem neu aufgenommenen Gesellschafter zu leistende Ausgleichszahlung erziele der bisherige Einzelunternehmer mit der Veräußerung eines Anteils an seinem freiberuflichen bzw. gewerblichen Betriebsvermögen einen nach § 18 Abs. 3, § 16 Abs. 1 und 4, § 34 EStG begünstigten Veräußerungsgewinn (so: *Reiß* in *Kirchhof/Söhn*, a.a.O., § 16 Rdnr. B 73 und C 68; *Schmidt/Seeger*, Einkommensteuergesetz, 17. Aufl., § 18 Rdnr. 230, 231 – demgegenüber aber *Schmidt/Wacker*, a.a.O., § 18 Rdnr. 233, 234; *Hannes*, DStR 1997, 685, 689; FG *Rheinland-Pfalz*, Urteil vom 24.9.1996 2 K 2772/95, EFG 1997, 342; FG *Münster*, Urteil vom 27.3.1997 11 K 4326/96 E, Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst 1997, 805).

Anknüpfungspunkt dieser Rechtsauffassung ist die von der Finanzverwaltung und der herrschenden Meinung gebilligte ständige BFH-Rechtsprechung, wonach auf die Veräußerung des (Bruch-)Teils eines (bereits entstandenen) Mitunternehmeranteils und damit auch auf den Fall der entgeltlichen Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine bereits bestehende

Mitunternehmerschaft (Sozietät) die Regelung des § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG (Veräußerung eines Mitunternehmeranteils) anwendbar sein und damit ein nach (§ 18 Abs. 3) § 16 Abs. 4, § 34 EStG begünstigter Veräußerungsgewinn entstehen soll (vgl. BFH-Urteile in BStBl II 1995, 407, mit Hinweisen auf die vorangegangene Rechtsprechung, und in BFHE 176, 392, BStBl II 1995, 599, 601, am Ende; Einkommensteuer-Richtlinien –EStR– 1996, R 139 Abs. 4; *Schmidt/Wacker*, a.a.O., § 16 Rdnr. 408, m.w.N.). Unter Hinweis auf diese Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, die unterschiedliche steuerliche Behandlung der Veräußerung eines Anteils an einem Einzelunternehmen gegenüber der Veräußerung von Teilen von Mitunternehmeranteilen und damit die Annahme eines steuerbegünstigten Veräußerungsgewinns nur bei der entgeltlichen Aufnahme eines Gesellschafters in eine bereits bestehende Gesellschaft, nicht aber bei der Aufnahme eines Sozius gegen Ausgleichszahlungen in eine Einzelpraxis, sei sachlich nicht gerechtfertigt; sie verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz und das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

## V. Rechtsauffassung des Großen Senats

Der Große Senat des BFH folgt der in der bisherigen Rechtsprechung des IV. Senats vertretenen Auffassung, dass die entgeltliche Aufnahme eines Sozius in eine freiberufliche Einzelpraxis und dementsprechend auch die Einbringung eines gewerblichen (Einzel-)Unternehmens gegen Ausgleichszahlung in eine Personengesellschaft nicht als eine steuerbegünstigte Veräußerung (§ 18 Abs. 3, § 16 Abs. 1, Abs. 4, § 34 EStG) beurteilt werden kann. Er hält die im Vorlagebeschluss und von einem Teil der finanzgerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums geforderte Rechtsfortbildung im Wege der Lückenfüllung hinsichtlich der Vorschriften über die steuerbegünstigte betriebliche Veräußerung (§ 18 Abs. 3, § 16 Abs. 1 EStG) nicht für zutreffend.

### 1. Zur Auslegung der Vorschriften über betriebliche Veräußerungen

a) Veräußerungsgewinne bei den betrieblichen Einkunftsarten werden als außerordentliche Einkünfte nur dann begünstigt versteuert, wenn es sich um Veräußerungsgegenstände i.S. der §§ 14, 14a Abs. 1, 16, 17 und 18 Abs. 3 EStG handelt (§ 34 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 EStG). Als solche kommen – abgesehen von dem Sonderfall der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft (§ 17 EStG) – nach der Grundregelung des § 16, Abs. 1 EStG, der die Vorschriften über die Veräußerung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (§§ 14, 14a Abs. 1 EStG) sowie der Veräußerung des der selbständigen Arbeit dienenden Vermögens (§ 18 Abs. 3 EStG) nachgebildet worden sind, nur in Betracht: der ganze Betrieb, ein Teilbetrieb und der Anteil eines Mitunternehmers (der in § 16 Abs. 1 Nr. 3 EStG genannte Anteil des persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA ist für die Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft und selbständiger Arbeit ohne Bedeutung). Nach dem maßgeblichen Wortlaut und dem systematischen Zusammenhang der Vorschriften über betriebliche Veräußerungen kann somit – wie unter C. II. 2. ausgeführt – der in der entgeltlichen Aufnahme eines Sozius in eine Einzelpraxis liegende Veräußerungsvorgang zu keinem steuerbegünstigten Veräußerungsgewinn führen, weil nicht der ganze Betrieb oder ein selbständiger Teilbetrieb veräußert worden ist und ein veräußerungsfähiger Mitunternehmeranteil vor der Einbringung und Gründung der Personengesellschaft nicht bestanden hat.

Soweit sich die Gegenmeinung (vgl. oben C. IV.) darauf beruft, der Wortlaut des § 18 Abs. 3 EStG setze mit der Formulierung „Anteil am Vermögen, das der selbständigen Arbeit dient“ für die Steuerbegünstigung nicht zwingend die Veräußerung eines bereits vorhandenen Mitunternehmeranteils voraus, verkennt sie die Notwendigkeit der einheitlichen Auslegung der Vorschriften über die Betriebsveräußerungen. Im Übrigen kann mit dem in § 18 Abs. 3 EStG genannten „Anteil am Vermögen“ auch deshalb nur ein Mitunternehmeranteil gemeint sein, weil sonst die Abgrenzung dieses Veräußerungsgegenstandes gegenüber dem in derselben Vorschrift genannten „selbständigen Teil des Vermögens“, der dem Teilbetrieb i.S. des § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG entspricht, nicht verständlich wäre.

b) Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 16 Abs. 1 EStG lässt sich – entgegen den Ausführungen von *Reiß* in *Kirchhof/Söhn* (a.a.O., § 16 Rdnr. C 68) – weder herleiten, dass die Steuerbegünstigung von Veräußerungsgewinnen auch bei der Veräußerung eines unselbständigen Teils eines Betriebs eingreifen muss, noch dass die Vorschrift hinsichtlich dieses Tatbestandes eine planwidrige Lücke enthält. Zwar stellte die entsprechende Vorschrift des § 30 Abs. 1 Nr. 1 des Reichseinkommensteuergesetzes vom 10.8.1925 –EStG 1925– (RGBI I, 189) der Veräußerung des Gewerbebetriebs als ganzen die Veräußerung „eines Teils des Gewerbebetriebs“ gleich. Die Auffassung, dass mit dieser Formulierung die steuerliche Begünstigung lediglich für die Veräußerung von Einzelwirtschaftsgütern habe ausgeschlossen werden sollen (so *Reiß*, a.a.O.), lässt sich aber aus der amtlichen Begründung zum Entwurf des EStG 1925 (RTDrucks III Nr. 795 vom 23.4.1925, S. 19 ff., 55, 56) nicht belegen. Vielmehr wird bereits in der Kommentierung zum EStG 1925 von *Strutz* (Berlin 1929; dort: § 30 Anm. 7, S. 385) ausgeführt, dass „Teil des Gewerbebetriebs“ i.S. des § 30 Abs. 1 Nr. 1 nur ein organisatorisch mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestatteter „Teilbetrieb“ der Unternehmung, wie z.B. eine Zweigniederlassung“ Filiale usw. sei. Daraus folgt, dass mit der späteren Ersetzung des Veräußerungsgegenstandes des „Teils des Gewerbebetriebs“ durch den bis heute geltenden Begriff des „Teilbetriebs“ in § 16 EStG 1934, mit dem auch nach der Gesetzesbegründung (vgl. RStBl 1935, 33, 42) eine sachliche Änderung nicht beabsichtigt war, lediglich die bestehende Rechtslage unverändert fortgeführt werden sollte. Die Veräußerung unselbständiger Unternehmensteile war demnach von vornherein nicht steuerbegünstigt, so dass auch hinsichtlich des Veräußerungsgewinns, der durch die entgeltliche Aufnahme eines Gesellschafters in ein bisheriges Einzelunternehmen entsteht, – entgegen der Auffassung von *Reiß* (a.a.O.) und des Vorlagebeschlusses – keine sich aus der Rechtsentwicklung ergebende planwidrige Gesetzeslücke besteht.

c) Die vorstehende Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelungen über die begünstigte Besteuerung betrieblicher Veräußerungsgewinne. Der Zweck der Tarifvergünstigung nach §§ 16, 34 EStG besteht nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum darin, „die zusammengeballte Realisierung der während vieler Jahre entstandenen stillen Reserven nicht nach dem progressiven Einkommensteuertarif zu erfassen“ (so BFH-Urteil vom 26.1.1994 III R 39/91, BStBl II 1994, 458, und *Schmidt/Wacker*, a.a.O., § 16 Rdnr. 5, m.w.N.; ebenso: *Wendt*, Die Steuerberatung –Stbg– 1999, 1, 10; *Patt/Rasche*, DStR 1996, 645, 647). Sie setzt demnach voraus, dass alle stillen Reserven der wesentlichen Grundlagen des Betriebs in einem einheitlichen Vorgang aufgelöst werden; denn eine Zusam-

menballung liegt nicht vor, wenn dem Veräußerer noch stille Reserven verbleiben, die erst in einem späteren Veranlagungszeitraum aufgedeckt werden (so schon BFH-Urteil vom 11.8.1971 VIII 13/65, BFHE 104, 48, BStBl II 1972, 270; ebenso die vorstehend zitierten Nachweise).

Der Zielsetzung der Steuerbegünstigung des Veräußerungsgewinns, die zusammengeballte Aufdeckung sämtlicher stillen Reserven ermäßigt zu versteuern, kann allerdings nicht losgelöst von den nach § 16 Abs. 1 (§ 18 Abs. 3) EStG begünstigten betrieblichen Veräußerungsgegenständen, über die der Veräußerer verfügt, Rechnung getragen werden. Der BFH hat demgemäß jeweils bezogen auf den Gegenstand der Veräußerung geprüft, ob eine Vollrealisierung der darin enthaltenen stillen Reserven vorlag (so z.B. die Einbringung/Veräußerung eines Teilbetriebs: Urteil in BStBl II 1982, 62; für die Veräußerung eines Mitunternehmeranteils, bei der gleichzeitig Wirtschaftsgüter des dem Gesellschafter zuzurechnenden Sonderbetriebsvermögens zum Buchwert in ein anderes Betriebsvermögen des veräußernden Gesellschafters überführt und somit nicht alle stillen Reserven des Mitunternehmeranteils aufgedeckt wurden: BFH-Urteil vom 19.3.1991 VIII R 76/87, BStBl II 1991, 635).

Soweit bei der entgeltlichen Aufnahme eines Gesellschafters (Sozius) in ein bisheriges Einzelunternehmen gegen eine in das Privatvermögen des Einbringenden geleistete Ausgleichszahlung eine von der Einbringung gemäß § 24 UmwStG getrennt zu beurteilende Veräußerung vorliegt, verfügt der bisherige Alleininhaber nicht über seinen Betrieb im Ganzen oder einen selbstständigen Teilbetrieb. Die im Hinblick auf die von dem aufgenommenen Gesellschafter geleistete Ausgleichszahlung realisierten stillen Reserven entfallen nur auf den ideellen Anteil an den Wirtschaftsgütern des Betriebs, der dessen erworbenen Gesellschaftsbeteiligung entspricht. Insofern war aber vor der Gründung der Personengesellschaft ein nach § 16 Abs. 1 EStG begünstigter Veräußerungsgegenstand in der Hand des Veräußerers nicht vorhanden, denn ein Mitunternehmeranteil, der nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG der begünstigten Veräußerung unterläge, ist erst mit der Gesellschaftsgründung und der Einbringung des Betriebs entstanden. Der anlässlich der entgeltlichen Aufnahme des Gesellschafters in ein Einzelunternehmen realisierte Veräußerungsgewinn des Einbringenden ist somit – auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschriften über die Steuerbegünstigung bestimmter betrieblicher Veräußerungsvorgänge nicht als begünstigter, sondern als laufender Gewinn zu versteuern (ebenso: FG Hamburg, Urteil vom 11.10.1996 V 59/95, EFG 1997, 542; *Wendt*, Stbg 1999, 10, 11).

## 2. Analoge Anwendung der Vorschriften über betriebliche Veräußerungen

Der Große Senat vermag auch der Auffassung im Vorlagebeschluss und der unter C. IV. dargestellten neueren Rechtsmeinung nicht zu folgen, wonach die Vorschriften über betriebliche Veräußerungen (§ 16 Abs. 1, § 18 Abs. 3 EStG) planwidrig lückenhaft sein sollen und diese Lücke im Hinblick auf den Gleichheitssatz und das Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes –GG–) verfassungskonform nur in der Weise geschlossen werden könne, dass auch die bei der entgeltlichen Aufnahme eines Gesellschafters in ein bisheriges Einzelunternehmen vorliegende Veräußerung eines Teils des ganzen Unternehmens nach §§ 16, 18 Abs. 3, 34 EStG steuerbegünstigt sein müsse.

a) Die gesetzliche Regelung ist nicht schon deshalb – wie der

XI. Senat des BFH meint – planwidrig lückenhaft, weil § 18 Abs. 3 EStG den Gewinn aus der Veräußerung des (ganzen) Vermögens oder eines Anteils am Vermögen erfasst, der dazwischen liegende Fall, nämlich die Veräußerung eines „Teils des ganzen Vermögens“ hingegen dort nicht geregelt ist. Es handelt sich vielmehr bei den zum Vergleich gegenübergestellten Fällen (in der Terminologie des § 16 Abs. 1 EStG: ganzer Betrieb oder Mitunternehmeranteil einerseits gegenüber einem Teil des ganzen Betriebs andererseits) um unterschiedliche Vermögensgegenstände, deren Veräußerung der Gesetzgeber bewusst nicht denselben Rechtsfolgen unterwerfen will. Bei der Veräußerung eines ganzen Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils liegt der steuerbegünstigte Veräußerungsgegenstand als solcher bereits in der Hand des Veräußerers vor. Dagegen werden bei der entgeltlichen Aufnahme eines Gesellschafters in ein Einzelunternehmen erst mit der Gründung der Personengesellschaft nach § 16 Abs. 1, § 18 Abs. 3 EStG steuerbegünstigte Veräußerungsgegenstände (Mitunternehmeranteile) geschaffen. Vor diesem Zeitpunkt lagen in der Hand des Einzelunternehmers selbständige Teile seines Betriebs (Vermögens), über die er – unabhängig von der Einbringung des Gesamtbetriebs – hätte verfügen können, nicht vor.

Nach dem den Vorschriften über die betrieblichen Veräußerungen zugrunde liegenden Gesetzesplan ist eine Steuerermäßigung aber nur für die Fälle gewollt, in denen der begünstigte Veräußerungsgegenstand bereits vor der Veräußerung in der Hand des Veräußerers gegeben ist. Dies zeigt insbesondere die Regelung über die Teilbetriebsveräußerung (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Hier muss für die Inanspruchnahme der Steuervergünstigung „ein mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestatteter, organisch geschlossener Teil des Gesamtbetriebs, der für sich allein lebensfähig ist,“ bereits beim Veräußerer im Zeitpunkt der Veräußerung gegeben sein; es reicht nicht aus, dass die veräußerten Wirtschaftsgüter beim Erwerber eine ausreichende Grundlage für einen gewerblichen oder freiberuflichen Betrieb bilden (vgl. *Schmidt/Wacker*, a.a.O., § 16 Rdnr. 143 und 149, 150, m.w.N.). Dementsprechend muss auch bei der Einbringung eines Einzelunternehmens in eine Personengesellschaft hinsichtlich des Vorliegens eines nach §§ 16, 18 Abs. 31 § 34 EStG steuerbegünstigten Veräußerungsgegenstandes auf die Verhältnisse beim Veräußerer (Einbringenden) abgestellt werden. Dass erst mit der Einbringung eines Einzelunternehmens in die Personengesellschaft im Wege der „Abspaltung“ aus dem bisher einheitlichen Betriebsvermögen selbständige Anteile an dem Vermögen (Mitunternehmeranteile) entstehen, vermag deshalb – entgegen der Auffassung des Vorlagebeschlusses – eine Analogie zu den gesetzlich geregelten Fällen der Veräußerung des Mitunternehmeranteils oder eines Teilbetriebs nicht zu begründen. Wie der Vorlagefall zeigt, ist zudem in den Fällen der entgeltlichen Aufnahme eines Gesellschafters in ein Einzelunternehmen die Realisierung sämtlicher stiller Reserven der bisher in der Hand des Veräußerers vorhandenen betrieblichen Organisationseinheit nicht gewährleistet; eine begünstigte Versteuerung der nur teilweise aufgedeckten stillen Reserven der eingebrachten Wirtschaftsgüter, soweit sie anteilig auf den neuen Gesellschafter entfallen, ist somit nach dem einheitlichen Grundkonzept der §§ 16 Abs. 1, 18 Abs. 3 i.V.m. § 34 Abs. 1 und 2 EStG nicht gerechtfertigt.

Würde man – wie es der Vorlagebeschluss des XI. Senats vorschlägt – die Veräußerung eines Teils des noch ungeteilten Betriebs, die zur Entstehung eines Mitunternehmeranteils führt, wie die Veräußerung des Betriebs im Ganzen und die

Veräußerung eines (bestehenden) Mitunternehmeranteils begünstigt versteuern, so müsste mit derselben Begründung die Tarifbegünstigung auch auf den Fall der Veräußerung unselbständiger Unternehmensteile, d.h. den zusammengefassten Verkauf mehrerer Einzelgegenstände des Betriebsvermögens, die erst in der Hand des Erwerbers zu einem einheitlichen Betrieb bzw. selbständigen Teilbetrieb zusammengefasst werden, angewandt werden. Auch dieses Ergebnis zeigt, dass eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 1 und des § 18 Abs. 3 EStG auf andere betriebliche Veräußerungsgeschäfte, denen nicht die dort genannten, von vornherein abgrenzbaren selbständigen betrieblichen Organisationseinheiten zugrunde liegen, nicht gerechtfertigt ist.

b) Eine planwidrige Lücke der Vorschriften über betriebliche Veräußerungsgeschäfte, die im Wege der Rechtsfortbildung zu schließen wäre, kann auch nicht aus dem angeblichen Sinn und Zweck dieser Steuervergünstigung, die betriebsfortführende Veräußerung zur Erhaltung wirtschaftlicher Einheiten zu privilegieren (so *Hannes*, DStR 1997, 685, 688, 689), hergeleitet werden. Ein derartiger Gesetzeszweck kann den §§ 16, 18 Abs. 3, 34 EStG nicht entnommen werden. Das folgt schon daraus, dass für den in demselben Gesetzeszusammenhang geregelten Fall der Betriebsaufgabe, die nach § 16 Abs. 3 EStG als Veräußerung gilt, die Steuerermäßigung gerade nicht von der Betriebsfortführung abhängt. Darüber hinaus ist auch die Steuerermäßigung für die Veräußerung eines Betriebs oder Teilbetriebs nicht davon abhängig, dass der Erwerber die erworbene wirtschaftliche Einheit als solche tatsächlich fortführt (vgl. EStR 1996, R 139 Abs. 1 Satz 2; BFH-Urteil vom 12.9.1979 I R 146/76, BStBl II 1980, 51, 53; *Schmidt/Wacker*, a.a.O., § 16 Rdnr. 150).

c) Als gewichtiges Argument für die analoge Anwendung der §§ 16 Abs. 1, 18 Abs. 3 EStG verbleibt indes der Vergleich mit der von der BFH-Rechtsprechung, der Finanzverwaltung und der herrschenden Meinung im Schrifttum angenommenen Steuervergünstigung für die Veräußerung eines Teils eines Mitunternehmeranteils (vgl. oben C. IV., und die dort angeführten Nachweise). Denn auch der (Bruch-)Teil eines Mitunternehmeranteils ist (wie der Teil eines ganzen Betriebs) in den §§ 16 Abs. 1, 18 Abs. 3 EStG nicht als steuerbegünstigter Veräußerungsgegenstand benannt. Gleichwohl soll seine Veräußerung in den Fällen der Aufnahme eines Gesellschafters in eine bereits bestehende Personengesellschaft sowie der Änderung der Beteiligungsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern/Mitunternehmern zur Anwendung der Steuervergünstigung führen (vgl. BFH-Urteile vom 27.5.1981 I R 123/77, BStBl II 1982, 211, 212, und in BStBl II 1995, 407). Der Große Senat des BFH sieht trotz des unbefriedigenden Ergebnisses keine rechtliche Möglichkeit, auf Grund dieser Rechtsprechung die Steuerermäßigung in analoger Anwendung der §§ 16 Abs. 1, 18 Abs. 3 EStG auch bei der erstmaligen Einräumung einer Beteiligung an einem bisherigen Einzelunternehmen gegen Ausgleichszahlung zu gewähren.

Die Auffassung, dass auch die Veräußerung eines Bruchteils an einem Mitunternehmeranteil zu einem steuerbegünstigten Veräußerungsgewinn führt, geht zurück auf das Urteil des Reichsfinanzhofs (RFH) vom 4.7.1934 VI A 1014/32 (RStBl 1934, 1360). Der RFH hat die Steuervergünstigung dieses Veräußerungsgewinns nicht näher begründet. Das Urteil enthält lediglich einen Hinweis auf § 58 EStG 1925, der die entsprechende Tarifbegünstigung (heute § 34 EStG) enthält; begründet wird nur die Auffassung des RFH, dass solche Veräußerungsvorgänge überhaupt der Einkommensteuer unterliegen. Auch die späteren BFH-Entscheidungen zur Veräuße-

rung von Bruchteilen von Mitunternehmeranteilen enthalten keine Begründung für die von der Rechtsprechung angenommene Steuervergünstigung. Vielmehr hat der BFH in den Urteilen in BStBl II 1982, 211, und in BStBl II 1995, 407 auf die Kritik an dieser Rechtsprechung hingewiesen. Die Bedenken gegen die Gleichsetzung des veräußerten Bruchteils an einem Mitunternehmeranteil mit dem in § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG genannten Anteil eines Gesellschafters stützen sich im Wesentlichen darauf, dass eine Person nicht eine Mehrheit von Mitgliedschaftsrechten an einer Personengesellschaft und damit nicht mehrere Gesellschaftersanteile haben kann (vgl. insoweit auch das BFH-Urteil vom 13.2.1997 IV R 15/96, BStBl II 1997, 535, 537), von denen einer abgetreten werden könne. Vom Zweck der Tarifbegünstigung her werden Bedenken gegen die steuerbegünstigte Veräußerung des Teils eines Mitunternehmeranteils insbesondere deshalb erhoben, weil der Veräußerer in diesem Falle nicht alle stillen Reserven „seiner“ Mitunternehmerbeteiligung aufdeckt und seine Besserstellung gegenüber einem Einzelunternehmer, bei dem die Teilrealisierung stiller Reserven nicht begünstigt ist, sachlich nicht gerechtfertigt sei (vgl. hierzu *Leingärtner*, FinanzRundschau – FR – 1975, 181, 182; *Mittmann*, Deutsche Steuer-Zeitung 1989, 473; *Althans*, Betriebs-Berater – BB – 1993, 1060, 1063; *Patt/Rasche*, DStR 1996, 645, 647).

In den vorgenannten BFH-Urteilen ist diese Kritik zur Kenntnis genommen worden; eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Bedenken gegen eine Steuervergünstigung der Veräußerung von Teilen von Mitunternehmeranteilen hat nicht stattgefunden. Der I. Senat des BFH will aus Gründen der Rechtssicherheit an der langjährigen Rechtsprechung festhalten (Urteil in BStBl II 1995, 407, 408, ebenso Urteil vom 14.9.1994 I R 41/94, BFH/NV 1995, 766, 767). Auch im Schrifttum wird, soweit es dem BFH folgt, gegenüber den vorstehenden rechtssystematischen Bedenken, die nicht ausgeräumt werden können, auf die Bedeutung einer langjährigen höchstrichterlichen Rechtsprechung und deren Billigung durch die Finanzverwaltung für die Rechtssicherheit hingewiesen, deren unerwünschtes Ergebnis nur durch den Gesetzgeber verändert werden könne (vgl. *Runge*, BB 1970, 342, 344; *Schmidt*, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1992/1993, 210). Ein derartiger Versuch, die Steuervergünstigung für den Verkauf von Anteilen an Mitunternehmeranteilen zu beseitigen, ist durch die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Jahressteuergesetz 1996 unternommen worden, wonach § 16 Abs. 2 EStG dahin ergänzt werden sollte, dass ein solcher (Veräußerungs-)Gewinn als laufender Gewinn gilt (BTDrucks 13/1960 S. 4 zu Art. 1 Nr. 11); dieser Vorschlag ist aber nicht Gesetz geworden.

Die steuerliche Begünstigung der Teilveräußerung eines Mitunternehmeranteils kann somit allein auf Gründe der Rechtssicherheit gestützt werden, nach denen eine von der Finanzverwaltung gebilligte langjährige Rechtsprechung trotz nicht auszuräumender steuersystematischer Bedenken nicht aufgegeben werden soll. Der Große Senat des BFH sieht keinen Anlass, diese Rechtspraxis zu ändern. Er ist aber der Auffassung, dass die systematisch nur schwer zu begründende Steuervergünstigung für die Veräußerung eines Teils eines Mitunternehmeranteils nicht dazu geeignet ist, sie im Wege einer verfassungskonformen Auslegung oder der Analogie auf andere Sachverhalte – hier die Einbringung eines Einzelunternehmens in eine Personengesellschaft gegen Ausgleichszahlung – auszudehnen, für die sie nach dem Wortlaut des Gesetzes (vgl. die Aufzählung der begünstigten Veräußerungsgegenstände in § 16 Abs. 1 EStG) und dem Zweck der Steuer-

vergünstigung (Progressionsmilderung nur bei Aufdeckung aller stillen Reserven des Veräußerers) nicht vorgesehen ist (ebenso: *Wendt*, Stbg 1999, 1, 11). Denn die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (vgl. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26.4.1994 1 BvR 1299/89, 1 BvL 6/90, BVerfGE 90, 263, 274 f., m.w.N.).

d) Die aufgezeigte Entscheidung der vorgelegten Rechtsfrage durch den Großen Senat schließt nach herrschender Meinung allerdings Gestaltungsmöglichkeiten zur Erlangung einer Steuervergünstigung auch für die Aufnahme eines Soziums in ein bisheriges Einzelunternehmen, die sich nach dem sog. Zwei-Stufen-Modell ergeben, nicht aus. Danach soll es möglich sein, dass der bisherige Einzelunternehmer in einem ersten Schritt dem neuen Gesellschafter nur eine Minimalbeteiligung gegen geringe Ausgleichszahlung einräumt und dann in einem zweiten Schritt einen Bruchteil seines durch den ersten Schritt entstandenen Mitunternehmeranteils tarifbegünstigt an den neuen Gesellschafter, veräußert (vgl. *Schmidt/Wacker*, a.a.O., § 16 Rdnr. 565, m.w.N.; *Stuhrmann* in *Kirchhof/Söhn*, a.a.O., § 18 Rdnr. D 27).

Der Große Senat vermag hierin keine rechtliche Begründung dafür zu sehen, die entgeltliche Aufnahme eines Gesellschafters in ein Einzelunternehmen generell nach §§ 16, 18 Abs. 3, 34 EStG steuerlich zu begünstigen. Steuerlich unerwünschte Ergebnisse einer solchen „zweistufigen Gesellschaftsgründung“ werden unter dem Gesichtspunkt eines Missbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO 1977 weitgehend ausgeschlossen werden können (ebenso: *Offerhaus*, a.a.O., S. 499, 512; zweifelnd: *Wendt*, Stbg 1999, 1, 11).

Die entgeltliche Aufnahme eines Soziums in eine Einzelpraxis ist nicht als steuerbegünstigte Veräußerung zu beurteilen.

---

26. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a (*Vermögensübergabe gegen wiederkehrende Leistungen*)

**Übertragen Eltern einem Kind einen Vermögensgegenstand (hier: Erbanteil) gegen auf ihre Lebenszeit wiederkehrende Leistungen, die jedenfalls für eine bestimmte Mindestdauer zu zahlen sind (sog. Mindestzeitrente oder verlängerte Leibrente), handelt es sich auch dann nicht um eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, sondern um ein entgeltliches Veräußerungs-/Anschaffungsgeschäft, wenn die Mindestlaufzeit der wiederkehrenden Leistungen kürzer ist als die voraussichtliche durchschnittliche Lebenserwartung der bezugberechtigten Person (Fortführung der Senatsurteile vom 31.8.1994 X R 44/93, BStBl II 1996, 676, und X R 58/92, BStBl II 1996, 672).**

BFH, Urteil vom 21.10.1999 – X R 75/97 –

#### *Zum Sachverhalt:*

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Eheleute und wurden für das Streitjahr 1990 zur Einkommensteuer zusammen veranlagt.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 10.5.1984 übertrug die damals knapp 65 Jahre alte Mutter des Klägers, Frau K., diesem im Wege der Schenkung ihren Erbteil am Nachlass des K.E. Einziges Nachlassvermögen war der hälftige Miteigentumsanteil am Grund-

stück W. Das aufstehende Gebäude enthält drei Wohnungen, von denen die Mutter des Klägers die Erdgeschosswohnung bewohnte. Die Wohnung im ersten Stock und die Dachgeschosswohnung wurden von Angehörigen des Miterben der Frau K. bewohnt.

In Abschnitt II. („Erbteilschenkungs und Übertragungsvertrag“) verpflichtete sich der Kläger gegenüber seiner Mutter zur Zahlung einer wertgesicherten lebenslänglichen monatlich vor auszahlabaren Rente von 1 100 DM. Die Rente war mindestens bis zum 30.9.1994 zu zahlen. Nach Ableben von Frau K. sollte der Rentenbetrag je hälftig an R.H. (Bruder des Klägers) und S.L. geb. H. (Schwester des Klägers) gezahlt werden, ersatzweise an deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolgeordnung. Dieser bedingte Anspruch auf Zahlung wurde den beiden Geschwistern, ersatzweise deren Abkömmlingen, „im Wege des Vertrags zugunsten eines Dritten zugewandt“. Laut Abschnitt III. („Erbverzichtsvertrag“) verzichtete der Kläger aufgrund des Erbteilschenkungs- und Übertragungsvertrags auf seinen zukünftigen Erbteils- und Pflichtteilsanspruch nach seiner Mutter. Im Hinblick auf die Zuwendung erklärte er sich als abgefunden.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) hatte in den Vorjahren und auch im Streitjahr 1990 antragsgemäß die Sonderkehrenden Zahlungen mit ihrem Ertragsanteil zum Abzug als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a des Einkommensteuergesetzes (EStG) zugelassen. Mit dem Einspruch gegen den Einkommensteuerbescheid für 1990 beantragten die Kläger den Abzug der Aufwendungen als dauernde Last. Der Einspruch hatte keinen Erfolg. Mit der hiergegen erhobenen Klage trugen die Kläger vor, der Vertrag vom 10.1.1984 sei seiner Rechtsnatur nach ein Versorgungsvertrag, der nach neuerer Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs – BFH – (Urteil vom 26.1.1994 X R 141/90, BFH/NV 1994, 845) auch dann zu einer Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen als dauernde Last führe, wenn eine Bezugnahme auf § 323 der Zivilprozessordnung (ZPO) nicht ausdrücklich vereinbart sei. Der übertragene Grundstücksanteil sei eine existenzsichernde Vermögenseinheit. Dies folge auch daraus, dass das gesamte Gebäude derzeit einen Verkehrswert von 2,5 Mio. DM habe. Bei dem Erbteil habe es sich im Wesentlichen um das gesamte Vermögen der Mutter gehandelt, die darüber hinaus nur geringe Renteneinkünfte habe. Auch reichten die Erträge des übergebenen Vermögens zur Bestreitung der Rentenverpflichtung aus. Die nur 93 qm große Dachgeschosswohnung sei nach dem Ableben der Miteigentümerin ohne Modernisierungsaufwand für 1.500 DM monatlich vermietet worden. Nach einem Bankgutachten habe die Erdgeschosswohnung zum 31.12.1985 einen Mietzins von monatlich 1.500 DM erbringen können. Ergänzend sei zu berücksichtigen, dass die Erdgeschosswohnung im Gegensatz zur Dachgeschosswohnung zentral beheizt sei; zu ihr gehöre auch eine große Garage.

Demgegenüber trug das FA u.a. vor: Es handle sich schon deswegen nicht um einen „typischen“ Versorgungsvertrag, weil eine Mindestlaufzeit vereinbart worden und damit die Gleichstellung etwaiger Miterben beabsichtigt gewesen sei. Der hälftige Miteigentumsanteil an dem Grundstück W. sei im Übrigen keine „existenzsichernde Wirtschaftseinheit“ im Sinne der einschlägigen BFH-Rechtsprechung. Selbst wenn man indes von Letzterem ausginge, scheitere ein Abzug der Aufwendungen als dauernde Last daran, dass die Erträge nicht ausreichten, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen. Die Mutter des Klägers habe in den drei Jahren vor der Übergabe aus ihrem hälftigen Anteil folgende Erträge erwirtschaftet: 2.962 DM (1981), 5.271 DM (1982), 2.818 DM (1983). Demnach sei kein ausreichend ertragbringendes Vermögen übertragen worden. Vorliegend gehe es daher um einen „Typus 2“ im Sinne des Schreibens des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) vom 23.12.1996 (BStBl I 1996, 1508 [= MittBayNot 1997, 56]), bei welchem keine grundsätzliche Vermutung für eine Abänderbarkeit der Leistungen bestehe. Letztere ergebe sich auch nicht aus dem Vertrag vom 10.5.1984.

Das Finanzgericht (FG) hat die Klage abgewiesen.

Die hiergegen eingelegte Revision hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1. Nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG sind Sonderausgaben die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Ren-

ten und dauernde Lasten, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben. Dieser Sonderausgabenabzug setzt grundsätzlich voraus, dass Versorgungsleistungen auf die Lebenszeit des Beziehers gezahlt werden. Hingegen sind die auf eine festbestimmte Zeit zu zahlenden wiederkehrenden Leistungen, die in sachlichem Zusammenhang mit der Übertragung eines Vermögensgegenstandes gezahlt werden, nicht als Rente oder dauernde Last abziehbar, sondern nach den steuerrechtlichen Grundsätzen über entgeltliche Rechtsgeschäfte zu behandeln. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Zahlungen zwar für die Dauer der Lebenszeit einer Bezugsperson, in jedem Fall aber für eine Mindestlaufdauer zu erbringen sind (sog. verlängerte Leibrente oder Mindestzeitrente). Auch eine sog. Mindestzeitrente, wie sie im Streitfall vorliegt, ist nach den Grundsätzen über entgeltliche Gegenleistungsrenten zu beurteilen. Dies gilt ungeachtet dessen, dass die vereinbarte Mindestzeit die statistisch wahrscheinliche Lebenserwartung der Bezugsberechtigten unterschreitet.

a) Beim Vertragstypus „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ handelt es sich „um eine besondere Art von Versorgungsleistungen“, die durch die Übergabe des Vermögens notwendig geworden sind, ohne dass deshalb ein steuerrechtlich entgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt (vgl. Beschluss des Großen Senats vom 15.7.1991 GrS 1/90, BStBl II 1992, 78 [= MittBayNot 1992, 67]) m.w.N. der Rechtsprechung). Nicht jedwede Übergabe von Vermögen gegen wiederkehrende Leistungen führt zu deren Abzug als Sonderausgabe, sondern nur eine Vertragsgestaltung, die dem vom Großen Senat des BFH als Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen umschriebenen Typus zugeordnet werden kann. Hiernach ist für die als Sonderausgabe abziehbare Versorgungsrente typischerweise vorauszusetzen, dass die wiederkehrenden Versorgungsleistungen grundsätzlich auf die Lebenszeit des Versorgungsberechtigten gezahlt werden. Ausnahmen können sich aus einer Änderung der (mutmaßlichen) Versorgungssituation ergeben, so z. B. im Falle einer Wiederverheiratsklausel oder bei zeitlicher Begrenzung bis zum Eintritt des Versorgungsberechtigten in den Bezug einer Sozialversicherungsrente (vgl. Senatsurteil vom 26.1.1994 X R 54/92, 363 ff., BStBl II 1994, 633). Stets aber endet der Lauf der „typischen“ privaten Versorgungsrente mit dem Tode des Bezugsberechtigten (Senatsurteile in BStBl II 1996, 676; BStBl II 1996, 672).

b) Ein durch eine andere Interessenlage geprägter Vertragstypus liegt vor, wenn wiederkehrende Leistungen, die grundsätzlich auf die Lebenszeit einer Person gezahlt werden, jedenfalls eine Mindestzeitdauer haben. Ist es übereinstimmender Wille der Vertragsschließenden, dass die Zahlungen im Falle eines vorzeitigen Ablebens der zunächst bezugsberechtigten Person an die Erben zu erbringen sind, handelt es sich insoweit jedenfalls nicht ausschließlich um Versorgungsleistungen, sondern zivilrechtlich und wirtschaftlich um einen wertmäßigen Ausgleich für eine empfangene Leistung. Ein solcher Vertrag wird *insgesamt* – auch hinsichtlich des Zeitabschnitts nach Erreichen der Mindestlaufzeit – geprägt durch seine Funktion, eine Gleichstellung von (künftigen) Miterben zu gewährleisten. Dies wird deutlich in dem gedachten Fall, dass der Erbfall unmittelbar nach Vertragsschluss eintritt und dann die wiederkehrenden Leistungen an die (Mit-)Erben als Ausgleich für das vorweg übernommene Vermögen zu erbringen sind. Damit liegt in rechtlicher wie wirtschaftlicher Hinsicht der Vergleich mit anlässlich einer vorweggenommenen Erbfolgeregelung vereinbarten Gleichstellungsgeldern

ebenso nahe wie mit im Rahmen einer Erbauseinandersetzung übernommenen Ausgleichszahlungen. Gleichstellungsgelder führen zu Anschaffungskosten (Beschluss des Großen Senats vom 5.7.1990 GrS 4-6/89, BStBl II 1990, 847). So weit im Rahmen einer Auseinandersetzung über Nachlassvermögen einem Erben das Alleineigentum an einem Gegenstand zugewiesen wird, erhält er mehr als seiner Erbquote entspricht; in Höhe der an die Miterben fließenden Ausgleichszahlungen hat der übernehmende Miterbe Anschaffungskosten (Beschluss des Großen Senats vom 5.7.1990 GrS 2/89, BStBl II 1990, 837).

Diese zivil- und steuerrechtliche Wertung wird im Streitfall zusätzlich bestätigt durch die Erwägung, dass nach den Feststellungen des FG, das sich insoweit auf einen Gestaltungshinweis des beurkundenden Notars bezogen hat, bei der Bemessung der wiederkehrenden Leistungen die „Gleichstellung der beiden Geschwister“ eine maßgebliche Rolle gespielt hat. Dies kann im vorliegenden Zusammenhang nur bedeuten, dass es der Mutter darum ging, einen Gegenwert zu erhalten, damit der später zu verteilende Nachlass nicht zu Lasten der Geschwister gemindert sein würde.

c) Bei dieser Beurteilung ist es grundsätzlich unerheblich, in welchem Verhältnis die Mindestlaufzeit zur voraussichtlichen Lebenserwartung der Bezugsberechtigten steht (vgl. Senatsurteil in BStBl II 1996, 672, unter 6.). Eine Gegenleistungsrente ist auch dann anzunehmen, wenn die Mindestlaufzeit deutlich kürzer ist als die durchschnittliche Lebenserwartung der bezugsberechtigten Person. Der von den Klägern befürwortete Rückschluss aus Tz. 51 des BMF-Schreibens in BStBl 1996, 1508 ist nicht zwingend. Das BMF sieht Mindestzeitrenten unter der Voraussetzung als wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung an, dass die Mindestlaufzeit die nach Anhang 4 Tabelle 6 VStR 1995 („Sterbetafel für die Bundesrepublik Deutschland 1986/88“) zu bemessende Lebenserwartung übersteigt. Es bezieht sich hierbei auf das Senatsurteil in BStBl II 1996, 672. Diese Entscheidung betraf den Fall, dass einer im Zeitpunkt der Vermögensübergabe 69 Jahre alten Bezugsberechtigten eine an sie oder ihre Erben zu zahlende Rente mit einer Mindestlaufzeit von 13 Jahren zugesagt wurde. Die mittlere Lebenserwartung der Berechtigten betrug nach der Sterbetafel 12 Jahre.

Indes hat der erkennende Senat der in Tz. 51 angesprochenen Relation keine Bedeutung beigemessen. Er hat vielmehr darauf hingewiesen, dass in früheren Entscheidungen, in denen der durchschnittlichen Lebenserwartung der bezugsberechtigten Person Bedeutung beigemessen worden war, die Frage entscheidungserheblich war, ob der Zinsanteil eines zeitlich gestreckten Entgelts nach den Grundsätzen über die Leibrente in gleichmäßiger Höhe (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 2 EStG 1974) oder wie bei Kaufpreislösungen jährlich fallend als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung anzusetzen war. Der VIII. Senat des BFH hatte in seinem Urteil in BStBl II 1975, 173 darauf abgestellt, ob die laufenden Zahlungen mehr von den begrifflichen Merkmalen einer Leibrente oder mehr „von denjenigen einer Zeitrente oder Rate“ geprägt werden. Hierzu führte er aus, die Ermittlung des Ertragsanteils der laufenden Zahlungen unter Berücksichtigung der gesetzlichen Ertragswerttabelle entspreche dann den Wertungen des Gesetzgebers, wenn die Laufzeit der Rente von der voraussichtlichen – durchschnittlichen, nicht tatsächlichen – Lebenserwartung einer Person abhängig sei. Bleibe die Dauer dieser Lebenserwartung hinter der festbestimmten Mindestlaufzeit zurück, sei die Verpflichtung wesentlich von der Verpflichtung des Schuldners geprägt, die

Zahlungen an die Erben des Berechtigten zu zahlen. Hierzu hat der Senat im Urteil in BStBl II 1996, 672 darauf hingewiesen, dass es in Fällen wie dem vorliegenden nicht um die Frage gehe, wie der Zinsanteil einer sog. Gegenleistungs-„Rente“ technisch ermittelt werde. Entscheidungserheblich sei vielmehr, ob die wiederkehrenden Leistungen dem Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen oder den wiederkehrenden Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung zuzuordnen seien. Letzteres ist hier wie dargelegt deswegen anzunehmen, weil die steuerrechtliche Rechtsnatur des Vertrags durch die Verpflichtung des Klägers charakterisiert wird, eine (Mindest-)Gegenleistung zu erbringen und deswegen das „Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ nicht anwendbar ist.

2. Kommt eine Zuordnung zum Rechtsinstitut der „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ nicht in Betracht, gelten die allgemeinen für (teil-)entgeltliche Rechtsgeschäfte geltenden Grundsätze. Außerhalb des Sonderrechts der Vermögensübergabe führt eine Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen grundsätzlich – unabhängig davon, ob diese als gleich bleibend oder als abänderbar vereinbart sind – mit ihrem Barwert zu Anschaffungskosten i. S. von § 7 EStG; der in den einzelnen Zahlungen enthaltene Zinsanteil ist – ebenso wie die Anschaffungskosten – nur zu berücksichtigen, wenn er entweder als Werbungskosten oder Betriebsausgaben oder sonst ausdrücklich gesetzlich (z.B. § 10e Abs. 1 bzw. 6 a EStG) zum Abzug zugelassen ist (vgl. BFH-Urteile vom 14.12.1994 X R 1-2/90, BStBl II 1996, 680; in BStBl II 1996, 676; vom 25.11.1992 X R 91/89, BStBl II 1996, 666; vom 25.11.1992 X R 34/89, BStBl II 1996, 663, und vom 26.11.1992 X R 187/87, BStBl II 1993, 298).

3. Da das Urteil des FG diesen Grundsätzen entspricht, war die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Etwa erforderliche steuerrechtliche Folgen aus dem entgeltlichen Erwerb von ertragbringendem Vermögen sind im Verfahren der einheitlichen und gesonderten Feststellung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu ziehen.

---

27. AO § 42; EStG § 21 Abs. 1; BGB § 1612 Abs. 2 (*Steuerliche Anerkennung eines Eltern-Kind-Mietverhältnisses I*)

**Vermieten Eltern ihrem unterhaltsberechtigten Kind eine ihnen gehörende Wohnung, dann ist der Mietvertrag nicht deshalb rechtsmissbräuchlich i.S. des § 42 AO 1977, weil das Kind die Miete aus dem Barunterhalt der Eltern zahlt (Änderung der Rechtsprechung gegenüber BFH-Urteil vom 23.2.1988 IX R 157/84, BStBl II 1988, 604).**

BFH, Urteil vom 19.10.1999 – IX R 39/99 –

#### *Zum Sachverhalt:*

Die in X wohnenden Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind seit 1983 Eigentümer einer Eigentumswohnung in Y, die sie ab diesem Zeitpunkt an fremde Dritte (Studenten) und im Jahre 1993 – zu unveränderten Bedingungen – an ihre nunmehr in Y studierende (volljährige) Tochter vermieteten. Die Miete (einschließlich Nebenkosten) betrug nach dem mit der Tochter formularmäßig geschlossenen Mietvertrag 500 DM monatlich und war auf das Bankkonto der Kläger zu überweisen. Die Kläger zahlten der Tochter – ebenso wie deren Geschwistern – in den Streitjahren (1993 und 1994) jeweils 1 200

DM monatlich als Unterhalt. Die eigenen Einkünfte der Tochter betragen in den Streitjahren 1 152 DM (1993) bzw. 4 142 DM (1994).

In ihrer Einkommensteuererklärung für die Streitjahre machten die Kläger bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung der Wohnung in Y nach § 21 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) ermittelte Werbungskostenüberschüsse (1993: 4 575 DM und 1994: 7 152 DM) geltend, die der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt –FA–) ab dem Zeitpunkt der Vermietung der Wohnung an die Tochter nicht mehr zum Abzug zuließ.

Die nach erfolglosem Einspruch erhobene Klage hat das Finanzgericht (FG) abgewiesen (Entscheidungen der Finanzgerichte –EFG– 1998, 1520). Die von den Klägern eingelegte Revision hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Entscheidung in der Sache selbst (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO). Das FG hat das strittige Mietverhältnis zu Unrecht nicht der Besteuerung zugrunde gelegt. Entgegen der Auffassung des FG stellt das mietweise Überlassen der Wohnung an die unterhaltsberechtigten Tochter der Kläger keine Naturalunterhaltsleistung dar.

1. Aus den Feststellungen des FG ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass die Vereinbarungen zwischen den Klägern und ihrer Tochter nur zum Schein getroffen sein könnten (§ 117 des Bürgerlichen Gesetzbuches –BGB–) und das Mietverhältnis deshalb als Scheingeschäft gemäß § 41 Abs. 2 AO 1977 steuerrechtlich nicht zu berücksichtigen ist (vgl. zur Prüfung, ob ein Scheingeschäft vorliegt, z.B. Senatsurteile vom 19.12.1995 IX R 85/93, BStBl II 1997, 52, und vom 28.1.1957 IX R 23/94, BStBl II 1997, 655).

2. Der Mietvertrag hält auch dem sog. Fremdvergleich stand. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) sind Verträge zwischen Angehörigen der Besteuerung nur dann zugrunde zu legen, wenn sie zum einen bürgerlich-rechtlich wirksam geschlossen sind und darüber hinaus sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung des Vereinbarten dem zwischen Fremden Üblichen entspricht. Die neuere Rechtsprechung des Senats setzt dabei zumindest voraus, dass die Hauptpflichten der Vertragsparteien, wie das Überlassen einer bestimmten Mietsache zur Nutzung und die Höhe der zu entrichtenden Miete (vgl. § 535 BGB), klar und eindeutig vereinbart worden sind und entsprechend dem Vereinbarten durchgeführt werden (z.B. Senatsurteile vom 20.10.1997 IX R 38/97, BStBl II 1998, 106, und vom 17.2.1998 IX R 30/96, BStBl II 1998, 349).

Nach den bindenden Feststellungen des FG (vgl. § 118 Abs. 2 FGO), ist dies im Streitfall geschehen. Die Kläger hatten insbesondere die Wohnung zu unveränderten Bedingungen in den Jahren zuvor an fremde Dritte vermietet. Die getroffenen Vereinbarungen wurden tatsächlich durchgeführt.

3. Entgegen der Auffassung des FG ist das Vermieten der den Klägern gehörenden Wohnung an ihre unterhaltsberechtigten unverheirateten Tochter kein Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten i.S. des § 42 AO 1977. An der im Urteil vom 23.2.1988 IX R 157/84 BStBl II 1988, 604) und im Beschluss vom 14.6.1988 IX B 157/87 (BFH/NV 1990, 97) vertretenen Rechtsauffassung hält der Senat nicht mehr fest.

a) Ein Gestaltungsmissbrauch im Sinne dieser Vorschrift ist gegeben, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die, gemessen an dem erstrebten Ziel, unangemessen ist, der Steuererminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist.

tigen ist (ständige Rechtsprechung, z.B. Senatsurteil vom 3.2.1998 IX R 38/96, BStBl II 1998, 539, 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, 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 (Senatsurteil in BStBl II 1998, 539, m.w.N.).

b) Der Unterhalt für unterhaltsberechtigte Kinder (§§ 1601 f. BGB) ist grundsätzlich durch Entrichten einer Geldrente zu gewähren (§ 1612 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Gesetz räumt aber den unterhaltsverpflichteten Eltern die Möglichkeit ein, gegenüber ihrem unverheirateten Kind die Art der Unterhaltsgewährung zu bestimmen (§ 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB). Sie können ihr Bestimmungsrecht auch in der Weise ausüben, dass sie neben einer Teilrente in Geld eine Wohnung außerhalb des Elternhauses bereitstellen (vgl. z.B. Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 17.5.1979 BReg. 1 Z 12/79, Neue Juristische Wochenschrift 1979, 1712).

Die Kläger haben sich im Streitfall für die Gewährung von Barunterhalt entschieden. Sie haben damit nicht gegen eine vom Gesetzgeber vorgegebene Wertung verstoßen, sondern lediglich von dem ihnen durch das Gesetz eingeräumten Wahlrecht Gebrauch gemacht.

c) Die von den Klägern gewählte Gestaltung wird auch nicht dadurch rechtsmissbräuchlich, dass die Tochter die Miete – zumindest im Wesentlichen – aus dem gewährten Barunterhalt zahlte. Der Einwand, bei einer solchen Fallgestaltung würden auf Grund eines Gesamtplanes nur Geldbeträge hin- und hergeschoben, was unter dem Gesichtspunkt des „vorprogrammierten Rückholverfahrens“ rechtsmissbräuchlich sei (vgl. dazu *Fischer*, Steuer und Wirtschaft 1995, 87, 96; *Drosdzol*, Finanz-Rundschau 1999, 83, 85), gründet letztlich – wie der Vertreter des im Verfahren IX R 30/98 beigetretenen Bundesministeriums der Finanzen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgetragen hat – auf der Überzeugung, bei dem gegebenen Sachverhalt sei ein anderer Weg, das unentgeltliche Überlassen der Wohnung (als Naturalunterhalt), nahe liegender sowie allgemein üblich und dementsprechend auch steuerrechtlich maßgebend. Dieser Beurteilung wäre zu folgen, wenn die Eltern dem Unterhalt empfangenden Kind gleichsam die Miete „schenken“ und (nur) durch den gleichzeitigen Abschluss des Mietvertrages einen an sich privaten Vorgang in die Einkunftssphäre verlagerten (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 10.10.1991 XI R 1/86, BStBl II 1992, 239 – Grundstücksverkauf mit gleichzeitiger Teilschenkung des Kaufpreises; Senatsurteil vom 26.3.1996 IX R 51/92, BStBl II 1996, 443 – Darlehen der minderjährigen Tochter an Elternteil aus zuvor vom anderen Elternteil zu diesem Zweck geschenkten Mitteln). Dies trifft jedoch im Fall der Ausübung des gesetzlichen Bestimmungsrechts gemäß § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht zu. Durch die Zahlung von Unterhalt erfüllen die Eltern ihre Leistungspflicht (§ 1601 BGB) und werden insoweit frei (§ 362 BGB). Die Unterhaltszahlung einerseits und die Erfüllung der mietvertraglichen Vereinbarungen andererseits sind zwei bürgerlich-rechtlich und wirtschaftlich unterschiedliche Vorgänge, die auch steuerrechtlich voneinander zu trennen sind.

Das Kind benötigt den Barunterhalt für seinen Bedarf an Wohnen. Die Kosten für eine Wohnung entstehen, gleichgültig, ob das unterhaltsberechtigte Kind diese bei den Eltern oder bei Dritten mietet. Der Umfang der Unterhaltsverpflichtung verringert sich im Falle des Anmietens einer elterlichen Wohnung nicht; auch nicht im Falle der Verrechnung der Geldrente mit dem Mietzins; es mindert sich lediglich der *Barbetrag* der Rente. Es macht keinen Unterschied, ob den Eltern die Miete aus dem Vertrag mit einem Dritten oder mit ihrem studierenden Kind zufließt. Ihr Vermögen erhöht sich in beiden Fällen um die empfangene Miete und vermindert sich um den gezahlten Unterhalt.

Die Eltern haben allerdings im Falle der Vermietungen ein unterhaltsberechtigtes Kind die Möglichkeit, die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 Abs. 1 EStG durch Einnahme-Überschussrechnung zu ermitteln. Es wäre aber eine mit Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes nicht zu vereinbarende Benachteiligung, würde einem zwischen Eltern und ihren unterhaltsberechtigten Kindern abgeschlossenen Mietvertrag – der, in gleicher Weise mit einem fremden Dritten abgeschlossen, nicht zu beanstanden wäre – die steuerrechtliche Anerkennung nur deshalb versagt, weil Mieter ein unterhaltsberechtigtes Kind ist (vgl. BVerfG-Urteile vom 24.1.1962 1 BvL 32/57, BStBl I 1962, 492, und 1 BvR 232/60, BStBl I 1962, 506 – zu Ehegatten-Arbeitsverhältnissen).

d) Der Ansicht, das Vermieten einer Wohnung an ein Barunterhalt empfangendes, unterhaltsberechtigtes unverheiratetes Kind sei als unentgeltliches Überlassen zu beurteilen (siehe oben, unter 3. c), steht nach Meinung des Senats im Übrigen entgegen, dass Angehörige grundsätzlich frei entscheiden können, ob sie Leistungen auf familiärer oder vertraglicher Grundlage erbringen (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteil vom 21.1.1999 IV R 15/98, BFH/NV 1999, 919, m.w.N.; BVerfG-Urteile in BStBl I 1962, 492, und BStBl I 1962, 506 – jeweils zu Ehegatten-Arbeitsverhältnissen).

4. Wohnt und gepflegt sich das unterhaltsberechtigte Kind außerhalb des elterlichen Hausstands, ist die ihm zur Nutzung überlassene Eigentumswohnung der Eltern regelmäßig kein Teil des elterlichen Haushalts (z.B. BFH-Urteil vom 26.1.1994 X R 94/91, BStBl II 1994, 544 – zu § 10e EStG und § 33a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG; vgl. auch BFH-Urteil vom 25.1.1995 X R 37/94, BStBl II 1995, 378) und die Wohnung kann – wie oben dargelegt – grundsätzlich an das Kind mit steuerrechtlicher Wirkung vermietet werden. Einem zwischen Eltern und ihrem Barunterhalt empfangenden Kind geschlossenen Mietvertrag ist jedoch die steuerrechtliche Anerkennung dann zu versagen, wenn Eltern und Kind noch eine Haushaltsgemeinschaft bilden. Das Vermieten von Teilen einer Wohnung an im Haushalt lebende Mitbewohner hat der Senat schon bisher steuerrechtlich nicht anerkannt (z.B. Senatsurteile vom 8.8.1990 IX R 122/86, BStBl II 1991, 171, und vom 30.1.1996 IX R 100/93, BStBl II 1996, 359 – Vermieten an Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft). Mietverhältnisse zwischen Eltern und Kindern sind danach der Besteuerung auch dann nicht zugrunde zu legen, wenn die Eltern (Wohnungseigentümer) in Bezug auf die an das Kind vermietete Wohnung mehr als die einem (fremden) Vermieter zustehenden Rechte haben, sich insbesondere ein eigenes (Mit-) Nutzungsrecht vorbehalten. Hiervon ist nach den Feststellungen des FG und dem Vorbringen der Beteiligten im Streitfall nicht auszugehen.

5. Die Rechtsprechung des X. Senats des BFH zu § 10e EStG steht der Rechtsansicht des erkennenden Senats nicht ent-

gegen. Danach nutzt zwar der Steuerpflichtige eine dem auswärts studierenden Kind überlassene Eigentumswohnung auch dann i.S. von § 10e Abs. 1 Satz 2 EStG „zu eigenen Wohnzwecken“, wenn er in Erfüllung seiner unterhaltsrechtlichen Verpflichtung seinem Kind außerhalb des Familienhaushalts eine Wohnung zur Verfügung stellt. Die Nutzung der Wohnung durch das Kind sei dem Eigentümer als eigene zuzurechnen, weil es ihm obliege, für die Unterbringung des Kindes zu sorgen (Urteil in BStBl II 1994, 544, unter 1. b). Das gilt jedoch nicht, wenn – wie im Streitfall – der Steuerpflichtige seinem Kind die Wohnung auf Grund eines steuerrechtlich anzuerkennenden Mietverhältnisses überlässt, weil diese dann zu „fremden“ Wohnzwecken genutzt wird (vgl. BFH-Urteil vom 23.2.1994 X R 131/93, BStBl II 1994, 694, unter 1.).

---

28. AO § 42; EStG § 21 Abs. 1; BGB § 1612 Abs. 2 (*Steuerliche Anerkennung eines Eltern-Kind-Mietverhältnisses II*)

**Vermieten Eltern ihrem unterhaltsberechtigten Kind eine ihnen gehörende Wohnung, dann ist der Mietvertrag nicht deshalb rechtsmissbräuchlich i.S. des § 42 AO 1977, weil das Kind die Miete durch Verrechnung mit dem Barunterhalt der Eltern zahlt (Änderung der Rechtsprechung gegenüber BFH-Urteil vom 23.2.1988 IX R 157/84, BFHE 152, 496, BStBl II 1988, 604).**

BFH, Urteil vom 19.10.1999 – IX R 30/98 –

---

29. UmwStG 1977 § 2 Abs. 1; BewG § 106 Abs. 3 und 4; KapErhG § 19 (*Steuerlicher Übertragungszeitpunkt bei Verschmelzung*)

- 1. Der steuerrechtlich maßgebliche Zeitpunkt für den fiktiven Vermögensübergang nach § 2 Abs. 1 UmwStG 1977 kann nicht durch die an den Umwandlungsvorgängen beteiligten Körperschaften bestimmt werden.**
- 2. Aus der Formulierung „mit Ablauf des Stichtags der Bilanz“ in § 2 Abs. 1 UmwStG 1977 ergibt sich, dass der (fiktive) Vermögensübergang am Ende des maßgeblichen Stichtages erfolgen soll, auf den die Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers aufgestellt ist.**

BFH, Urteil vom 22.9.1999 – II R 33/97 –

---

30. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a, § 12 (*Instandhaltungsaufwendungen des Übernehmers als dauernde Last*)

**Hat ein Altenteilsberechtigter sich an Räumen einer zum übertragenen Vermögen gehörenden Wohnung ein Wohnrecht vorbehalten, kann die Verpflichtung des Übernehmers, die Wohnung instand zu halten, bei diesem eine dauernde Last (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) begründen. Insofern als Versorgungsleistungen abziehbar sind jedoch nur Aufwendungen, die der Erhaltung des im Zeitpunkt der Übergabe vertragsgemäßen Zustandes der Wohnung dienen (Fortführung des BFH-Urteils vom 25.3.1992 X R 196/87, BStBl II 1992, 1012 [= MittBayNot 1993, 53]).**

BFH, Urteil vom 25.8.1999 – X R 38/95

Zum Sachverhalt:

Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute, die im Streitjahr 1989 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden. Mit Vertrag vom 31.3.1988 übertrug der Vater des Klägers im Wege der vorweggenommenen Erbfolge diesem das mit einem Wohnhaus bebaute Grundstück. Der Kläger übernahm die im Grundbuch eingetragenen Belastungen. Die Vertragsbeteiligten bewilligten und beantragten gleichzeitig „die Eintragung eines ungehinderten Altenteilsrechts auf Lebenszeit zugunsten des Übergebers“ und dessen Ehefrau mit folgendem Inhalt: Die Eltern erhielten ein Wohnrecht an näher bezeichneten zwei Räumen des im Übrigen von den Klägern selbst bewohnten Wohnhauses sowie das Zugangs- und Mitbenutzungsrecht zu allen gemeinschaftlichen Räumlichkeiten des Anwesens. Weiter heißt es:

„Der Erschienene zu 3. (der Kläger) hat die Wohnung innen und außen instand zu halten.

Der Erschienene zu 3. übernimmt die Kosten für Strom, Wasser und Abwasser sowie für die Müllabfuhr.

Das Wohnrecht steht nach dem Tod des Erstversterbenden dem Überlebenden bis zu dessen Tod uneingeschränkt weiter zu.

Der Jahreswert beläuft sich auf 3.600,- DM.“

Zusätzlich verpflichtete sich der Kläger, die Eltern in gesunden und kranken Tagen soweit möglich in den Altenteilsräumen zu pflegen. Die Kosten einer durch ärztliche Anordnung veranlassten Unterbringung in einem Heim brauchte er jedoch nicht zu übernehmen.

Im Rahmen der Dorferneuerung ließ der Kläger im Streitjahr 1989 die Fenster des gesamten Hauses ersetzen. Seine Aufwendungen hierfür betragen nach Abzug eines Zuschusses insgesamt 13 963,04 DM. Die Hälfte hiervon (6 982 DM) machte er in der Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 1989 als Sonderausgaben gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 a des Einkommensteuergesetzes –EStG– (dauernde Last) geltend.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt –FA–) vertrat – insoweit in Übereinstimmung mit dem Kläger – die Auffassung, diese auf Grund der Vermögensübergabe im Wege vorweggenommener Erbfolge geltend gemachten Aufwendungen seien zwar dem Grunde nach „dauernde Lasten“; deren Berücksichtigung scheitere jedoch daran, dass diese Sachleistungen keinem Berechtigten zuflössen; das eingebaute Material werde Eigentum des Klägers, der die Eltern im Übrigen nicht von einer Verpflichtung, selbst Reparaturen durchführen zu lassen, befreie, da das Wohnrecht ausdrücklich unter Abschluss der Verpflichtung nach § 1041 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) vereinbart worden sei.

Das Finanzgericht (FG) gab der nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage statt.

Die hiergegen vom FA eingelegte Revision war erfolgreich.

*Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung –FGO–). Die Aufwendungen des Klägers sind weder als Werbungskosten noch als Sonderausgaben gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abziehbar.

1. Die Aufwendungen des Klägers im Zusammenhang mit der von der Mutter bewohnten Wohnung sind keine Werbungskosten, da der Kläger insoweit nicht den Tatbestand der Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung erfüllt.

2. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Dauernde Lasten sind in vollem Umfang abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG). Leibrenten können – nach näherer Maßgabe des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 EStG – nur mit dem Ertragsanteil abgezogen werden, der sich aus der in § 22

Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG aufgeführten Ertragswerttabelle ergibt.

a) Handelt es sich steuerrechtlich um eine dem Vertragstypus des „Versorgungsvertrages“/„Altenteilsvertrages“ vergleichbare Vereinbarung, sind die – grundsätzlich schon auf Grund der Rechtsnatur des Vertrages abänderbaren – wiederkehrenden Leistungen in der Regel als „dauernde Last“ abziehbar (ausführlich hierzu Beschluss des Großen Senats des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 5.7.1990 GrS 4-6/89, BStBl II 1990, 847 [= MittBayNot 1990, 372]; zusammenfassend z.B. Senatsurteil vom 27.8.1997 X R 54/94, BStBl II 1997 813 [= MittBayNot 1998, 55], mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen).

b) Der Rechtsbegriff „Versorgungsleistungen“ umfasst grundsätzlich solche Zuwendungen zur Existenzsicherung, durch welche die Grundbedürfnisse des Bezugsberechtigten wie Wohnen und Ernährung und der sonstige Lebensbedarf abgedeckt werden. Hierzu gehören auch Aufwendungen für die Instandhaltung der vom Übergeber zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung in dem bei Übergabe vertragsgemäßen Zustand (BFH-Urteil vom 25.3.1992 X R 196/87, BStBl II 1992, 1012 [= MittBayNot 1993, 53]). Im Umfang ihrer Abziehbarkeit fließen sie dem Übergeber als wiederkehrende Sachleistungen zu. Entgegen der Auffassung des FA fehlt es nicht deshalb an einer wirtschaftlichen Belastung, weil die Sachaufwendungen des Verpflichteten auf das ihm gehörende Grundstück in sein Eigentum übergehen (BFH-Urteile vom 30.10.1984 IX R 2/84, BStBl II 1985, 610 [= MittBayNot 1985, 223]; vom 24.11.1993 X R 123/90, BFH/NV 1994, 704).

aa) Aufwendungen zur Instandhaltung der Altenteilerwohnung gehören zwar typischerweise zum Inbegriff der Sach-, Natural-, Dienst- und Geldleistungen des zivilrechtlichen Altenteilsvertrages (vgl. z.B. Art. 9 Abs. 1 des Hessischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch – AGBGB Hessen –, Hessisches Gesetz und Verordnungsblatt – GVBl – I 1984, 344; Art. 12 Abs. 1 des Bayerischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch –AGBGB Bayern– Bayerisches GVBl I 1982, 803; vgl. bereits BFH-Urteile in BFHE 167, 408, BStBl II 1992, 1012; in BFH/NV 1994, 704; BFH-Beschluss vom 1.4.1998 X B 198/97, BFH/NV 1998, 1467). Die zu Art. 96 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) erlassenen landesrechtlichen Ausführungsgesetze beschreiben die typische Interessenlage des Altenteilsvertrages in allen wesentlichen Aspekten exemplarisch und richtungsweisend, vor allem auch hinsichtlich Inhalt und Grenze der dem Verpflichteten/Vermögensübernehmer gegenüber dem Berechtigten/Vermögensübergeber obliegenden Leistungsverpflichtungen. Hiernach (z.B. § 9 Abs. 1 AGBGB Hessen) hat – wenn nach dem Übergabevertrag auch Wohnung zu gewähren ist – der Verpflichtete dem Berechtigten die Wohnung in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Dauer *in diesem Zustand zu erhalten*. Zur Übernahme größerer Reparaturen am Gebäude ist der Übernehmer jedoch nach der dispositiven gesetzlichen Regelung des Altenteilsvertrages *dem Übergeber gegenüber* nicht verpflichtet. Maßstab der Erhaltungspflicht ist (lediglich) der geschuldete vertragsmäßige Gebrauch, der im Regelfall durch den baulichen Zustand der Altenteilerwohnung im Zeitpunkt der Nutzungsüberlassung konkretisiert wird. Zu den Erhaltungsmaßnahmen, die zur Beseitigung von Mängeln notwendig werden, gehören insbesondere die regelmäßige Wartung, Pflege oder Ausbesserung zur Verhinderung oder Beseitigung von

Schäden und zum Schutz vor natürlicher Alterung oder Abnutzung (vgl. zur vergleichbaren Instandhaltungspflicht des Vermieters *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 7. Aufl. 1999, § 541a BGB Rdnr. 2). Im Gegensatz zu Erhaltungsaufwendungen stehen Maßnahmen zur Verbesserung (vgl. § 541b des Bürgerlichen Gesetzbuches –BGB–). Aufwendungen für Baumaßnahmen, die über die Erhaltung des bei Übergabe als vertragsgemäß akzeptierten Zustandes hinausgehen, sind hier nach nicht Teil der durch die Übertragung typischerweise notwendig werdenden Versorgungsleistungen an den Übergeber.

bb) Zwar ist der steuerrechtliche Begriff der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nicht an die tatbestandlichen Voraussetzungen eines zivilrechtlichen Altenteilsvertrages geknüpft (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH in BStBl II 1990, 847 [= MittBayNot 1990, 372]; z.B. BFH-Urteil in BStBl II 1992, 1012). Mit dem den Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abgrenzenden steuerrechtlichen Tatbestandsmerkmal der Vermögensübergabe ist jedoch ein Vertragstypus umschrieben, der sich grundsätzlich an dem zivilrechtlichen Typus der Hof- und Betriebsübergabe orientiert (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteile vom 31.8.1994 X R 44/93, BStBl II 1996, 676; vom 14.2.1996 X R 106/91, BStBl II 1996, 687; BStBl II 1997, 813 m.w.N.). Der Vergleich mit dem Typus der Hof- und Betriebsübergabe bestimmt deshalb auch die Grenze der als „Versorgungsleistungen“ abziehbaren Aufwendungen. Gehören Aufwendungen nicht zum Kernbestand des bürgerlich-rechtlichen Altenteils-/Leibgedingsvertrages, sind sie auch nicht nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abziehbar (vgl. bereits BFH-Urteil BStBl II 1992, 1012, unter 2. c, bb; Beschluss in BFH/NV 1998, 1467). Insoweit gelten § 12 EStG und die allgemeinen Regeln des Einkommensteuerrechts uneingeschränkt; d.h. Aufwendungen dürfen nur berücksichtigt werden, wenn sie entweder Werbungskosten oder Betriebsausgaben oder sonst ausdrücklich gesetzlich zum Abzug zugelassen sind (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteile BStBl II 1997, 813; vom 14.12.1994 X R 1-2/90, BStBl II 1996, 680; in BStBl II 1996, 676, jeweils m.w.N.).

cc) Dieses Ergebnis bestätigt auch folgende Überlegung: Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat im Beschluss vom 17.12.1992 1 BvR 4/87 (Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung –HFR– 1993, 264; Deutsches Steuerrecht –DStR– 1993, 315) hervorgehoben, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei die Sonderstellung der „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ – d.h. der Ausschluss der ansonsten gebotenen Wertverrechnung mit einer Gegenleistung – wegen der besonderen Interessenlage des Altenteilsvertrages. Nicht nur die Abziehbarkeit beim Übernehmer, sondern – materiell-rechtlich damit korrespondierend – auch die uneingeschränkte Besteuerung von Aufwendungen des Übernehmers als wiederkehrende Bezüge beim Empfänger beruht allein auf dem Gesichtspunkt, dass sich typischerweise die Eltern zur Sicherstellung ihrer nach Übertragung des Vermögens notwendig gewordenen Versorgung einen bestimmten Betrag ihres Vermögens vorbehalten. Die Zurechnung von Aufwendungen des Übernehmers als Einkünfte des Übergebers ist deshalb nur gerechtfertigt, soweit diese den bei einem Altenteilsvertrag typischen Umfang nicht überschreiten. Materiell-rechtlich hiermit korrespondierend dürfen solche Aufwendungen, die ihrer Art nach – wie Aufwendungen zur Modernisierung der Altenteilerwohnung – nicht zu den typischerweise aus einem Altenteilsvertrag resultierenden Versorgungsleistungen gehören, nicht als dauernde Last (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) abgezogen werden.

3. Dem Sonderausgabenabzug der im Streitfall geltend gemachten Aufwendungen steht bereits entgegen, da deren Übernahme durch den Kläger nicht in der rechtlich gebotenen Weise hinreichend klar und eindeutig vereinbart worden ist.

a) Ein Übergabevertrag muss steuerrechtlich anzuerkennen sein. Dies setzt unter nahen Angehörigen voraus, dass die gegenseitigen Rechte und Pflichten im Übergabevertrag klar und eindeutig vereinbart sind (vgl. z.B. BFH-Entscheidungen vom 28.4.1987 IX R 40/81, BFH/NV 1987, 712; in BFH/NV 1994, 704; in BFH/NV 1998, 1467). Der rechtliche Mindestbestand, der den Vertragstypus prägenden Rechtsfolgen muss klar festgelegt sein. Die klaren und ernsthaft gewollten Vereinbarungen müssen zu Beginn des maßgeblichen Rechtsverhältnisses oder – bei einer Änderung der Verhältnisse – für die Zukunft getroffen werden. Die geschuldeten Leistungen müssen vereinbarungsgemäß erbracht werden (z.B. BFH-Urteil vom 14.7.1993 X R 54/91, BStBl II 1994, 19 [= MittBayNot 1994, 259]). Auch können die Vertragsbeteiligten das Versorgungsrisiko begrenzen, indem sie die Art der zu erbringenden Leistungen einzeln bezeichnen. Insoweit besteht eine Vermutung dafür, dass die Partner eines Übergabevertrages ihre beiderseitigen Rechte umfassend und abschließend umschrieben haben.

b) Aufwendungen des Eigentümers/Übernehmers auf das Gebäude sind – auch wenn sie tatsächlich die Altenteilswohnung betreffen – nicht zuletzt wegen des offenkundigen Interesses des Eigentümers an Modernisierungsmaßnahmen als dauernde Last nur abziehbar, wenn sich der Übernehmer hierzu im Übergabevertrag eindeutig und klar gegenüber dem Übergaber verpflichtet hat. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall hinsichtlich der geltend gemachten Aufwendungen nicht vor.

4. Das FG geht, ohne sich mit dem Inhalt des Vertrages näher zu befassen, zu Unrecht davon aus, die Verpflichtung des Klägers umfasse auch außergewöhnliche Verbesserungsmaßnahmen.

a) In der Revisionsinstanz ist die Auslegung von Verträgen durch das FG auch darauf hin zu prüfen, ob die gesetzlichen Auslegungsregeln sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet wurden; weiterhin kann das Revisionsgericht nachprüfen, ob die Vorinstanz die für die Vertragsauslegung bedeutsamen Begleitumstände erforscht und rechtlich zutreffend gewürdigt hat (z.B. BFH-Urteil vom 11.2.1981 I R 13/77, BStBl II 1981, 475, m.w.N.). Hat das FG eine (präzise) Auslegung eines entscheidungserheblichen Vertrages unterlassen, so kann sie das Revisionsgericht auf der Grundlage der dafür ausreichenden Tatsachenfeststellungen selbst vornehmen (BFH-Urteile vom 28.11.1990 X R 109/89, BStBl II 1991, 327; vom 30.7.1991 IX R 43/89, BStBl II 1991, 918; vom 19.6.1997 IV R 26/96, BStBl II 1997, 652; *Gräber/Ruban*, Finanzgerichtsordnung, 4. Aufl. 1997, § 118 Rdnr. 17, m.w.N.).

b) Nach § 133 BGB ist bei Auslegung von Willenserklärungen der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Außerdem sind nach § 157 BGB Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Verboten ist damit die Buchstabeninterpretation; geboten die Berücksichtigung u.a. des sprachlichen Zusammenhangs der abgegebenen Willenserklärungen, die Stellung der auslegungsbedürftigen Formulierung im Gesamtzusammenhang des Textes und sämtliche Begleitumstände.

c) Im Streitfall ergibt sich weder aus dem erklärten Vertragsinhalt (aa) noch aus der Rechtsnatur des Altenteilsvertrages (bb) eine Verpflichtung zur Übernahme der geltend gemachten Aufwendungen.

aa) Im Vertrag vom 31.3.1988 haben die Beteiligten ein Wohnungsrecht „gem. § 1093 BGB“ vereinbart. Nach der ausdrücklich in Bezug genommenen gesetzlichen Regelung obliegen – durch die Verweisung in § 1093 BGB auf § 1041 BGB – dem Wohnungsberechtigten „Ausbesserungen und Erneuerungen... insoweit...“ als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören; zu außergewöhnlichen Verbesserungsmaßnahmen ist der Wohnungsberechtigte nicht verpflichtet; vom Eigentümer kann er sie nur bei ausdrücklicher schuldrechtlicher Verpflichtung verlangen (z.B. *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Aufl., § 1041 Rdnr. 2, m.w.N.). Im inhaltlichen Zusammenhang mit der Einräumung des Wohnungsrechts unter Hinweis auf § 1093 BGB steht im Vertrag vom 31.3.1988 die Vereinbarung, dass der Kläger (und nicht die Wohnungsberechtigten) die Kosten für einzeln aufgezählte Nebenkosten – die typischerweise mit der Ausübung des Wohnungsrechts verbunden sind, wie für Müll, Wasser und Abwasser etc. – trägt und die „Wohnung innen und außen instand zu halten“ hat. Für die Annahme, dass damit nicht nur die der Erhaltung des bei Übergabe vertragsgemäßen Zustandes dienenden Instandhaltungsaufwendungen dem Kläger obliegen, sondern dieser den Wohnungsberechtigten gegenüber zur Vornahme außergewöhnlicher Verbesserungsmaßnahmen verpflichtet sein solle, mit der Folge, dass diese selbst gegen den Willen des Klägers deren Durchführung auf Kosten des Klägers verlangen könnten, fehlt nach dem Erklärungsinhalt des Vertrages jeder Anhaltspunkt; dagegen spricht nicht zuletzt, dass die Vertragsbeteiligten selbst den Jahreswert des Wohnungsrechts *einschließlich* der damit zusammenhängenden Aufwendungen mit nur 3 600 DM beziffert haben.

bb) Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus der Rechtsnatur eines Altenteilsvertrages (vgl. vorstehend unter 2. b).

d) Da es hiernach im Streitfall bereits an einer eindeutigen Verpflichtung zu über die bloße Erhaltung des vertragsgemäßen Zustandes der Altenteilsräume hinausgehenden Leistungen des Klägers fehlt, sind die Aufwendungen schon aus diesem Grund nicht als Sonderausgaben (dauernde Last) nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abziehbar. Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben und die Klage abzuweisen.

31. AO § 39; EStG § 10e Abs. 1 (*Vorbehaltsnießbrauch und wirtschaftliches Eigentum*)

**Überträgt der Steuerpflichtige vor Ablauf des Begünstigungszeitraums das Eigentum an seiner Wohnung unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauchs auf einen Dritten, bleibt er im Regelfall nicht wirtschaftlicher Eigentümer und kann daher die Steuerbegünstigung nach 10e EStG nicht mehr beanspruchen.**

BFH, Urteil vom 28.7.1999 – X R 38/98 –

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) war Eigentümerin eines 1989 erworbenen Hauses in E., in dem sie eine Wohnung selbst bewohnt. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) gewährte für die Jahre 1989 bis 1995 antragsgemäß Abzugsbeträge in Höhe von je 15 000 DM gemäß § 10e Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG). Mit notariellem Vertrag vom 6.12.1995 übertrug die Klägerin das Grundstück unentgeltlich auf ihren Sohn, behielt sich jedoch ein dingliches unentgeltliches lebenslangliches Nießbrauchsrecht vor. Zugleich behielt sich die Klägerin vor, das Grundstück zurückzuerwerben und dessen Rückübertragung zu verlangen, wenn der Sohn ohne ihre Zustimmung über das Grundstück durch Belastung und Veräußerung verfügen sollte oder wenn Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das Vertragsgrundstück betrieben werden sollten, es sei denn, solche Maßnahmen würden binnen sechs Monaten nach Eintragung wieder beseitigt. Hierfür erteilte der Erwerber der Klägerin unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) eine entsprechende Vollmacht.

Die Klägerin nutzte die Wohnung auf Grund ihres Nießbrauchsrechts auch im Streitjahr 1996 wie bisher selbst.

Mit ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 1996 machte die Klägerin erfolglos einen Abzugsbetrag nach § 10e Abs. 1 EStG in Höhe von 15 000 DM geltend. Das FA war der Auffassung, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § EStG lägen deshalb nicht vor, weil die Klägerin keine Wohnung im eigenen Haus, sondern in einem fremden Haus nutze. Ein dinglich begründetes Nutzungsrecht, selbst wenn es – wie hier – bei der Übereignung vorbehalten worden sei, vermittele in der Regel auch kein wirtschaftliches Eigentum.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Die hiergegen eingelegte Revision blieb ohne Erfolg.

### Aus den Gründen:

1. Die Grundförderung nach § 10e Abs. 1 EStG steht Steuerpflichtigen zu, die eine zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung im eigenen Haus oder eine eigene Eigentumswohnung hergestellt oder angeschafft haben. Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Abzugsbetrages ist, dass der Steuerpflichtige zivilrechtlicher oder, wenn zivilrechtliches und wirtschaftliches Eigentum (§ 39 der Abgabenordnung – AO 1977 –) nicht übereinstimmen, wirtschaftlicher Eigentümer des Objekts ist (ausführlich Senatsurteil vom 21.5.1992 X R 61/91, BStBl II 1992, 944, m.w.N.).

2. Die Klägerin war im Streitjahr nicht mehr Eigentümerin des Grundstücks; sie war auch nicht dessen wirtschaftliche Eigentümerin.

a) Eine vom zivilrechtlichen Eigentum abweichende Zuordnung von Wirtschaftsgütern im Abgabenrecht kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn ein anderer als der rechtliche Eigentümer die tatsächliche Herrschaft ausübt und den nach bürgerlichem Recht Berechtigten (durch vertragliche Vereinbarung oder aus anderen Gründen) für die gewöhnliche Nutzungsdauer wirtschaftlich von der Einwirkung ausschließen kann (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO 1977). Die in § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO 1977 enthaltene Definition des wirtschaftlichen Eigentümers umfasst eine Mehrzahl ungleichartiger Rechtslagen, die Nicht-eigentümern eine eigentumsähnliche Rechtsposition verschaffen; die Anwendung des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO 1977 erfordert deshalb die Bildung von Fallgruppen und deren wertende Zuordnung (ausführlich Senatsurteil vom 27.11.1996 X R 92/92, BStBl II 1998, 97 [= MittBayNot 1997, 314]; Fischer in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, Abgabenordnung-Finanzgerichtsordnung, 10. Aufl., § 39 AO 1977 Rdnr. 39, jeweils m.w.N.).

b) Nach ständiger Rechtsprechung ist der Vorbehaltsnießbraucher nur dann wirtschaftlicher Eigentümer, wenn sich seine rechtliche und tatsächliche Stellung gegenüber dem zivilrechtlichen Eigentümer des Grundstücks von der normalen – lediglich eine Nutzungsbefugnis vermittelnden – Position eines Nießbrauchers so deutlich unterscheidet, dass er die tatsächliche Herrschaft über das nießbrauchsbelastete Grundstück ausübt (ausführlich zuletzt Urteile des Bundesfinanzhofs –BFH– vom 26.11.1998 IV R 39/98, BStBl II 1999, 263, m.w. Rechtsprechungsnachw.; vom 24.7.1991 II R 81/88, BStBl II 1991, 909; Fischer in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, a.a.O., § 39 AO 1977 Rdnr. 77; *Schmieszek* in *Beermann*, Steuerliches Verfahrensrecht, § 39 AO 1977 Rdnr. 33, jeweils m.w.N.; vgl. *Schmitz*, Deutsches Steuerrecht –DStR– 1993, 497, 1361, und *Ehlig*, DStR 1996, 1629, 1636). Diese Voraussetzung ist im Streitfall nicht erfüllt.

c) Offen bleiben kann, ob der Nießbraucher – ungeachtet der nicht wie in § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO 1977 vorausgesetzt auf die voraussichtliche Nutzungsdauer des Wirtschaftsguts, sondern auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Dauer des Nießbrauchs – als wirtschaftlicher Eigentümer beurteilt werden könnte, wenn er im Innenverhältnis zum Eigentümer für eigene Rechnung über die Substanz verfügen darf (*Budde/Karig* in Beck'scher Bilanzkommentar, 4. Aufl., § 246 HGB Rdnr. 37, m.w.N.) oder wenn sich der Vorbehaltsnießbraucher ein *uneingeschränktes*, durch Auflassungsvormerkung gesichertes Rücknahmerecht vorbehalten hat (*Ehlig*, DStR 1996, 1629, 1634; *Fischer* in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, a.a.O., § 39 AO 1977 Rdnr. 78; *Schmieszek* in *Beermann*, a.a.O., § 39 AO 1977 Rdnr. 33), denn diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor. Von der „normalen“ Stellung eines Nießbrauchers unterscheidet sich die Rechtsposition der Klägerin *allein* dadurch, dass während der Dauer des Nießbrauchs die Veräußerung nur mit ihrer Zustimmung möglich ist und sie bei Zuwiderhandeln sowie bei Zwangsvollstreckung in das Grundstück ein Rücknahmerecht hat. Das allein reicht jedoch nicht aus (vgl. *Schmieszek*, a.a.O.; a.A. *Ehlig*, DStR 1996, 1629, 1634; offen gelassen im BFH-Urteil in BFHE 187, 390, 394, BStBl II 1999, 263). Denn schuldrechtliche Veräußerungsverbote führen für sich genommen nicht dazu, dass das betroffene Wirtschaftsgut nicht dem rechtlichen Eigentümer zuzurechnen ist (BFH-Urteil in BStBl II 1999, 263). Auch das vertraglich vorbehaltene Recht eines Rückerwerbs hindert im Regelfall nicht den Übergang auch des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber (BFH-Urteile vom 25.8.1993 XI R 6/93, BStBl II 1994, 23; vom 25.1.1996 IV R 114/94, BStBl II 1997, 382; vom 17.6.1998 XI R 55/97, BFH/NV 1999, 9). Dem stimmt der Senat unter der hier gegebenen Voraussetzung zu, dass die Rückübertragung vom Eintritt eines künftigen Ereignisses und von der Ausübung eines sodann bestehenden Rechts abhängt. Eine andere rechtliche Beurteilung ist auch nicht etwa deshalb geboten, weil der rechtliche Eigentümer bis zum Ende des Nießbrauches – mit dem im Übrigen auch das Veräußerungsverbot endet – das Wirtschaftsgut nicht selbst nutzen kann. Abgesehen davon, dass beim nur lebenslanglichen Nießbrauch die voraussichtliche Nutzungsdauer des belasteten Gebäudes und der Zeitraum des Nutzungsrechts allenfalls zufällig deckungsgleich sein können und der Eigentümer bei Beendigung des Nutzungsrechts wieder uneingeschränkt über ein Wirtschaftsgut mit längerer oder unbestimmter Nutzungsdauer verfügen kann, ist der Nießbraucher selbst bis zur Beendigung des Nutzungsrechts auf die bloße Nutzung des Objekts beschränkt. Hat der Nießbraucher – wie hier die Klägerin –

- weder die Möglichkeit, sich selbst den Substanzwert des Grundstücks zu Eigen zu machen (etwa durch die Berechtigung, das Grundstück zu belasten),
- noch sonst die Möglichkeit, *über* die ihm als Nießbraucher zustehenden Rechte *hinaus* vergleichbar einem Eigentümer nach Belieben mit Grundstück oder Gebäude bzw. Wohnung zu verfahren,
- trägt er nicht das wirtschaftliche Risiko einer Wertminderung und
- nimmt er nicht an Wertsteigerungen teil,

kommt ohne Hinzutreten *weiterer* Umstände die Annahme wirtschaftlichen Eigentums des Nießbrauchers nicht in Betracht.

3. Im Schrifttum wird zum Teil unter Berufung auf die Rechtsprechung zur Befugnis des Vorbehaltsnießbrauchers zu Absetzungen für Abnutzung die Auffassung vertreten, der Vorbehaltsnießbraucher müsse auch zur Inanspruchnahme der Grundförderung nach § 10e Abs. 1 EStG berechtigt sein (so *Stephan* in *Littmann/Bitz/Hellwig*, Das Einkommensteuerrecht, § 10e EStG Rdnr. 55; *Boveleth*, Die Information über Steuer und Wirtschaft 1986, 470; *Märkle/Wacker/Franz*, Betriebs-Berater –BB– Beilage 8 zu Heft 22/1986, S. 6; *Heidemann*, Finanz-Rundschau –FR– 1987, 132; *Stuhrmann*, DStR 1987, 547; *Obermeier*, DStR 1991, 341). Der erkennende Senat kann sich dieser Auffassung nicht anschließen (ebenso FG Düsseldorf, Urteil vom 30.1.1998 18 K 1647/95 E, Entscheidungen der Finanzgerichte –EFG– 1998, 732 –rechtskräftig–; Bundesministerium der Finanzen –BMF–, Schreiben vom 31.12.1994, BStBl I 1994, 887 Tz 5; *B. Meyer, Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, 21. Aufl., § 10e EStG Anm. 41; *Schmidt/Drenseck*, Einkommensteuergesetz, 18. Aufl., § 10e Anm. 41; *Lademann*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, § 10e Rdnr. 28; vgl. auch zur Eigenheimzulage BMF-Schreiben vom 10.2.1998, BStBl I 1998, 190 Rdnr. 7). Eine vom Wortlaut abweichende Auslegung des Begriffs „eigenes“ Haus im Sinne von „auf eigene Kosten errichtetes“ Haus lässt sich weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus dem Zweck der Vorschrift herleiten.

a) Nach der Rechtslage vor 1987 erstreckte sich die Wohnungsbauförderung auch auf dem Steuerpflichtigen nicht gehörende Gebäude. Die hierzu ergangene Rechtsprechung beruht auf der Überlegung, dass der Steuerpflichtige die Herstellungskosten für das Gebäude getragen hätte und damit Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielte, zu denen

neben dem Nutzungswert der Wohnung im eigenen Haus (§ 21 Abs. 2 Alternative 1 EStG i.d.F. vor 1987) auch der Nutzungswert einer fremden Wohnung (§ 21 Abs. 2 Alternative 2 EStG i.d.F. vor 1987) gehörte, die der Steuerpflichtige auf Grund einer gesicherten Rechtsposition unentgeltlich nutzte (vgl. Rechtsprechungsnachweise in BFHE 168, 261, BStBl II 1992, 944). Entscheidend war hierbei die Überlegung, dass der Zusammenhang zwischen den – grundsätzlich auf die Nutzungsdauer des Gebäudes zu verteilenden, unter bestimmten Voraussetzungen aber auch in Form erhöhter Absetzungen zu berücksichtigenden – Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten einerseits und der Nutzung des Gebäudes *zur Erzielung von Einnahmen* andererseits nicht unterbrochen war.

b) Die Vorschrift des § 10e (Abs. 1 bis 5) EStG enthält zwar insoweit Nachfolgeregelungen des § 7b EStG, als die Förderung der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung durch erhöhte Absetzungen wegen der Abschaffung der Nutzungswertbesteuerung nicht mehr möglich war und deshalb in den Sonderausgabenbereich verlagert wurde. Auch wenn § 10e EStG weitgehend dem § 7b EStG nachgebildet ist, unterscheidet sich die ab 1987 geltende Wohnungsbauförderung jedoch nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich in wesentlichen Punkten von der Förderung durch erhöhte Absetzungen. Die abziehbaren Beträge wurden erhöht und konzentriert auf die zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung im eigenen Haus bzw. die zu eigenen Wohnzwecken genutzte Eigentumswohnung, wobei erklärter Zweck der Neuregelung die Förderung der Vermögensbildung durch Wohneigentum war (BT-Drucks 10/3633, S. 10). Eine Förderung von nicht im Eigentum des Steuerpflichtigen stehenden Wohnungen auf fremdem Grund und Boden war daher ersichtlich nicht gewollt (Senatsurteile in BFHE 168, 261, BStBl II 1992, 944, und in BFHE 182, 104, BStBl II 1998, 97). Aus demselben Grund ergeben sich auch aus dem Beschluss des Großen Senats vom 30.1.1995 GrS 4/92 (BFHE 176, 267, BStBl II 1995, 281) für die Auslegung des § 10e EStG keine Folgerungen (ausführlich Senatsurteil vom 20.9.1995 X R 94/92 f., BFHE 178, 429, BStBl II 1996, 186).

c) Auch die Übergangsregelungen des § 52 Abs. 21 Sätze 2 und 4 EStG rechtfertigen keine andere Beurteilung; denn diese Vorschriften erweitern lediglich aus Gründen des Vertrauensschutzes *bei noch nicht ausgelaufener Förderung nach § 7b EStG* das bis zum 31.12.1986 geltende Recht für diese Fälle bis zum Ablauf des Begünstigungszeitraums. Für § 10e EStG, der von anderen Wertungen ausgeht, lassen sich hieraus jedoch keine Folgerungen ziehen.

### 1. Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom gewerblichen Grundstückshandel – Anwendbarkeit der sog. „Drei-Objekt-Grenze“ auf Mehrfamilienhäuser und gewerblich genutzte Grundstücke. Nichtanwendungserlass zu BFH-Urteil vom 18.5.1999 I R 118/97 –, MittBayNot 1999, 589

(BMF-Schreiben vom 21.1.2000 – IV C 2 – S 2240 – 2/00)

Der BFH hat im Urteil vom 18.5.1999 I R 118/97 (MittBayNot 1999, 589) die Auffassung vertreten, dass Objekte i. S. der von der Rechtsprechung entwickelten sog. Drei-Objekt-Grenze zur Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom gewerblichen Grundstückshandel nicht nur Ein- und Zweifamilienhäuser und Eigentumswohnungen, sondern auch Mehrfamilienhäuser und Gewerbebauten sein können. Nach Auffassung des I. Senats kommt es dabei weder auf die Größe und den Wert des einzelnen Objekts noch auf dessen Nutzungsart an. Die Entscheidung des BFH weicht ausdrücklich von Rdnr. 9 des BMF-Schreibens vom 20.12.1990 (BStBl I 1990 S. 884 = MittBayNot 1991, 182) ab.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder wird zur Anwendung des o. g. BFH-Urteils wie folgt Stellung genommen:

Die Rechtsgrundsätze des BFH-Urteils vom 18.5.1999 I R 118/97 sind über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht allgemein anzuwenden. Beim X. Senat des BFH ist ein weiteres Revisionsverfahren anhängig, in dem es ebenfalls um den Objektbegriff i. S. der Drei-Objekt-Grenze geht (X R 130/97).

Diesem Verfahren ist das BMF gem. § 122 FGO beigetreten. Der Ausgang dieses Verfahrens bleibt abzuwarten.

### 2. Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG i.d.F. der Bekanntmachung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 (gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder)

– BayStMin. der Finanzen, Erlass vom 7.2.2000 – 36 – S 4501 – 15/47 – 2338 –

#### 1. Vorbemerkung

§ 1 Abs. 2a GrEStG i. d. F. des Jahressteuergesetzes 1997 ist durch Art. 15 StEntG 1999/2000/2002 geändert worden. § 1 Abs. 2a GrEStG i. d. F. des Jahressteuergesetzes 1997 unterwarf 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 war stets der Fall, wenn 95 v. H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen<sup>1</sup>.

§ 1 Abs. 2a GrEStG i. d. F. des StEntG 1999/2000/2002 stellt nicht mehr auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise ab, sondern allein auf den Übergang von mindestens 95 v. H. der

Geschäftsanteile. Außerdem ist ausdrücklich geregelt, dass auch mittelbare Anteilsübertragungen GrESt. auslösen können. Die Neuregelung gilt für Erwerbsvorgänge, die nach dem 31.12.1999 verwirklicht werden.

#### 2. Personengesellschaft

Personengesellschaften i. S. des § 1 Abs. 2a GrEStG sind insbesondere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die OHG und die KG (einschließlich der GmbH & Co. KG). Dazu gehören auch Personengesellschaften, deren Zweck sich nicht im Halten und Verwalten von inländischen Grundstücken erschöpft.

#### 3. Vermögenger Personengesellschaft

Die Regelung betrifft diejenigen Grundstücke, die während des Zeitraums, in dem sich der Gesellschafterbestand um mindestens 95 v. H. der Anteile ändert, durchgängig zum Vermögen der Personengesellschaft gehören. 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. Grundstücke, die der Personengesellschaft nach § 1 Abs. 3 GrEStG zuzurechnen sind, gehören ebenfalls zum Vermögen der Personengesellschaft.

#### 4. Änderung des Gesellschafterbestands

Der Gesellschafterbestand kann sich durch Übergang von Anteilen an der Personengesellschaft auf neue Gesellschafter (derivativer Erwerb) oder durch Erwerb von zusätzlichen Gesellschaftsanteilen durch neue Gesellschafter (originärer Erwerb) ändern. Unter Anteil an der Personengesellschaft ist – wie bei §§ 5 und 6 GrEStG – der Anteil der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zu verstehen. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist der den einzelnen Gesellschaften zustehende Wertanteil am Reinvermögen<sup>2</sup> als schuldrechtlicher, gesellschaftsvertraglicher Anspruch des einzelnen Gesellschafters gegen die Gesamthand. Die wertmäßige Beteiligung ergibt sich aus den gesellschaftsinternen Vereinbarungen, hilfsweise aus §§ 722, 734 BGB bzw. §§ 120 bis 122 HGB. Für die Tarifbestandsverwirklichung kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Leistung der Einlagen an.

Änderungen der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen der Altgesellschafter im Verhältnis zueinander sind nicht zu berücksichtigen. Altgesellschafter in diesem Sinn sind alle, die vor dem Beginn des Fünfjahreszeitraums des § 1 Abs. 2a GrEStG unmittelbar oder mittelbar an der Gesellschaft beteiligt waren.

##### 4.1 Derivativer Erwerb

Beim derivativen Erwerb liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG vor, wenn mindestens 95 v. H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen unmittelbar oder mittelbar auf neue Gesellschafter übergehen. Ein Gesellschafterwechsel liegt

<sup>1</sup> Vgl. gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 24.6.1998, BStBl I 1998 S. 925.

<sup>2</sup> Vgl. BFH-Urteil vom 3.3.1993, BFH/NV 1993 S. 494.

auch dann vor, wenn sich dieser durch übertragende Umwandlung im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger vollzieht<sup>3</sup>. Bei der Ermittlung des Vorphundertensatzes sind insbesondere zu berücksichtigen:

- a) Veränderungen der Vermögensbeteiligungen durch bloße Kapitaländerungen (Beispiel 4.2.1).
- b) Begründung von Treuhandverhältnissen (Beispiel 4.2.2), Treuhänder- und Treugeberwechsel, nicht dagegen die Rückübertragung auf den Treugeber.
- c) mittelbare Veränderungen der Vermögensbeteiligungen (z. B. Änderungen der Beteiligungsverhältnisse bei einer Komplementär-GmbH); diese sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse der Gesellschaft, die unmittelbar oder mittelbar an der grundbesitzenden Gesellschaft beteiligt ist, zu mindestens 95 v. H. ändern (Beispiele 4.2.3 und 4.2.4). Bei mehrstufigen mittelbaren Beteiligungen ist die Prüfung, ob die 95 v. H.-Grenze erreicht ist, für jede Beteiligungsebene gesondert zu prüfen. Ist die 95 v. H.-Grenze erreicht, dann ist die mittelbare Beteiligung in voller Höhe zu berücksichtigen (nicht nur i. H. von 95 v. H.; vgl. Beispiel Rdnr. 4.2.3).

## 4.2 Beispiele

4.2.1 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 Weg 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. Zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG siehe Abschn. 11.

4.2.2 An der Komplementär-GmbH, die 20 v. H. der Anteile einer GmbH & Co. KG hält, ist zu 100 v. H. eine weitere GmbH beteiligt, deren gesamte Anteile veräußert werden. Der einzige Kommanditist, der bisher 80 v. H. der GmbH & Co.-Anteile gehalten hat, vereinbart mit zwei Treugebern, für diese zukünftig jeweils 20 v. H. der Kommanditanteile treuhänderisch zu halten, außerdem veräußert er weitere 35 v. H. der Kommanditanteile an Dritte. Die Veränderung der mittelbaren Beteiligung an der GmbH (20 v. H.), die Vereinbarung der Treuhandverhältnisse (40 v. H.) und die Veräußerung der 35 v. H. der Kommanditanteile sind zusammen zu berücksichtigen und führen zu einem Übergang von Gesellschaftsanteilen i. H. von 96 v. H. auf neue Gesellschafter und erfüllen zusammen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG. Zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG s. Abschn. 11.

4.2.3 An einer grundbesitzenden OHG sind A zu 85 v. H., B zu 5 v. H. und die C-GmbH zu 10 v. H. beteiligt. Die Anteile der C-GmbH halten X zu 90 v. H. und Y und Z zu je 5 v. H. In 01 überträgt A seine gesamte Beteiligung an der OHG auf D, in 02 übertragen X und Y ihre Anteile an der C-GmbH auf E und F. Die Übertragung der Beteiligung des A auf D führt zu einem unmittelbaren Gesellschafterwechsel i. H. von 85 v. H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen. In Bezug auf die Anteile der C-GmbH liegt ein mittelbarer Gesellschafterwechsel i. H. von 10 v. H. vor, weil die Änderung der Anteile an der C-GmbH 95 v. H. beträgt. Die mittelbare Anteilsänderung ist nicht anteilig (95 v. H. von 10 v. H.), sondern voll mit 10 v. H. zu berücksichtigen. Zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG s. Abschn. 11).

4.2.4 Eine Gesellschaft 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 werden 80 v. H. der Anteile an der GmbH an diese neu hinzugetretenen Kommanditisten veräußert. Die Übertragung der Kommanditanteile allein erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG. Der Wechsel im Gesellschafterbestand der GmbH ist nicht mit dem unmittelbaren Gesellschafterwechsel zusammenzurechnen, weil sich die Beteiligungsverhältnisse

der GmbH nicht zu mindestens 95 v. H. geändert haben. § 1 Abs. 2a GrEStG ist somit nicht erfüllt.

## 4.3 Originärer Erwerb

Unter originärem Erwerb ist hier der Beitritt neuer Gesellschafter bei gleichzeitiger Kapitalerhöhung zu verstehen. Soll das (künftige) Eigenkapital der Gesellschaft auf Grund eines vorgefassten Plans – wie es z. B. bei der Durchführung größerer Immobilien-Investitionsvorhaben üblich ist – durch entsprechende Kapitalerhöhungen erbracht werden, ist § 1 Abs. 2a GrEStG erfüllt, wenn die neuen Gesellschafter innerhalb von fünf Jahren entsprechend dem vorgefassten Plan bezogen auf das geplante Eigenkapital im Verhältnis zu den Beteiligungen der Altgesellschafter zu mindestens 95 v. H. beteiligt sind (vgl. Beispiel 1).

Altgesellschafter sind die Gründungsgesellschafter und grundsätzlich auch alle, die bereits vor dem Erwerb eines Grundstücks unmittelbar oder mittelbar an der Gesellschaft beteiligt gewesen sind. Gesellschafter, die bereits vor dem Erwerb eines Grundstücks an der Gesellschaft beteiligt waren, sind neue Gesellschafter und nicht Altgesellschafter, wenn ihre Beteiligung mit einer Immobilieninvestition nach einem vorgefassten Plan verknüpft ist (vgl. Beispiel 2).

**Beispiel 1:** A und B gründen mit einer Beteiligung von je 5000 DM eine GbR, 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 ist § 1 Abs. 2a GrEStG nicht bereits mit dem Beitritt des C, sondern erst mit dem Vollzug der dem vorgefassten Plan entsprechenden Kapitalaufstockung i. H. von 95 v. H. bezogen auf 4 Mio. DM, verwirklicht, zu der auch der Kapitalbeitrag des C gehört.

**Beispiel 2:** A und B gründen mit einer Beteiligung von je 5000 DM eine GbR. Nunnmehr 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. 2a GrEStG maßgeblichen Gesellschafterwechsel, d. h. C gilt hier als neuer Gesellschafter. Erst mit dem Vollzug der dem vorgefassten Plan entsprechenden Kapitalaufstockung i. H. von 95 v. H., bezogen auf 4 Mio. DM, sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG erfüllt.

Fällt 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. Für die Ermittlung dieses Eigenkapitals ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Investition tatsächlich vorgenommen wurde, spätestens wenn das Objekt fertig gestellt worden ist.

## 5. Fünfjahreszeitraum

Für die Beurteilung der Frage, ob auf Grund einer Änderung des Gesellschafterbestands von mindestens 95 v. H. der Anteile eine Grundstücksübertragung anzunehmen ist, sind alle Anteilsübertragungen innerhalb von fünf Jahren zu berücksichtigen. Die Fünfjahresfrist gilt für die Zusammenrechnung von sukzessiven Anteilsübertragungen. Übertragungen von mindestens 95 v. H. der Anteile, die in einem Rechtsakt vollzogen werden, vollziehen sich in einer logischen Sekunde,

<sup>3</sup> Vgl. BFH-Urteil vom 29.1.1997, BStBl II 1997S. 296.

also immer innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren. § 1 Abs. 2a GrEStG i. d. F. des StEntG 1999/2000/2002 ist erstmals auf Rechtsgeschäfte anzuwenden, die die Voraussetzungen dieser Bestimmung nach dem 31.12.1999 erfüllen (§ 23 Abs. 6 GrEStG). Der Fünfjahreszeitraum kann schon vor dem 1.1.2000 begonnen haben.

## 6. Anteilserwerb von Todes wegen

Gehen Anteile an der Personengesellschaft von Todes wegen auf neue Gesellschafter über, bleibt der Erwerb dieser Anteile bei der Ermittlung des 95 v. H.-Satzes i. S. des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG außer Ansatz.

## 7. Grundstückserwerbe von einem Gesellschafter

Hat die Personengesellschaft vor dem Wechsel des Gesellschaftersbestands von einem Gesellschafter ein Grundstück erworben und ist die für diesen Fall vorgesehene Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG auf Grund des § 5 Abs. 3 GrEStG ganz oder teilweise zu versagen oder rückgängig zu machen, ist die Steuer insoweit zu erheben, als sich der Anteil des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand vermindert. In diesen Fällen ist die Verminderung des Anteils des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand ein rückwirkendes Ereignis i. S. des § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO. Die Festsetzungsfrist endet insoweit nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt des Ereignisses (§ 16 Abs. 4 GrEStG). § 5 Abs. 3 GrEStG ist nach § 23 Abs. 6 Satz 2 GrEStG auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.12.1999 verwirklicht werden. Erwerbsvorgänge in diesem Zusammenhang sind solche, auf die § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG anzuwenden sind. Werden solche Erwerbsvorgänge bis zum 31.12.1999 verwirklicht, gelten bei Anteilsverminderungen weiterhin die Grundsätze der Rechtsprechung des BFH zu § 5 GrEStG<sup>4</sup>.

Steht die Verminderung des Anteils des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand im Zusammenhang mit einem Gesellschafterswechsel i. S. des § 1 Abs. 2a GrEStG, ist auf die für den Gesellschafterswechsel nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG zu ermittelnde Bemessungsgrundlage die Bemessungsgrundlage für den Erwerbsvorgang anzurechnen, für den auf Grund des § 5 Abs. 3 GrEStG die Steuervergünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG zu versagen ist, vgl. Beispiel 7.1.1. Es bestehen keine Bedenken, § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG auch auf die Fälle sinngemäß anzuwenden, in denen sich die Versagung der Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG noch nach der Rechtsprechung des BFH<sup>5</sup> richtet, weil die Personengesellschaft bereits vor dem 1.1.2000 und damit vor dem zeitlichen Anwendungsbereich des § 5 Abs. 3 GrEStG von einem Gesellschafter ein Grundstück erworben hat. Diese für die Gewährung der Steuervergünstigung nach § 5 Abs. 2 GrEStG von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gelten auch für § 6 Abs. 3 GrEStG (vgl. Abschn. 11). Es bestehen deshalb keine Bedenken, § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG auch dann anzuwenden, wenn der nach § 1 Abs. 2a GrEStG zu besteuernde Gesellschafterswechsel zur Rückgängigmachung der Begünstigung nach § 6 Abs. 3 GrEStG<sup>2</sup> führt.

Durch die Versagung der Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG wegen des Gesellschafterswechsels wird die Gesellschaft grunderwerbsteuerlich so behandelt, als sei der neue Gesellschafter bereits im Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks durch die Personengesellschaft an dieser beteiligt (s. a.

Abschn. 7.1.2). Hinsichtlich der sich aus dem Gesellschafterswechsel ergebenden Beteiligungsquote des Gesellschafters an der neuen Personengesellschaft i. S. des § 1 Abs. 2a GrEStG scheidet eine Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG jedoch aus, weil sich sonst eine Doppelbegünstigung ergeben würde. Da § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG eine Doppelbelastung vermeiden soll, ist die Anrechnung nur vorzunehmen, wenn das Ausscheiden des Gesellschafters, der das Grundstück übertragen hat, oder die Verringerung seiner Beteiligung durch Übertragung auf einen neuen Gesellschafter gleichzeitig einen Teil des die Besteuerung nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG auslösenden Gesellschafterswechsels darstellt. Die Veränderung der Beteiligungsverhältnisse unter Altgesellschaftern stellt keinen Teil des die Besteuerung nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG auslösenden Gesellschafterswechsels dar; deshalb ist die Bemessungsgrundlage des Erwerbsvorgangs, für den die Steuervergünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG auf Grund des § 5 Abs. 3 GrEStG zu versagen ist, nicht nach § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG zu berücksichtigen (s. auch Abschn. 4 Satz 6).

### 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 nach dem 31.12.1999 sein Grundstück zum Kaufpreis von 400 000 DM, dessen Wert i. S. des § 8 Abs. 2 GrEStG (Bedarfswert) 380 000 DM beträgt. Für diesen Vorgang ist die Grunderwerbsteuer gem. § 5 Abs. 2 GrEStG nur von 20 000 DM (= 5 v. H.) zu bemessen.

Verringert A innerhalb von fünf Jahren nach der Grundstücksübertragung seine Beteiligung durch Übertragung von 90 v. H. der Gesellschaftsanteile an C, ist die Steuer von dem anteiligen Kaufpreis von 360 000 DM (= 90 v. H.) nach § 5 Abs. 3 GrEStG (nachträglich) zu bemessen.

Veräußert anschließend B innerhalb des Fünfjahreszeitraums seinen Gesellschaftersanteil (5 v. H.) an D, liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG vor. Von der gem. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG hierfür gültigen Bemessungsgrundlage (Bedarfswert i. H. von 380 000 DM) wird die Steuer gem. § 6 Abs. 3 i. V. mit § 6 Abs. 1 GrEStG jedoch nicht erhoben, soweit die Berechtigung der Gesamthänder am gesamthänderisch gebundenen Vermögen in beiden Gesamthandsgemeinschaften übereinstimmt. Dies ist hier im Hinblick auf den Anteil von 5 v. H. des A der Fall. Somit sind vom Bedarfswert 19 000 DM (= 5 v. H. von 380 000 DM) von der Besteuerung freizustellen. Auf die so ermittelte Bemessungsgrundlage von 361 000 DM (380 000 DM minus 19 000 DM) ist nunmehr noch die Bemessungsgrundlage anzurechnen, von der die Steuer auf Grund der Versagung der Steuervergünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG auf Grund des § 5 Abs. 3 GrEStG nachträglich zu erheben ist (360 000 DM). Somit verbleibt als endgültige Bemessungsgrundlage im Hinblick auf den Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG ein Betrag von 1000 DM. Die Steuer ist auf Grund der Steuerbefreiung des § 3 Nr. 1 GrEStG nicht zu erheben.

7.1.2 An der A & B OHG ist A zu 95 v. H. und B zu 5 v. H. beteiligt. A veräußert der OHG nach dem 31.12.1999 sein Grundstück. Für diesen Vorgang ist die Grunderwerbsteuer gem. § 5 Abs. 2 GrEStG nur i. H. von 5 v. H. der Bemessungsgrundlage zu erheben. Verringert A innerhalb von fünf Jahren nach der Grundstücksübertragung seine Beteiligung durch Übertragung von 90 v. H. der Gesellschaftsanteile an B, ist die Steuer bei A bzw. bei der OHG i. H. von 90 v. H. der Bemessungsgrundlage gem. § 5 Abs. 3 GrEStG (nachträglich) zu erheben. In der Hand des B löst das Rechtsgeschäft, durch das der Anspruch auf Übertragung von 90 v. H. des Anteils am Vermögen der OHG von A auf B begründet wird, den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG aus, weil durch die Übertragung 95 v. H. der Anteile am Vermögen der OHG in seiner Hand vereinigt werden. B wird durch die Vereinigung von 95 v. H. dieser Anteile grunderwerbsteuerlich so behandelt, als habe er das Grundstück von der OHG erworben. Für den Erwerb durch B wird deshalb die Steuer i. H. seines Anteils an der OHG (95 v. H.) gem. § 6 Abs. 2 GrEStG nicht erhoben. § 6 Abs. 4 GrEStG steht dem nicht entgegen, weil der Erwerb des Grundstücks durch die OHG auf Grund des § 5 Abs. 3 GrEStG grunderwerbsteuerlich so behandelt wird, als sei B zum Zeitpunkt des Erwerbs bereits zu 95 v. H. am Vermögen der OHG beteiligt<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Vgl. Urteil vom 30.10.1996, BStBl II 1997 S. 87.

<sup>5</sup> Vgl. Urteil vom 30.10.1996, BStBl II 1997 S. 87.

<sup>6</sup> Entsprechende Anwendung des BFH-Urteils vom 25.2.1969, BStBl II 1969 S. 400 vom 14.6.1973, BStBl II 1973 S. 802.

Veräußert anschließend B seine gesamte Beteiligung (95 v. H.) an C, liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG vor (Erwerb des Grundstücks von der A und B OHG durch die A und C OHG). Da A jedoch mit 5 v. H. am Vermögen der auf Grund der Fiktion des § 1 Abs. 2a GrEStG erwerbenden neuen OHG und der alten OHG beteiligt ist, wird die Steuer i. H. dieses Anteils gem. § 6 Abs. 3 GrEStG nicht erhoben (vgl. dazu auch Abschn. 11).

## 8. Verhältnis zu § 1 Abs. 3 GrEStG

Ändert sich der Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft, kann eine Besteuerung nach § 1 Abs. 2a oder 3 GrEStG in Betracht kommen. § 1 Abs. 2a GrEStG geht der Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG vor. Die Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG wird durch § 1 Abs. 2a GrEStG dann ausgeschlossen, wenn nach dessen Satz 3 oder einer Befreiungsvorschrift die Steuer nicht erhoben wird.

## 9. Verhältnis zu § 1 Abs. 6 GrEStG

Die Streichung des § 1 Abs. 2a GrEStG im Anwendungsbe-  
reich des § 1 Abs. 6 GrEStG trägt dem Umstand Rechnung,  
dass § 1 Abs. 2a GrEStG einen Übergang des Grundstücks  
von einer Personengesellschaft auf eine andere Personenge-  
sellschaft fingiert, die für die Anwendung des § 1 Abs. 6  
GrEStG u. a. erforderliche Erwerbidentität also nicht gege-  
ben ist.

## 10. Verhältnis zu Befreiungsvorschriften

§ 1 Abs. 2a GrEStG fingiert einen rechtsgeschäftlichen  
Grundstücksübergang. Dabei sind die Steuerbefreiungen des  
§ 3 i. V. mit § 6 Abs. 3 und 4 GrEStG zu beachten.

**Beispiel:** A, B und C sind Gesellschafter einer OHG. A überträgt sei-  
nen 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. 2a GrEStG auslöst, ist § 3  
Nr. 6 GrEStG anzuwenden. Zu besteuern sind nur 8 v. H. der Bemessungs-  
grundlage für die Übertragung des B auf E, da für die 2 v. H. des  
C § 6 Abs. 3 GrEStG anzuwenden ist, vgl. Abschn. 11.

## 11. Verhältnis zu § 6 Abs. 3 GrEStG

In den Fällen des § 1 Abs. 2a GrEStG ist nach der neuen  
Rechtslage § 6 Abs. 3 GrEStG anzuwenden, sofern der Ge-  
sellschafterbestand nicht vollständig wechselt. Es wird ein  
rechtsgeschäftlicher Grundstücksübergang fingiert, bei dem  
Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG  
der Wert i. S. des § 138 Abs. 2 und 3 BewG ist. Die Steuer  
wird nicht erhoben, soweit der neue Anteil, des in der Gesell-  
schaft verbleibenden Gesellschafters dem Anteil entspricht,  
zu dem er am Vermögen der Gesamthand vor Gesellschafter-  
wechsel beteiligt war.

**Beispiel:** An der A & B OHG ist A mit einer Einlage von 10 000 DM  
zu 10 v. H. und B mit einer Einlage von 90 000 DM zu 90 v. H. be-  
teiligt. B überträgt seinen Anteil auf C. Unter Kapitalaufstockung auf  
insgesamt 400 000 DM tritt ein weiterer Gesellschafter D mit einer  
Einlage von 300 000 DM in die Gesellschaft ein. Mit der Übertra-  
gung der Gesellschaftsanteile des B an C und dem Eintritt des  
Gesellschafters D gehen innerhalb von fünf Jahren im Verhältnis zum  
Gesellschaftsanteil des A 97,5 v. H. der Anteile der Gesellschaft nach  
Kapitalaufstockung auf andere Gesellschafter über. Die Steuer wird  
nach § 6 Abs. 3 GrEStG i. H. von 2,5 v. H. der Bemessungsgrundlage  
(Wert nach § 138 Abs. 2 oder 3 BewG) nicht erhoben.

Die Voraussetzungen für die Gewährung der Vergünstigung  
nach § 6 Abs. 3 i. V. mit Abs. 1 GrEStG liegen jedoch dann  
nicht vor, wenn und soweit entsprechend einem vorgefassten  
Plan in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit einer  
Grundstücksübertragung von einer Gesamthand auf eine an-  
dere Gesamthand die Gesamthänder ihre gesamthänderische

Beteiligung völlig oder teilweise aufgeben oder sich ihre Be-  
teiligung durch Hinzutritt weiterer Gesamthänder verringern  
soll<sup>7</sup>.

## 12. Verhältnis zu § 16 GrEStG

§ 16 GrEStG ist im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2a GrEStG  
nur dann anzuwenden, wenn alle Gesellschafterwechsel, die  
zu einer Verwirklichung des § 1 Abs. 2a GrEStG geführt ha-  
ben, rückgängig gemacht werden.

## 13. Bemessungsgrundlage

Nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG ist Bemessungsgrund-  
lage für den fiktiven rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerb  
der Wert i. S. des § 138 Abs. 2 und 3 BewG<sup>8</sup>. Die Bemessungs-  
grundlage ist nicht auf die Anteile der eintretenden Ge-  
sellschafter und der Altgesellschafter aufzuteilen, auch bei  
einer Übertragung von weniger als 100 v. H. der Anteile einer  
Gesellschaft ist Bemessungsgrundlage der volle Grundbesitz-  
wert. Zur Anwendung des § 6 Abs. 1 und 3 GrEStG s. aber die  
Ausführungen zu Abschn. 11. Beruht die Änderung des Ge-  
sellschafterbestands auf einem vorgefassten Plan zur Bebau-  
ung eines Grundstücks, ist der Wert des Grundstücks nach § 8  
Abs. 2 Satz 2 GrEStG nach den tatsächlichen Verhältnissen  
im Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes maßgebend.  
Dies gilt nach § 23 Abs. 6 GrEStG für Erwerbsvorgänge, die  
nach Verkündung des Gesetzes am 31.3.1999 verwirklicht  
werden.

## 14. Steuerschuldner und Bekanntgabe des Steuerbescheids

Steuerschuldner ist in den Fällen des § 1 Abs. 2a GrEStG die  
Personengesellschaft in ihrer jeweiligen Zusammensetzung  
(§ 13 Nr. 6 GrEStG). Der fiktive Grundstücksübergang auf  
eine neue Gesellschaft hat verfahrensrechtlich keinen Ein-  
fluss auf den Fortbestand der Gesellschaft. Gegen sie als In-  
haltsadressaten ist der Steuerbescheid zu richten (§ 157 Abs. 1  
Satz 2 AO). Bekannt zu geben ist er an die im Zeitpunkt der  
Bekanntgabe vertretungsberechtigten Personen (§§ 709, 710  
BGB)<sup>9</sup>.

## 15. Anzeigepflicht

Die Anzeigepflicht nach § 19 Abs. 1 Nr. 3a GrEStG trifft die  
zur Geschäftsführung befugten Personen.

## 16. Zeitlicher Anwendungsbereich

Dieser Erlass ist vorbehaltlich der Ausführungen zu § 6 Abs. 3  
GrEStG (Abschn. 11) und § 8 Abs. 2 GrEStG (Abschn. 13)  
auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.12.1999  
verwirklicht werden. § 6 Abs. 3 GrEStG (Abschn. 11) und § 8  
Abs. 2 GrEStG (Abschn. 13) sind bereits auf Erwerbsvorgänge  
anzuwenden, die nach dem 31.3.1999 verwirklicht  
werden. Zur Besonderheit der Anwendung des § 5 Abs. 3 i. V.  
mit § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG wird auf Abschn. 7 verwiesen.  
Die gleich lautenden Erlasse der obersten Finanzbehörde  
der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG vom  
24.6.1998<sup>10</sup> sind im Übrigen auf Erwerbsvorgänge, die bis  
zum 31.12.1999 verwirklicht worden sind, anzuwenden.

<sup>7</sup> BFH-Urteil vom 24.4.1996, BStBl II 1996 S. 458 vom 12.6.1996,  
BFH/NV 1996 S. 930; vom 12.6.1996, BFH/NV 1997 S. 146; vom  
10.3.1999, BFH/NV 1999 S. 1376.

<sup>8</sup> Zur Bewertung s. Abschn. 124 ff. ErbStR, BStBl I 1998 Sondernr. 2  
S. 2.

<sup>9</sup> Hinweis auf BFH-Urteil vom 12.12.1996, BStBl II 1997 S. 299.

<sup>10</sup> BStBl I 1998 S. 925.

### 3. Bewertung von mit Wohngebäuden bebauten Grundstücken nach § 19 Abs. 2 KostO aufgrund Preisindizes für Wohngebäude (Stand: 1999)

Prüfungsabteilung der Notarkasse

Die jeweiligen Preisindizes für Wohngebäude werden im Allgemeinen Ministerialblatt (AllMBl) durch die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern bekannt gegeben.

Die Preisindizes für Wohngebäude können als Anhaltspunkt zur Ermittlung des Verkehrswertes nach § 19 Abs. 2 KostO verwendet werden (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 14. Auflage, § 19, Rdnr. 34 ff.). Sie erlauben die Ableitung des Geschäftswertes aus früheren Kaufpreisen (Streifzug durch die KostO, 4. Auflage, Rdnr. 864 und 865).

#### Berechnungsbeispiel:

Eigentumswohnung, im Jahre 1975 zum Kaufpreis von 200.000,- DM erworben.

Verkehrswert gem. § 19 Abs. 2 KostO im Jahre 2000:

Durchschnittsindexzahl 1999 = 164,0.

Wertberechnung = 164,0 (Index 1999) geteilt

durch 72,1 (Index 1975) x 200.000,- DM = 454.923,- DM

abzüglich technische Wertminderung

nach Gebäudealter (25 Jahre = 15,6%)

siehe Anlage 6 der Wertermittlungsrichtlinien (Beilage zum Bundesanzeiger

Nr. 218 vom 17.11.1984 =

70.968,- DM

Verkehrswert, § 19 Abs. 2 KostO =

383.955,- DM

Bis einschließlich 1999 wurden folgende Durchschnittszahlen (Durchschnittsindexe – Basisjahr 1980 –) bekanntgegeben:

Durchschnittszahlen für das jeweilige Jahr

(D = Durchschnittsindex):

1953 D 22,8	1965 D 40,1	1977 D 78,2	1989 D 125,5
1954 D 22,9	1966 D 41,3	1978 D 83,1	1990 D 133,3
1955 D 24,2	1967 D 40,4	1979 D 90,4	1991 D 142,2
1956 D 24,8	1968 D 42,2	1980 D 100,0	1992 D 150,25
1957 D 25,7	1969 D 44,6	1981 D 105,9	1993 D 157,0
1958 D 26,5	1970 D 52,0	1982 D 108,9	1994 D 160,96
1959 D 27,9	1971 D 57,3	1983 D 111,2	1995 D 166,82
1960 D 30,0	1972 D 61,2	1984 D 114,0	1996 D 166,73
1961 D 32,2	1973 D 65,7	1985 D 114,5	1997 D 165,78
1962 D 34,9	1974 D 70,5	1986 D 116,2	1998 D 164,80
1963 D 36,7	1975 D 72,1	1987 D 118,5	1999 D 164,0
1964 D 38,4	1976 D 74,6	1988 D 121,0	

#### Tabelle

zur Berechnung der technischen Wertminderung (Alter) von Gebäuden in v.H. des Herstellungswertes (Anlage 6 der Wertermittlungsrichtlinien)

Jahre	Lebensdauer									
	20	30	40	50	60	70	80	90	100	
1	2,6	1,7	1,3	1,0	0,8	0,7	0,6	0,6	0,5	
2	5,5	3,6	2,6	2,1	1,7	1,5	1,3	1,1	1,0	
3	8,6	5,5	4,0	3,2	2,6	2,2	1,9	1,7	1,5	
4	12,0	7,6	5,5	4,3	3,6	3,0	2,6	2,3	2,1	
5	15,6	9,7	7,0	5,5	4,5	3,8	3,3	2,9	2,6	
6	19,5	12,0	8,6	6,7	5,5	4,7	4,0	3,6	3,2	
7	23,6	14,4	10,3	8,0	6,5	5,5	4,8	4,2	3,7	
8	28,0	16,9	12,0	9,3	7,6	6,4	5,5	4,8	4,3	
9	32,6	19,5	13,8	10,6	8,6	7,3	6,3	5,5	4,9	
10	37,5	22,2	15,6	12,0	9,7	8,2	7,0	6,2	5,5	
11	42,6	25,1	17,5	13,4	10,8	9,1	7,8	6,9	6,1	
12	48,0	28,0	19,5	14,9	12,0	10,0	8,6	7,6	6,7	
13	53,6	31,1	21,5	16,4	13,2	11,0	9,4	8,3	7,3	
14	59,5	34,2	23,6	17,9	14,4	12,0	10,3	9,0	8,0	
15	65,6	37,5	25,8	19,5	15,6	13,0	11,1	9,7	8,6	
16	72,0	40,9	28,0	21,1	16,9	14,0	12,0	10,5	9,3	
17	78,6	44,4	30,3	22,8	18,2	15,1	12,9	11,2	9,9	
18	85,5	48,0	32,6	24,5	19,5	16,2	13,8	12,0	10,6	
19	92,6	51,7	35,0	26,2	20,8	17,3	14,7	12,8	11,3	
20	100,0	55,6	37,5	28,0	22,2	18,4	15,6	13,6	12,0	
21		59,5	40,0	29,8	23,6	19,5	16,6	14,4	12,7	
22		63,6	42,6	31,7	25,1	20,7	17,5	15,2	13,4	
23		67,7	45,3	33,6	26,5	21,8	18,5	16,0	14,1	
24		72,0	48,0	35,5	28,0	23,0	19,5	16,9	14,9	
25		76,4	50,8	37,5	29,5	24,2	20,5	17,7	15,6	
26		80,9	53,6	39,5	31,1	25,5	21,5	18,6	16,4	
27		85,5	56,5	41,6	32,6	26,7	22,6	19,5	17,1	
28		90,2	59,5	43,7	34,2	28,0	23,6	20,4	17,9	
29		95,1	62,5	45,8	35,8	29,3	24,7	21,3	18,7	
30		100,0	65,6	48,0	37,5	30,6	25,8	22,2	19,5	
31			68,8	50,2	39,2	31,9	26,9	23,2	20,3	
32			72,0	52,5	40,9	33,3	28,0	24,1	21,1	
33			75,3	54,8	42,6	34,7	29,1	25,1	21,9	
34			78,6	57,1	44,4	36,1	30,3	26,0	22,8	
35			82,0	59,5	46,2	37,5	31,4	27,0	23,6	
36			85,5	61,9	48,0	38,9	32,6	28,0	24,5	
37			89,0	64,4	49,8	40,4	33,8	29,0	25,3	
38			92,6	66,9	51,7	41,9	35,0	30,0	26,2	
39			96,3	69,4	53,6	43,4	36,3	31,1	27,1	
40			100,0	72,0	55,6	44,9	37,5	32,1	28,0	
41				74,6	57,5	46,4	38,8	33,2	28,9	
42				77,3	59,5	48,0	40,0	34,2	29,8	
43				80,0	61,5	49,6	41,3	35,3	30,7	
44				82,7	63,6	51,2	42,6	36,4	31,7	
45				85,5	65,6	52,8	43,9	37,5	32,6	
46				88,3	67,7	54,4	45,3	38,6	33,6	
47				91,2	69,8	56,1	46,6	39,7	34,5	
48				94,1	72,0	57,8	48,0	40,9	35,5	
49				97,0	74,2	59,5	49,4	42,0	36,5	
50				100,0	76,4	61,2	50,8	43,2	37,5	
51					78,6	63,0	52,2	44,4	38,5	
52					80,9	64,7	53,6	45,6	39,5	
53					83,2	66,5	55,1	46,8	40,5	
54					85,5	68,3	56,5	48,0	41,6	
55					87,8	70,2	58,0	49,2	42,6	
56					90,2	72,0	59,5	50,5	43,7	
57					92,6	73,9	61,0	51,7	44,7	
58					95,1	75,8	62,5	53,0	45,8	
59					97,5	77,7	64,1	54,3	46,9	
60					100,0	79,6	65,6	55,6	48,0	

**Personaländerungen**

**1. Ehrungen/Ehrenämter:**

Mit Wirkung vom 15 März 2000  
wurde Notar Klaus-Peter Seiberth zum Justizrat ernannt

Ab April 2000:  
Notar Dr. Wolfgang Drasch LL. M., Weilheim  
Prüfer für die Erste Juristische Staatsprüfung (Prüfungsort München)

**2. Verstorben:**

Notar a. D. Lorenz Betz, Pfaffenhofen/ Ilm, verst. 8.2.2000  
Notar Karl Hans Hartmann, Tegernsee, verst. 20.3.2000  
Notar a. D. Albrecht Heeger, Ludwigshafen, verst. 21.3.2000  
Notar a. D. Dr. Alfred Kößler, Neustadt a. d. Aisch, verst. 24.3.2000

**3. Versetzung in den Ruhestand:**

Mit Wirkung vom 1.6.2000:  
Notar Dr. Albert Ball, Speyer  
Notar Dietrich Kaempfe, Speyer

Mit Wirkung vom 1.7.2000:  
Notar Dr. Reinhold Plenk, Passau  
Notar Elmar Becherer, Aichach  
Notar Heinz Kuhn, Coburg

Mit Wirkung vom 1.9.2000:  
Notar Dr. Helmut Lickleder, Altötting

**4. Es wurde verliehen :**

Mit Wirkung vom 1.4.2000:  
Rosenheim dem Notar  
Günter Hölzl  
(bisher in Zusmarshausen)

Wolfratshausen dem Notar  
Dr. Bernhard Barthel  
(bisher in Augsburg)

Mit Wirkung vom 1.5.2000:  
Moosburg der Notarin  
Brigitte Nachbar  
(bisher in Kötzing)

Hengersberg dem Notarassessor  
Dr. Hansjörg Heller  
(bisher in München Notar-  
stelle v. Heynitz)

Miesbach dem Notar  
(in Sozietät mit Dr. Wolf-Dieter Kirchner  
Notar Ulsenheimer (bisher in München)

Füssen dem Notar  
(in Sozietät mit Notar Dr. Hans Michael Malzer  
Dr. Klaus Gerlach) (bisher in Mainburg)

Lindau im Bodensee dem Notar  
(in Sozietät mit Notar Peter Weissenberger  
Dr. Peter Reibenspies) (bisher in Naila)

Lindau im Bodensee dem Notar  
(neuerrichtete Notarstelle Dr. Peter Reibenspies  
in Sozietät mit Notar (bisher in Ochsenfurt)  
Peter Weissenberger)

Mit Wirkung vom 1.7.2000:

München der Notarassessorin  
(neuerrichtete Notarstelle) Ursula Wilfart-Kammer  
(bisher in München Notar-  
stellen Dr. Beck/Dr. Eckhardt)

Mit Wirkung vom 15.9.2000:

Schweinfurt dem Notarassessor  
(neuerrichtete Dr. Bernd Weiß  
Notarstelle) (bisher in Bad Neustadt a. d.  
Saale Notarstelle Dr. Wübben)

**5. Versetzung und sonstige Veränderungen :**

Notarassessorin Kathrin Maniak, Hersbruck (Notarstelle Dr. Vollhardt), wurde mit Wirkung vom 24.2.2000 promoviert

Notarassessor Thomas Wachter, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard), ab 1.5.2000 in München (Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Korte)

Notarassessor Bertrand Koller, Mainburg (Notarstelle Dr. Malzer), ab 1.5.2000 in Landshut (Notarstellen Volland/Schmidmeister)

Notarassessor Christoph Döbereiner, Kehlheim (Notarstelle Lebert), ab 1.5.2000 in München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth)

Notarassessor Christian Auer, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler), ab 15.5.2000 in Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Notarassessor Gregor Stein, Amberg (Notarstelle Dr. Frank), ab 1.6.2000 in Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp)

Notarassessor Martin Herrmann, Aschaffenburg (Notarstellen Klotz/ Dr. Morhard), ab 1.7.2000 in Würzburg Deutsches Notarinstitut

Notarassessor Dr. Peter Wirth, Augsburg (Notarstellen Füger/Dr. Waibel), ab 13.8.2000 in Staffelstein (Notarstelle Richter)

Inspektorin i.N. Carola Feldmeier, Bogen (Notarstelle Amberger), ab 1.4.2000 in Neumarkt i. d. Opf. (Notarstellen (Dr. Ulbrich/Leitenstorfer))

Inspektorin i.N. Karin Jaumann, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Bord/Dr. Munzig), ab 1.4.2000 in Lauingen (Notarstelle Schmitt)

Oberinspektor i.N. Erwin Betz, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/ Dr. Wegmann), ab 1.4.2000 in Würzburg (Notarstellen Kirchner/Dr. Gutmann)

Oberinspektorin i.N. Monika Riedler, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Eberhard Pauker), ab 1.4.2000 in Türkheim (Notarstelle Jürgen Elstner)

Oberinspektorin i.N. Susanne Vané, Nürnberg (Notarstelle Hans Günter Volland), ab 1.4.2000 in Schwabach (Notarstellen Gunter Reißmann/Maximilian Hagg)

Oberinspektorin i.N. Elisabeth Mayer, Augsburg (Notarstelle Bernhard Hille), ab 1.7.2000 in Aichach (Notarstelle Elmar Becherer)

Inspektorin i.N. Elke Scheitzach, Dachau (Notarstelle Bock), ab 1.7.2000 in Erding (Notarstelle Birgit Olk)

Oberinspektorin i.N. Lucia Wallner, München (Notarstellen Dr. Benno Keim/Walter Schott), ab 1.7.2000 in Regensburg (Notarstellen Dieter Strobel/Dr. Karl Sauer)

Mit Wirkung vom 30.4.2000 wurde die Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung der Notare Dr. Roman Merznicht und Dr. Bernhard Gschoßmann in Regensburg beendet

## 6. Neueinstellungen von Inspektoren:

Inspektor Ulrich Altmann, Landau an der Isar (Notarstelle Walter Bramenkamp)

Inspektor Jörg Bayer, Günzburg (Notarstellen Hartmut Stache/Martin Wachter)

Inspektor Eric Brandmüller, Schwabach (Notarstellen Gunter Reißmann/Maximilian Hagg)

Inspektor Thomas Brunner, München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/Dr. Tilmann Götte)

Inspektorin Angela Eckert, Augsburg (Notarstelle Bernhard Hille)

Inspektorin Maria Fischer, Weilheim (Notarstelle Dr. Ulrich Bracker)

Inspektorin Bettina Fischer-Enslin, Augsburg (Notarstelle Bernhard Hille)

Inspektor Jochen Freund, Mutterstadt (Notarstelle Fritz Baßler)

Inspektor Florian Fuß, Bad Aibling (Notarstelle Bernd Schmitt)

Inspektor Mirko Gahn, Bamberg (Notarstellen Heinz-Wilhelm Hillmann/Heribert Höfler)

Inspektor Hans Gauer, Lauterecken (Notarstelle Reinhold Rohr)

Inspektor Stefan Gegner, Kitzingen (Notarstellen Dr. Manfred Schmied/Dr. Christof Münch)

Inspektorin Jane Golbs, München (Notarstellen Herbert Pöppelmann/Dr. Uwe Tietgen)

Inspektorin Nicole Gundelach, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Hans-Dieter Kutter/Dr. Hans Friedel Ott)

Inspektorin Michaela Haßler, Nürnberg (Dr. Dirk Steiner/Dr. Thomas Kornexl)

Inspektor Volker Hauffe, Weilheim (Notarstelle Dr. Gregor Basty)

Inspektor Stefan Hüttner, München (Notarstelle Wolf Weiß)

Inspektorin Birgit Feuchtwurzer, Freising (Notarstellen Hermann Schmidl/Franz Ruhland)

Inspektor Matthias Koch, Kronach (Notarstellen Dr. Eberhard Thum/Armin Büschel)

Inspektorin Manuela Kramer, Cadolzburg (Notarstelle Dieter Ellert)

Inspektorin Martina Krüger, Neustadt a. d. Waldnaab (Notarstelle Dr. Schwanecke)

Inspektorin Annette Luda, Bad Kissingen (Notarstelle Volkmar Makowka)

Inspektorin Andrea Matthes, Würzburg (Notarstelle Andreas Böhmer)

Inspektorin Yvonne Meister, Uffenheim (Notarstelle Ludwig Thiede)

Inspektorin Andrea Neumaier, Landshut (Notarstellen Hermann Volland/Robert Schmidmeister)

Inspektor Matthias Ostertag, München (Notarstellen Dr. Hans-Rainer Gebhard/Hans-Peter Rüth)

Inspektor Michael Räuchle, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Otto Bord/Dr. Jörg Munzig)

Inspektor Ferdinand Reiß, Nürnberg (Notarstellen Dr. Uli Armbruster/Dieter Bensch)

Inspektorin Eva Riedelsheimer, München (Notarstelle Dr. Bernhard Schaub)

Inspektorin Inge Riedl, Rottenburg a.d.Laaber (Notarstelle Augustin Burghard)

Inspektorin Kerstin Rinderer, Ebersberg (Notarstellen Dr. Franz Wich/Bernhard Zetzl)

Inspektorin Constanze Sailer, München (Notarstelle Prof. Dr. Peter Gantzer)

Inspektor Thomas Scheck, Prien am Chiemsee (Notarstellen Gerhard Huber/Dr. Friedrich v. Daumiller)

Inspektor Jürgen Schmidtner, Füssen (Notarstellen Hans-Joachim Schirmer/Dr. Klaus Gerlach)

Inspektorin Stefanie Schrott, Geisenfeld (Notarstelle Michael Frhr. v. Steinaecker)

Inspektorin Susanne Setzwein, Weilheim (Notarstelle Heinrich Döbereiner)

Inspektorin Doris Steinherr, Neuburg a. d. Donau (Notarstellen Udo Leitenstern/Heinz Walter)

Inspektorin Angelika Winterholler, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Eberhard Pauker)

Inspektor Michael Wirnshofer, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Eberhard Pauker)

## **7. Ausgeschiedene Angestellte:**

Amtsrat i.N. Rudolf Kratzmann, Schweinfurt (Notarstellen Wolfgang Schineis/Dr. Klaus Schmidt), ab 1.3.2000 i.R.

Inspektor i.N. Christian Müller, München (Notarstellen Klaus Friedrich/Herbert Oberseider), 1.4.2000 eigene Kündigung

Inspektorin i.N. Andrea Schikora-Luksch, Waldkirchen (Notarstelle Dr. Georg Graf), 14.4.2000 eigene Kündigung

---

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M., Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: 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:  
Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.