

2 | MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2004 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Voraussetzungen und Folgen fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse am Beispiel des nicht fristgemäßen Entlastungsbeschlusses

– zugleich Besprechung zum Urteil des BGH vom 24.6.2002, II ZR 296/01¹ –

Von Notar Dr. *Klaus Macht*, Bad Neustadt a. d. Saale

Der für das Aktienrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH hat sich im o. g. Urteil zu der Frage geäußert, wann die Organzugehörigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds endet, wenn die Hauptversammlung den für das Ende der im Rahmen des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG festgelegten Amtsperiode maßgeblichen Entlastungsbeschluss nicht innerhalb der Acht-Monats-Frist des § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG fasst. Er hat entgegen der bislang überwiegenden Auffassung entschieden, dass die Organzugehörigkeit ipso iure spätestens mit Fristablauf endet und nicht erst im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Entlastung.

Welche Rechtsstellung haben Aufsichtsratsmitglieder, die ohne wirksame Organstellung über diesen Zeitpunkt hinaus amtieren? Welche Auswirkungen ergeben sich aus deren Amtstätigkeit für die Aktiengesellschaft? Diese Fragen stellen sich vor allem für Aktiengesellschaften, bei denen sich nunmehr erweist, dass Aufsichtsratsmitglieder über das Ende ihrer Amtsperiode hinaus Aufsichtsratsaufgaben wahrgenommen haben. Ihnen wird im Folgenden nachgegangen.

A. Einleitung

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Vorstandsmitglied klagt gegen den Widerruf seiner Bestellung. Während des laufenden Gerichtsverfahrens beschließt der Aufsichtsrat der beklagten AG, dem Prozessvertreter Prozessvollmacht zu erteilen und dessen bisherige Prozessführung zu genehmigen. An der entsprechenden Aufsichtsratssitzung im Jahr 2000 haben drei Aufsichtsratsmitglieder teilgenommen. Ein Mitglied ist mit Hauptversammlungsbeschluss Ende 1992 satzungsgemäß „bis zur Beendigung der Hauptversammlung, die über die Entlastung des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 1993 beschließt“, gewählt worden. Über die Entlastung für das besagte Geschäftsjahr hatte die Hauptversammlung bis zur Aufsichtsratssitzung im Jahr 2000 nicht beschlossen. Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts kommt der BGH in Übereinstimmung mit der

erstinstanzlichen Entscheidung zu dem Ergebnis, dass das betroffene Mitglied zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung bereits aus dem Amt geschieden, der entsprechende Aufsichtsratsbeschluss mithin nichtig und die Prozessvollmacht unwirksam ist.

Das Ausscheiden des Aufsichtsratsmitglieds folgt nach Ansicht des BGH daraus, dass die gesetzliche Höchstdauer der Amtszeit überschritten worden ist. Die Höchstdauer entnimmt er aus einer Zusammenschau von § 102 Abs. 1 Satz 1 und § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG. Er interpretiert § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG dabei im Sinne einer Formulierung, die wie folgt lauten könnte:

„Aufsichtsratsmitglieder können nicht für längere Zeit als bis zur Beendigung der Hauptversammlung bestellt werden, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt, bzw. – falls der Entlastungsbeschluss nicht in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres stattfindet (§ 120 Abs. 1 Satz 1) – bis zum Ende des achten Monats nach Beginn des betroffenen Geschäftsjahres [Anfügung in Kursivdruck vom Verf.]“.

¹ MittBayNot 2004, 132 (in diesem Heft).

Die wesentlichen Argumente des BGH sind folgende:

- Aufgrund der Änderung der Funktion der Entlastung² gemäß § 120 Abs. 2 AktG (früher Verzicht auf Schadenersatzansprüche, heute jedoch wegen § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG nur noch eine „weitgehend folgenlose Billigung der Organtätigkeit“) habe die Verknüpfung der Beschlussfassung über die Entlastung mit dem Ausscheiden aus dem Organ ihren Sinn verloren. Dies bedinge eine neue Auslegung auch des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG in dem Sinn, dass nach Ablauf der Frist des § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG auch die Mitgliedschaft ipso iure ende.
- Dieses Verständnis entspreche dem „Gebot der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit“.
- Ebenso gebiete der Zweck der gesetzlichen Höchstdauer – die Hauptversammlung zu veranlassen, die Wahl des Aufsichtsratsmitglieds zu überdenken – eine Beendigung der Mitgliedschaft nach Fristablauf, wenn der Beschluss der Hauptversammlung bis dahin nicht erfolgt.
- Entgegen dem Bestreben des heutigen Gesetzgebers zur verschärften Kontrolle der Verwaltungsorgane und ihrer Mitglieder, namentlich der Aufsichtsratsorgane, würde es sonst (z. B. im Falle einer Sonderprüfung gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 AktG) zu unter Umständen erheblichen Verlängerungen der Amtszeit bzw. zu einer Verzögerung der Neubestellung von Aufsichtsratsmitgliedern kommen.
- Die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats – und damit mittelbar auch die Handlungsfähigkeit der AG – werde durch die Möglichkeit gewährleistet, gemäß § 104 Abs. 1 AktG die gerichtliche Ergänzung des Aufsichtsrats auf die zur Beschlussfähigkeit erforderliche Mitgliederanzahl zu beantragen.

B. Rechtliche Würdigung

I. Streitstand

Die Entscheidung bricht mit der überwiegenden Ansicht, wonach die Organzugehörigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds so lange andauere, bis die Hauptversammlung tatsächlich über dessen Entlastung beschließt – selbst wenn der Beschluss entgegen § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG erst nach Ablauf der gesetzlichen Acht-Monats-Frist erfolgt. Argumentiert wird insoweit, dass § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG nach Wortlaut („beschließt“) und Sinn gerade auf eine starre Frist verzichte. Andernfalls werde eine gerichtliche Notbestellung gem. § 104 Abs. 1 Satz 1 AktG bereits dann unumgänglich, wenn die Frist nur geringfügig überschritten werde.³ Die Unterschiede der vertretenen Ansichten lassen sich an folgendem Beispiel durchexerzieren:

Geschäftsjahr = Kalenderjahr; Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder am 1.7.1997 (§ 102 Abs. 1 Satz 2 AktG: 1997 bleibt unberücksichtigt); Ende der Frist des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG mit Ablauf des 31.8.2002; Hauptversammlung beschließt über die Entlastung für Geschäftsjahr 2002 am 1.3.2003 – Amtszeitende nach BGH mit Ablauf des 31.8.2002; nach bisher h. M. erst mit Ende der Hauptversammlung vom 1.3.2003.

II. Für und Wider den Standpunkt des BGH

1. Wortlaut des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG

Die bisher h. M. scheint den Wortlaut des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG auf ihrer Seite zu haben. Die Formulierung „beschließt“

deutet darauf hin, dass die tatsächliche Beschlussfassung maßgebend sein soll. Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Interpretation allerdings nicht als zwingend. Denn es liegt nahe, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, der Entlastungsbeschluss werde innerhalb der hierfür vorgesehenen Frist des § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG erfolgen; schließlich darf ein Gesetzgeber bei der Abfassung von Gesetzesbestimmungen grundsätzlich von gesetzesmäßigem Verhalten ausgehen. So betrachtet, enthält § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG eine Regelungslücke: Der Fall, dass der Entlastungsbeschluss nicht innerhalb der gesetzlichen Acht-Monats-Frist stattfindet, wird nicht ausdrücklich geregelt.⁴ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich nicht, dass ein solcher Sachverhalt bedacht wurde, so dass eine durch Auslegung auszufüllende planwidrige Regelungslücke vorliegt. Der Wortlaut des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG kann also als ambivalent eingestuft werden.

2. Normzweck

Hiervon ausgehend kann bei einem Vergleich der bisher vertretenen Ansichten zunächst festgestellt werden, dass beide für sich beanspruchen können, an einen eindeutig bestimm- baren Zeitpunkt anzuknüpfen (Ablauf der Acht-Monats-Frist auf der einen und tatsächlicher Entlastungsbeschluss auf der anderen Seite). Das Gebot der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit vermag daher die Waagschale nicht zugunsten der Ansicht des BGH zu neigen. Jedoch kann es zu einer möglicherweise erheblichen, jedenfalls aber zeitlich nicht klar eingrenz- baren Verlängerung der Amtsperiode der betroffenen Aufsichtsratsmitglieder kommen, wenn man allein auf die Beschlussfassung abstellt, da eine beliebige Vertagung des Entlastungsbeschlusses eine entsprechende beliebige Amtszeitverlängerung zur Folge hätte. Entscheidend zugunsten der vom BGH vertretenen Ansicht spricht daher, dass sie dem Normzweck des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG besser gerecht wird, es den Aktionären zu ermöglichen, sie aber auch gleich- zeitig zu zwingen, sich nach Ablauf einer klar eingegrenzten Zeitdauer turnusmäßig mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die bisherigen Aufsichtsratsmitglieder noch ihr Vertrauen ha- ben, und hierüber zu entscheiden, ohne dass diese Frist will- kürlich prolongiert werden kann. Dabei ist zu berücksich- tigen, dass der einzelne Aktionär keine Rechtsmacht hat, die Verwaltung zu zwingen, um Entlastung nachzusuchen. Die Verwaltung müsste nicht einmal ein registergerichtliches Zwangsgeld befürchten, würde sie ihre eigene Entlastung nicht auf die Tagesordnung der ordentlichen Hauptversamm- lung setzen (§ 407 Abs. 1 Satz 1 AktG verweist gerade nicht auf § 120 AktG!).⁵ Ebenso wenig besteht für den einzelnen Aktionär die Möglichkeit, selbst eine Hauptversammlung mit dem Tagesordnungspunkt „Entlastung des Aufsichtsrats“ ein- zuberufen.⁶

III. Regelungen der Amtsdauer durch Satzung oder Wahlbeschluss der Hauptversammlung

Nur am Rande geht der BGH auf die Frage ein, wann die Or- ganzugehörigkeit endet, wenn die Satzung oder der Wahlbe- schluss der Hauptversammlung eine im Vergleich zur Höchst-

² Statt aller Mülbert in Großkomm. AktG, 4. Aufl. [1999], § 120 Rdnr. 12 ff.

³ Vgl. Hüffer, AktG, 5. Aufl. [2002], § 102 Rdnr. 3.

⁴ Ebenso Raiser, MitbestG, § 6 Rdnr. 31.

⁵ Koch, AG 1969, 1, 3.

⁶ Einberufungsverlangen durch Aktionäre müssen zunächst die Hürde des in § 122 Abs. 1 Satz 1 AktG festgelegten Quorums nehmen. Falls einem solchen Verlangen nicht zeitnah entsprochen wird, kann es zudem nur mit gerichtlicher Hilfe gem. § 122 Abs. 3 AktG durchgesetzt werden.

dauer des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG kürzere⁷ Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder vorsieht. In unserem Zusammenhang interessieren nur Festlegungen der Amtsdauer, die sich an die Formulierung des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG anlehnen; als Beispiel kann die Satzungsbestimmung in dem vom BGH entschiedenen Fall dienen, wonach die Aufsichtsratsmitglieder bis zur Beendigung der Hauptversammlung zu bestellen sind, die über die Entlastung für das *erste* Geschäftsjahr seit Beginn der Amtszeit beschließt, wobei das Geschäftsjahr des Bestellungsbeschlusses nicht mitgerechnet wird. Der BGH konnte offen lassen, ob angesichts dieser Satzungsregelung und des in ihrem Rahmen erfolgten Wahlbeschlusses die Amtszeit des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds bereits geendet hatte, nachdem die Acht-Monats-Frist für den das *erste* Geschäftsjahr betreffenden Entlastungsbeschluss abgelaufen war, da im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung jedenfalls auch die gesetzliche Höchstfrist des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG überschritten war. Der BGH führt insoweit aus: „Die Formulierung der an den Wortlaut des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG angelehnten Satzungsregelung spricht allerdings eher dafür, dass Voraussetzung für ein Ausscheiden die Fassung eines die Entlastung bestätigenden oder versagenden Beschlusses sein sollte“⁸. Mit anderen Worten tendiert er dazu, am Vorbild des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG ausgerichtete Satzungsklauseln im Einklang mit der bislang h. M. auszulegen statt anhand der von ihm zu § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG gefundenen Interpretation.⁹ Angesichts der Meinungslage vor Veröffentlichung des Urteils dürfte dies auch den Vorstellungen der meisten Aktiengesellschaften entsprechen, deren Satzungen solche Klauseln enthalten. Ob dies allerdings auch weiterhin gilt, ist fraglich. Jedenfalls für Satzungsklauseln, die nach Veröffentlichung des Urteils abgefasst wurden, dürfte eher vom Gegenteil auszugehen sein.

C. Reichweite der Entscheidung

Der vom BGH entschiedene Sachverhalt hat ein von den *Anteilseignern gewähltes* Aufsichtsratsmitglied einer *Aktiengesellschaft* betroffen. Nicht unmittelbar von der Entscheidung erfasst sind demgemäß die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, der von den Gründern zu bestellende erste Aufsichtsrat im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 1 AktG sowie Aufsichtsräte bei anderen juristischen Personen als der AG.

⁷ Die Festlegung einer längeren Amtszeit scheidet nach allgemeiner Ansicht aus, da die Höchstdauer des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht satzungsd dispositiv ist (§ 23 Abs. 5 AktG).

⁸ MittBayNot 2004, 132 (in diesem Heft).

⁹ Am Rande sei noch darauf hingewiesen, dass der BGH in dem amtlichen ersten Leitsatz des Urteils offenbar davon ausgeht, dass die Frist des § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG für die Abhaltung der über die Entlastung beschließenden Hauptversammlung von acht Monaten durch Satzungsregelung verkürzt werden kann. Die im Leitsatz genannte „in der Satzung vorgesehene geringere Frist“ bezieht sich auf die Acht-Monats-Frist, innerhalb der die Hauptversammlung über die Entlastung zu beschließen hat (= Regelungsbereich des § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG), und nicht etwa auf die Amtsdauer (= Regelungsbereich des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG), wie sich unmissverständlich aus dem Gesamtzusammenhang des Leitsatzes ergibt. Dies ist ersichtlich, da im Schrifttum umstritten ist, ob die Frist des § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG durch Satzungsregelung verkürzt werden kann (vgl. einerseits für Verkürzungsmöglichkeit *Eckardt* in Geßler, AktG, 5. Lfg. [1974], § 120 Rdnr. 11, und andererseits gegen Verkürzungsmöglichkeit *Hüffer*, AktG, § 120 Rdnr. 6 i. V. m. § 174 Rdnr. 4; *Mülbert* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. [1999], § 120 Rdnr. 125). Der BGH scheint also en passant eine Fristverkürzung zulassen zu wollen.

I. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

Die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat werden nicht nach dem AktG, sondern nach betriebsverfassungs- bzw. mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften gewählt (vgl. § 76 Abs. 2 BetrVG 1952, §§ 9 ff. MitbestG, § 6 MontanMitbestG). Nur im Rahmen des MontanMitbestG erfolgt die Wahl durch die Hauptversammlung, die allerdings an Wahlvorschläge der Arbeitnehmerseite gebunden ist (§ 6 MontanMitbestG). Was die Amtsperiode der Arbeitnehmervertreter betrifft, erklären alle Mitbestimmungsgesetze die gesellschaftsrechtliche Regelung, also insbesondere § 102 AktG, für maßgeblich (§ 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG 1952, §§ 15 Abs. 1 Satz 1, 18 Satz 2 MitbestG, §§ 5, 6 MontanMitbestG¹⁰). Die gesetzliche Höchstdauer der Amtsperiode gilt also gleichfalls für die Arbeitnehmervertreter (vgl. auch § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG).¹¹ Auch bei der Entlastung gelten keine Besonderheiten; § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG findet uneingeschränkt Anwendung.¹² Das Ergebnis des BGH gilt daher für die Arbeitnehmervertreter in gleicher Weise.

II. Erster Aufsichtsrat

Die Amtszeit der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats regelt § 30 Abs. 3 Satz 1 AktG. Der Gesetzeswortlaut ist in den maßgebenden Passagen („können nicht für längere Zeit als bis zur Beendigung der Hauptversammlung bestellt werden, die über die Entlastung [...] beschließt“) identisch mit demjenigen des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG. Man wird nicht umhinkommen, das Ergebnis des BGH auch auf die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats zu übertragen.¹³ Deren Amtszeit endet also spätestens mit Ablauf der gesetzlichen Acht-Monats-Frist nach Ende des ersten Voll- oder Rumpfgeschäftsjahres,¹⁴ falls nicht die Hauptversammlung zuvor über die Entlastung beschlossen hat. Denn abgesehen von der Übereinstimmung im Wortlaut der §§ 30 Abs. 3 Satz 1 und 102 Abs. 1 Satz 1 AktG treffen auch die übrigen vom BGH vorgetragenen Argumente für die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats in gleichem Maße wie für Mitglieder späterer Aufsichtsräte zu.

III. Andere juristische Personen

Auch bei juristischen Personen anderer Rechtsformen können Aufsichtsräte bestehen. So muss die eingetragene Genossen-

¹⁰ Im Rahmen des MontanMitbestG ergibt sich die Amtszeit der Arbeitnehmervertreter letztlich aus der insoweit bestehenden Wahlzuständigkeit der Hauptversammlung; *Hüffer*, AktG, § 102 Rdnr. 5.

¹¹ AnwK-AktienR/*Breuer/Fraune*, AktG, § 102 Rdnr. 4 m. w. N.; *Raiser*, MitbestG, § 6 Rdnr. 31; AnwK-AktienR/*Wichert*, MitbestG, § 15 Rdnr. 2.

¹² S. nur *Hüffer*, AktG, § 120 Rdnr. 5.

¹³ Ebenso *Pötter*, EWiR § 102 AktG 1/03, 45, 46. Auch was den ersten Aufsichtsrat anbelangt, ist demnach die bisher herrschende Ansicht (vgl. etwa *Eckhardt* in Geßler, AktG, 8. Lfg. [1984], § 30 Rdnr. 21; *Hüffer*, AktG, § 30 Rdnr. 7; *Kraft* in Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. [1988], § 30 Rdnr. 23; MünchKommAktG/*Pentz*, 2. Aufl. [2000], § 30 Rdnr. 24; *Röhrich* in Großkomm AktG, 4. Aufl. [1996], § 30 Rdnr. 10 f.) überholt.

¹⁴ Das erste Geschäftsjahr beginnt mit der Errichtung der Gesellschaft gemäß § 29 AktG, nicht etwa erst mit Eintragung der AG in das Handelsregister oder der tatsächlichen Geschäftsaufnahme (vgl. *Wachter*, GmbH 2000, 227, 228. Zum abweichenden Beginn der Buchführung vgl. *Budde/Förschle*, Sonderbilanzen, 1994, Rdnr. B 33). Die maximale Amtszeit des ersten Aufsichtsrats beträgt demnach bis zu 20 Monaten (einhellige Ansicht, s. statt aller *Hüffer*, AktG, § 30 Rdnr. 7 m. w. N.). Eine Verlängerung (z. B. indem die Bestellung der ersten Aufsichtsratsmitglieder nicht nur für das erste Rumpfgeschäftsjahr, sondern noch ein weiteres volles Geschäftsjahr [= das *erste Vollgeschäftsjahr*] erfolgt) ist nicht zulässig.

schaft (§ 36 GenG) ebenso wie die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 278 Abs. 3, 95 AktG) einen Aufsichtsrat haben. Zudem können diese juristischen Personen im Aufsichtsratsbereich von betriebsverfassungs- oder mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben erfasst werden (vgl. §§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 3 BetrVG 1952, § 1 Abs. 1 MitbestG). Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung muss im Anwendungsbereich bestimmter betriebsverfassungs- oder mitbestimmungsrechtlicher Vorschriften (insbesondere § 77 Abs. 1 BetrVG 1952, § 1 Abs. 1 MitbestG, §§ 1 Abs. 2, 3 Abs. 1 MontanMitbestG) einen Aufsichtsrat bilden. Im Übrigen kann sie gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG einen fakultativen Aufsichtsrat haben.

1. Eingetragene Genossenschaft

Das GenG enthält keine mit § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG vergleichbare feste Zeitvorgabe für die (Höchst-)Dauer der Aufsichtsratsmitgliedschaft.¹⁵ Für die eingetragene Genossenschaft stellt sich die vom BGH entschiedene Problematik nur, soweit mitbestimmungsrechtliche Vorschriften auf § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG verweisen (vgl. § 6 Abs. 2 MitbestG). Insofern ist das Urteil auch für Genossenschaften relevant; allerdings tritt hier an die Stelle des § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG die Fristvorgabe des § 48 Abs. 1 Satz 3 GenG (sechs Monate).

2. Kommanditgesellschaft auf Aktien

Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien verweist § 278 AktG auf §§ 102 Abs. 1 Satz 1, 120 Abs. 1 Satz 1 AktG. Die Rechtslage ist hier dieselbe wie bei der AG.

3. GmbH

Das GmbHG sieht weder eine mit § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG noch mit § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG vergleichbare Regelung vor. Bei der mitbestimmten GmbH verweisen § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG 1952, § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG, § 3 Abs. 2 MontanMitbestG auf § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG. Da aber nicht gleichzeitig § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG für anwendbar erklärt wird, verwundert es kaum, dass bei der mitbestimmten GmbH umstritten ist, innerhalb welches Zeitraums der Entlastungsbeschluss zu erfolgen hat.¹⁶ Jedoch ist man sich überwiegend einig, dass nach Zeitablauf die Amtszeit des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds eo ipso endet, auch wenn der Entlastungsbeschluss ausgeblieben ist. Nachdem für die AG die Rechtslage nunmehr höchststrichterlich entschieden ist, sollte das gefundene Ergebnis auch auf die mitbestimmte GmbH übertragen werden.

Im Bereich des fakultativen Aufsichtsrats verweist § 52 Abs. 1 GmbHG hingegen gerade nicht auf § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG. Die obige Fristenproblematik kann sich dort allenfalls dann stellen, wenn sich eine Vorschrift der GmbH-Satzung an den Wortlaut dieser aktienrechtlichen Bestimmung anlehnt.¹⁷ In diesem Fall sind m. E. die Grundsätze maßgebend, die für solche Satzungsregelungen bei der AG gelten (vgl. oben B. III.).

¹⁵ Vgl. § 36 Abs. 3 Satz 1 GenG, § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG ist für Genossenschaften auch nicht analog anwendbar (vgl. BGH, NJW 1952, 343 zur Vorgängerregelung des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG).

¹⁶ Für das Ende des 5. Geschäftsjahres nach Amtsbeginn *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. [2002], § 52 Rdnr. 31; *Raiser* in Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. [1997], § 52 Rdnr. 185; *ders.*, MitbestG, § 6 Rdnr. 31; für das Ende des 8. Monats nach dem Ende des 4. Geschäftsjahres *U. H. Schneider* in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. [2002], § 52 Rdnr. 181 m. w. N.

¹⁷ Vgl. *Pötter*, EWIR § 102 AktG 1/03, 45, 46; *Heyder* in Michalski, GmbHG, 2002, § 52 Rdnr. 132.

D. Auswirkungen der Entscheidung

Welche Rechtsfolgen ergeben sich nun, wenn einzelne Mitglieder aufgrund Zeitablaufs nicht mehr dem Aufsichtsrat angehören? Für sich allein betrachtet führt das Ende der Organzugehörigkeit zunächst zu keinen unmittelbar negativen Auswirkungen für die Gesellschaft. Praktisch relevant wird die Frage für eine etwaige *Übergangsphase* ab dem Ende der gesetzlichen Acht-Monats-Frist für die Entlastung der ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieder bis zu der Hauptversammlung, die tatsächlich über die Neuwahl beschließt. Hier geht es um nichts weniger als die Handlungsfähigkeit der AG, sollte der Aufsichtsrat – wie im Sachverhalt der geschilderten BGH-Entscheidung geschehen – in der Übergangsphase unverändert weiter amtieren. De facto wird solch ein Szenario vor allem die Zeit vor der Veröffentlichung der oben beschriebenen BGH-Entscheidung betreffen, falls im Vertrauen auf die bisher h. M. einzelne oder alle Aufsichtsratsmitglieder trotz Ablaufs der gesetzlichen Acht-Monats-Frist nicht so gleich neu gewählt wurden.

Die Rechtsstellung eines ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieds, das weiterhin Organfunktionen wahrnimmt, wurde noch nicht näher untersucht. Zwar hat sich im Hinblick auf die bislang h. M. das Problem eines Ausscheidens durch Zeitablauf bis dato nicht gestellt. Doch konnte es in anderem Gewande bereits früher auftreten und wird auch künftig unabhängig von der hier besprochenen BGH-Entscheidung auftreten können, nämlich dann, wenn nach Ablauf der Höchstdauer der Amtsperiode einzelner Aufsichtsratsmitglieder zwar ein Entlastungsbeschluss erfolgt, aber die gleichzeitig erforderliche Neuwahl schlicht übersehen wird – was vor allem bei unterschiedlichen, also zeitlich versetzten Amtsperioden vorstellbar ist. Ausführlicher erforscht ist indes die rechtliche Stellung von fehlerhaft gewählten Aufsichtsratsmitgliedern.¹⁸ Paradigma ist insoweit das – insbesondere gemäß § 250 Abs. 1 AktG – nichtig gewählte Aufsichtsratsmitglied. Dessen Rechtsstellung weist möglicherweise Parallelen zu derjenigen des ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieds auf. Mit *Lowe*¹⁹ differenziert die weitere Untersuchung nach den verschiedenen rechtlichen Ebenen der Stellung eines Aufsichtsratsmitglieds: Amtstätigkeit, Pflichten und Verantwortung, Anstellungsverhältnis. Konkret geht es um folgende Fragen:

- Welche Folgen hat die Mitwirkung ausgeschiedener Mitglieder an Aufsichtsratsmaßnahmen während der Übergangsphase? (Amtstätigkeit; dazu im Folgenden unter I.)
- Ist das ausgeschiedene, aber weiter amtierende Mitglied der Gesellschaft oder Dritten gegenüber zivil- und strafrechtlich für seine Tätigkeit verantwortlich? (Pflichten und Verantwortung; dazu unter II.)
- Hat ein ausgeschiedenes, aber weiter amtierendes Mitglied einen Anspruch auf Vergütung? (Anstellungsverhältnis; dazu unter III.)

Was das trotz nichtiger Wahl tatsächlich amtierende Aufsichtsratsmitglied anbelangt, lässt sich das herrschende Meinungsbild vorab folgendermaßen zusammenfassen: Der nichtig Gewählte wird nicht Mitglied des Aufsichtsrats, er besitzt keine

¹⁸ Siehe die gleichnamige Monographie von *Lowe*, Fehlerhaft gewählte Aufsichtsratsmitglieder, 1989 (im Folgenden kurz „Aufsichtsratsmitglieder“), ferner *Stein*, Das faktische Organ, 1984, sowie die Kommentierungen zu § 250 AktG (Nichtigkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern).

¹⁹ *Lowe*, Aufsichtsratsmitglieder, S. 5 ff., 67 ff. Ähnliche Unterscheidungen finden sich bei *Stein*, Das faktische Organ, S. 6 ff., und *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. [1995], § 250 Rdnr. 29 ff.

organschaftlichen Befugnisse;²⁰ seine Mitwirkungsbeiträge (insbesondere seine Stimmabgabe) sind nichtig.²¹ Dennoch soll er wie ein wirksam gewähltes Mitglied zivil- und strafrechtlich verantwortlich sein²² und einen Anspruch auf die im Rahmen des § 113 AktG festgesetzte Vergütung und Auslagenerstattung haben.²³ Ob diese Aussagen zutreffen und inwieweit sie sich auf das ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglied übertragen lassen, ist im Anschluss genauer zu untersuchen.

I. Amtstätigkeit

1. Rechtsstellung des ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieds

Mit der h. M.²⁴ ist davon auszugehen, dass ein nichtig gewähltes Aufsichtsratsmitglied keine organschaftliche Rechtsstellung erlangt. Alles andere, insbesondere die teilweise vertretene (nahezu) völlige Gleichstellung der Amtstätigkeit eines nichtig gewählten mit derjenigen eines gültig berufenen Aufsichtsratsmitglieds,²⁵ hieße die vom Gesetz angeordnete Nichtigkeitsfolge negieren. Die Grundsätze des fehlerhaften bzw. faktischen Organverhältnisses finden auf die Amtstätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern keine Anwendung.²⁶ Entwickelt wurde diese Lehre anhand von Sachverhalten, in denen es um die fehlerhafte Bestellung von *Vorstandsmitgliedern* ging, nicht zuletzt mit dem Ziel, das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Wirksamkeit von Vorstandshandlungen zu schützen. Insoweit herrscht Einigkeit, dass die Organstellung fehlerhaft bestellter Vorstandsmitglieder vorläufig (bis zum Eintritt eines formalen Beendigungstatbestandes) als wirksam zu behandeln ist. Abgesehen davon, dass Dritte insoweit bereits über § 15 HGB weitestgehend geschützt sind,²⁷ ergibt jedoch schon die unterschiedliche Stellung von Vorstand und Aufsichtsrat, dass die Anerkennung der Amtshandlungen des nichtig gewählten Aufsichtsratsmitglieds nach den Grundsätzen des fehlerhaften Organverhältnisses nicht in Betracht kommt. Denn die Stellung des Aufsichtsrats betrifft im Wesentlichen den Binnenbereich der AG. Er wird nur in wenigen Fällen nach außen tätig – und selbst dann zumeist nur gegenüber Vorstandsmitgliedern (z. B. gemäß §§ 89, 112 AktG).

Für das ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglied kann nichts anderes gelten. Mit seiner Organzugehörigkeit verliert es jegliche innergesellschaftliche Rechtsstellung, die auf dem Aufsichtsratsmandat beruht. Es kann keine wirksamen Amtshandlungen (mehr) vornehmen.

2. Folgen der Beschlussteilnahme des ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieds

Bei der Beschlussfassung ist daher die Stimmabgabe eines ausgeschiedenen Mitglieds als gegenstandslos bzw. unbeachtlich zu behandeln.

²⁰ Geßler in Geßler, AktG, 4. Lfg. [1973], § 101 Rdnr. 125; AnwK-AktienR/Heidel, AktG, § 250 Rdnr. 9; MünchKommAktG/Hüffer, 2. Aufl. [2001], § 250 Rdnr. 19; Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 67 ff.; Mertens in Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. [1996], § 101 Rdnr. 96; vgl. auch Hüffer, AktG, § 100 Rdnr. 11; ders. in Geßler, AktG, 9. Lfg. [1984], § 250 Rdnr. 31; K. Schmidt in Großkomm. AktG, § 250 Rdnr. 31; Nirk in Hdb. AG, 32. Lfg. [2000], Teil I Rdnr. 826.

²¹ Geßler in Geßler, AktG, § 101 Rdnr. 125; Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 67 ff.

²² RGZ 152, 273, 277 ff. (für Aufsichtsrat einer Genossenschaft); AnwK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 101 Rdnr. 23; Geßler in Geßler, AktG, § 101 Rdnr. 122; MünchKommAktG/Hüffer, § 250 Rdnr. 19; ders. in Geßler, AktG, § 250 Rdnr. 30; Mertens in Kölner Komm. AktG, § 101 Rdnr. 93; Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, 3. Aufl. [1973], § 101 Anm. 23; K. Schmidt in Großkomm. AktG, § 250 Rdnr. 29; W. Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. AktG (1937), § 87 Anm. 27.

a) Beschlussunfähiger Aufsichtsrat

Der BGH erklärt in seiner Entscheidung den Beschluss des Aufsichtsrats für nichtig, da ein materiell-rechtlich bereits ausgeschiedenes Mitglied mitgewirkt hat. Er geht dabei nicht näher auf den eigentlichen Nichtigkeitsgrund ein; dieser scheint ihm wohl selbstverständlich. Er liegt in der Beschlussunfähigkeit des (im konkreten Fall) dreiköpfigen Aufsichtsrats gemäß § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG. Implizit geht also auch der BGH davon aus, dass die Stimme des ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieds unbeachtlich ist: Das Quorum von mindestens drei Beschlussteilnehmern ist nicht erreicht. Daher kann an dieser Stelle festgehalten werden:

- Mitwirkungshandlungen ausgeschiedener Aufsichtsratsmitglieder bleiben unbeachtet. Ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder können daher nicht an der Beschlussfassung teilnehmen; üben sie das Stimmrecht aus, ist die Stimme nicht zu berücksichtigen.
- Ist infolgedessen der Aufsichtsrat nicht beschlussfähig, sind gleichwohl gefasste Beschlüsse uneingeschränkt nichtig.²⁸

Dies sind zunächst schlechte Nachrichten für alle Aktiengesellschaften mit nur dreiköpfigen Aufsichtsräten, welche die zeitliche Vorgabe des § 120 Abs. 1 AktG in der Vergangenheit nicht beachtet haben – und sei es nur bezüglich eines Mitglieds. Gleiches gilt für alle Gesellschaften, deren erster Aufsichtsrat nicht fristgerecht entlastet und durch einen von der Hauptversammlung (sowie ggf. der Belegschaft) gewählten Aufsichtsrat ersetzt wurde. Solche Aktiengesellschaften haben nun besondere Veranlassung, „in der Vergangenheit liegende Vorgänge daraufhin zu überprüfen, ob diese nicht wegen einer (vorübergehenden) nicht ordnungsgemäßen Besetzung des Aufsichtsrats [...] unwirksam sind“²⁹.

b) Beschlussfähiger Aufsichtsrat

Der BGH hatte indes keinen Anlass, auf die Auswirkungen einzugehen, wenn der Aufsichtsrat trotz der Teilnahme ausgeschiedener Mitglieder beschlussfähig bleibt. Zwar ließe sich das Urteil auch so interpretieren, dass bereits die bloße Teilnahme des ausgeschiedenen Mitglieds den Aufsichtsratsbeschluss nichtig macht. Da es sich im entschiedenen Fall jedoch um einen dreiköpfigen Aufsichtsrat handelte und deswegen die Beschlussunfähigkeit nahe lag, der BGH sich mit

²³ Im Ergebnis h. M. Die Begründungen sind unterschiedlich, je nachdem ob neben dem Amtsverhältnis ein schuldrechtliches Anstellungsverhältnis angenommen wird (dann Vergütungsanspruch nach den Grundsätzen über das fehlerhafte Dienstverhältnis; so Mertens in Kölner Komm. AktG, § 101 Rdnr. 94; Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 101 Anm. 23; K. Schmidt in Großkomm. AktG, § 250 Rdnr. 30; Zöllner in Kölner Komm. AktG, § 250 Rdnr. 42) oder von einem einheitlichen Amtsverhältnis mit korporations- wie schuldrechtlichem Inhalt (Doppelnatur) ausgegangen wird (dann Vergütungsanspruch aufgrund tatsächlicher Amtsführung; so MünchKommAktG/Hüffer, § 250 Rdnr. 19).

²⁴ S. oben Fn. 20.

²⁵ So aber W. Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. AktG (1937), § 87 Anm. 27; Stein, Das faktische Organ, S. 100 ff., 119 ff., und Lemke, Aufsichtsratsbeschluss, 1994, S. 129.

²⁶ Darüber herrscht für den Bereich der Amtstätigkeit im Ergebnis Einigkeit, s. nur MünchKommAktG/Hüffer, § 250 Rdnr. 19; ders. in Geßler, AktG, § 250 Rdnr. 30.

²⁷ S. dazu unten bei Fn. 57.

²⁸ Dies gilt entsprechend für beschließende Aufsichtsratsausschüsse (§ 107 Abs. 3 AktG). Auch dort gilt das Mindestquorum von drei Beschlussteilnehmern (h. M.; s. BGH, NJW 1975, 145; NJW 1989, 1928, 1929; Hüffer, AktG, § 107 Rdnr. 16 m. w. N. auch zur Gegenauffassung).

²⁹ Pötter, EWIR § 102 AktG 1/03, 45, 46.

der obigen Frage demnach nicht befassen musste, kann dem Urteil eine derart weitgehende Stellungnahme nicht entnommen werden. Außerdem würde sich der BGH in Widerspruch zu seinem nachfolgend beschriebenen älteren Urteil aus dem Jahre 1967³⁰ setzen. Dies kann jedoch angesichts der erheblichen praktischen Bedeutung der Frage nicht unterstellt werden. Der BGH hätte sich sonst sicher mit seiner eigenen Rechtsprechung näher auseinander gesetzt.

Somit ist die Frage noch offen, wie sich die Mitwirkung eines ausgeschiedenen Mitglieds an Aufsichtsratsbeschlüssen auswirkt, wenn sie ohne Einfluss auf die Beschlussfähigkeit des Gesamtorgans bleibt. Sie betrifft im Grundsatz alle Aktiengesellschaften, deren Aufsichtsrat mehr als drei Mitglieder zählt.

c) Allgemein: fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse

Das Thema steht im größeren Zusammenhang der Fehlerhaftigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen und deren Folgen. Das Gesetz enthält hierzu keine Aussage – im Gegensatz zur Regelungsdichte der §§ 241 ff. AktG, die sich mit der Parallelproblematik bei Hauptversammlungsbeschlüssen auseinander setzen. Die Materie ist infolgedessen umstritten.

Die Ansichten lassen sich in zwei Lager gliedern. Das eine unterscheidet (in Anlehnung an die Regelung der §§ 241 ff. AktG) nichtige, bloß vernichtbare (= anfechtbare) und solche Aufsichtsratsbeschlüsse, die trotz Fehlerhaftigkeit gültig (also weder nichtig noch anfechtbar) sind.³¹ Der BGH hingegen lehnt eine solche Differenzierung bisher ausdrücklich ab³² und hält fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse ausnahmslos für nichtig; ggf. notwendige Einschränkungen dieses strikten Grundsatzes erfolgen allein auf der Ebene der prozessualen Geltendmachung der Nichtigkeitsfolge.³³ Im Ergebnis bestehen jedoch keine wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Auffassungen:³⁴ Uneingeschränkt geltend gemacht werden kann nur die Nichtigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen, die gravierend gegen Verfahrensbestimmungen verstoßen oder deren Inhalt nach Gesetz und/oder Satzung unzulässig ist. Beschlüsse, die weniger schwerwiegend gegen Verfahrensbestimmungen³⁵ verstoßen, können zwar vernichtet werden – jedoch nicht von jedermann und nur zeitlich begrenzt. Davon zu unterscheiden sind schlussendlich Beschlüsse, die zwar fehlerhaft zustande gekommen, aber dennoch als unangreifbar und gültig erachtet werden – was dann der Fall sein soll, wenn sie gegen bloße Ordnungsvorschriften verstoßen.

Die Schwierigkeit liegt also darin, die Schwelle festzulegen, deren Überschreitung zur uneingeschränkten Nichtigkeit des Beschlusses führt. Die hierzu angeführten abstrakten Kriterien (Schwere des Verstoßes, Schutzzweck der verletzten Gesetzesbestimmung oder deren Charakter als bloße Ordnungsvorschrift) helfen bei der Lösung von Einzelfällen kaum. Insofern kommt man nicht umhin, typische Beschlussfehler

zunächst in Fallgruppen zusammenzufassen, um diese sodann den unterschiedenen Fehlerfolgen zuzuordnen.³⁶

aa) Ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder als unbefugte Beschlussteilnehmer

Nachdem das ausgeschiedene Mitglied keine Organstellung mehr innehat, darf es gemäß § 109 AktG auch nicht mehr an Aufsichtsratssitzungen teilnehmen.³⁷ Der BGH³⁸ hat insoweit entschieden, dass Aufsichtsratsbeschlüsse nicht schon deshalb „unwirksam“ seien, weil unbefugte Dritte daran teilgenommen haben. Der Beschluss sei vielmehr gültig, wenn der Aufsichtsrat auch nach Abzug der unbefugten Stimmen beschlussfähig und die erforderliche Mehrheit erhalten bleibt. Er beruhe dann gerade nicht auf der Stimmabgabe des unbefugten Teilnehmers. Im konkret vom BGH entschiedenen Sachverhalt hatten neben den tatsächlichen Aufsichtsratsmitgliedern fremde Dritte (Prokurist u. a.) mitgestimmt; das Urteil wird aber von der h. M. auf nichtig bestellte Aufsichtsratsmitglieder übertragen.³⁹

Dem ist auch für die Mitwirkung ausgeschiedener Aufsichtsratsmitglieder an Aufsichtsratsbeschlüssen zuzustimmen. § 109 Abs. 1 Satz 1 AktG als bloße Ordnungs- und Sollvorschrift kann eine Nichtigkeit (oder Anfechtbarkeit) des gefassten Beschlusses nicht rechtfertigen. Zwar können vermeintliche Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen der Beschlussfassung allein durch ihre Teilnahme an der Beschlussfassung potentiell einen größeren Einfluss ausüben als sonstige unbefugte Teilnehmer, gegen die sich die Bestimmung in erster Linie wendet. Es wäre jedoch dem im Beschlussmängelrecht besonders bedeutsamen Grundsatz der Rechtssicherheit abträglich, würde man auf den Grad der unbefugten Einflussnahme abstellen.⁴⁰ Zudem missbilligt das Gesetz nicht generell die Einflussnahme Dritter; vielmehr wird diese in bestimmten Fällen als einer sachgerechten Meinungsbildung dienlich angesehen (vgl. §§ 109 Abs. 1 und Abs. 3, 171 Abs. 1 Satz 2 AktG).

Aufsichtsratsbeschlüsse sind also wirksam, wenn der Aufsichtsrat auch ohne die Mitwirkung ausgeschiedener Mitglieder beschlussfähig war und die erforderliche Mehrheit für den beantragten Beschluss auch ohne deren (unbeachtliche) Stimmen erreicht wurde.

bb) Beschlussergebnis, Mehrheit

Es verbleibt jedoch die Frage, wie das Beschlussergebnis zu beurteilen ist, wenn ohne die unbeachtlichen Stimmen der ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieder der beantragte Beschluss die erforderliche Mehrheit gerade nicht erreicht? Der

³⁰ S. die folgenden Ausführungen bei Fn. 38.

³¹ Ausführliche Darstellungen bei Baums, ZGR 1983, 300, 305 ff.; Lemke, Aufsichtsratsbeschluss, S. 94 ff.; Mertens in Kölner Komm. AktG, § 108 Rdnr. 68 ff.

³² BGHZ 122, 342, 347 f. = NJW 1993, 2307, 2308; BGHZ 124, 111, 115 f. = NJW 1994, 520, 523; s. a. BGHZ 135, 244, 247 = NJW 1997, 1926. Dem BGH folgt z. B. Hüffer, AktG, § 108 Rdnr. 19.

³³ Einzelheiten bei Henze, Aktienrecht, 5. Aufl. [2002], Rdnr. 760 ff.

³⁴ Ebenso Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, § 31 Rdnr. 97; Mertens in Kölner Komm. AktG, § 108 Rdnr. 82.

³⁵ Vielfach wird im Rahmen der Prüfung, ob ein gravierender Regelverstoß vorliegt, auf den Rechtscharakter – genauer gesagt: den Schutzzweck der verletzten Verfahrensnorm – abgestellt; vgl. Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, § 31 Rdnr. 98 m. w. N.

³⁶ Vgl. die Aufstellungen bei den in Fn. 31 Genannten.

³⁷ Siehe die Nachweise in Fn. 39.

³⁸ BGHZ 47, 341, 345 f. = NJW 1967, 1711, 1712 f., unter ausdrücklicher Aufgabe von BGHZ 12, 327, 330 ff. = NJW 1954, 797.

³⁹ AnwK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 101 Rdnr. 24; Geßler in Geßler, AktG, § 101 Rdnr. 126; Hüffer, AktG, § 101 Rdnr. 17; ders. in Geßler, AktG, § 250 Rdnr. 31; MünchKommAktG/ders., § 250 Rdnr. 20; Lemke, Aufsichtsratsbeschluss, S. 140 ff.; Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 30 ff.; Mertens in Kölner Komm. AktG, § 101 Rdnr. 96 und § 108 Rdnr. 76; K. Schmidt in Großkomm. AktG, § 250 Rdnr. 31; Münch. Hdb. GesR IV/Semler, § 41 Rdnr. 113; skeptisch allerdings Nirk in Hdb. AG, Teil I Rdnr. 876 mit dem Hinweis, dass eine Beeinflussung durch vermeintliche Aufsichtsratsmitglieder vergleichsweise bedenklicher erscheine. A. A. AnwK-AktienR/Heidel, AktG, § 250 Rdnr. 10, wonach nie ausgeschlossen werden könne, dass die bloße Teilnahme des nichtig bestellten Aufsichtsratsmitglieds das Abstimmungsergebnis beeinflusst hat (potentielle Kausalität bzw. Relevanz nach Hauptversammlungsgrundsätzen).

⁴⁰ Darauf weist der BGH in seiner Entscheidung zu Recht hin (s. Fn. 38).

Beschluss kann in diesem Fall entweder nichtig,⁴¹ anfechtbar⁴² oder sogar wirksam, aber mit dem umgekehrten Ergebnis zustande gekommen sein.⁴³

Beispiel:

Ein neunköpfiger Aufsichtsrat, dem keine Arbeitnehmervertreter angehören, soll über die Erteilung der satzungsgemäß erforderlichen Zustimmung⁴⁴ zu einer vom Vorstand geplanten Geschäftsführungsmaßnahme beschließen. Mangels abweichender Satzungsregelung ist die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreichend. Dem Aufsichtsrat gehören drei (unbemerkt) bereits ausgeschiedene Mitglieder an. Der Abstimmungsantrag lautet auf Erteilung der Zustimmung. Alle Mitglieder (auch die ausgeschiedenen) nehmen an der Beschlussfassung teil.

Variante a): Fünf Mitglieder (darunter alle drei ausgeschiedenen) stimmen für den Antrag, vier dagegen.

Variante b): Fünf Mitglieder (darunter alle drei ausgeschiedenen) stimmen gegen den Antrag, vier dafür.

Ohne Berücksichtigung der unbeachtlichen Stimmen ist das tatsächliche Beschlussresultat in der Variante a) zwei Ja- gegen vier Nein-Stimmen. Der Antrag wäre demnach abgelehnt worden. Im Ergebnis besteht in dieser Konstellation also kaum ein Unterschied, ob man das vermeintliche Beschlussergebnis als nichtig oder den Beschlussantrag als abgelehnt ansieht: In jedem Fall ist der Beschluss über die Erteilung der Zustimmung nicht zustande gekommen (anderes ergibt sich allerdings, wenn man den Beschluss mit dem vermeintlichen Ergebnis – Annahme des Beschlussantrags – als lediglich anfechtbar ansieht).

In der Variante b) ist der Beschlussantrag bei richtiger Zählung in Wirklichkeit angenommen worden. Hier besteht ein erheblicher Unterschied, ob man den Beschluss für nichtig erachtet oder auf das wahre Beschlussergebnis (Annahme des Beschlussantrags) abstellt. Letzteres ist entweder ohne weiteres maßgebend, d. h. ohne vorherige fristgemäße Anfechtung des vermeintlichen Beschlussergebnisses, und kann mit der positiven Feststellungsklage geltend gemacht werden oder wird erst nach erfolgreicher Anfechtung des zunächst gültigen vermeintlichen Beschlussergebnisses relevant, wobei die Anfechtungsklage mit der positiven Feststellungsklage verbunden werden kann.

Richtigerweise kommt es darauf an, mit welchem Inhalt der Sitzungsleiter den Beschluss festgestellt hat.⁴⁵ Allerdings sieht das Gesetz – anders als beim Hauptversammlungsbeschluss (§ 130 Abs. 2 AktG) – für den Aufsichtsrat keine förmliche Beschlussfeststellung und deren Wiedergabe in der Versammlungsniederschrift vor. Demgemäß ist umstritten, ob einer Beschlussfeststellung wie bei der Hauptversammlung konstitutive Wirkung zukommt.⁴⁶ Darüber braucht an dieser Stelle aber nicht entschieden zu werden. Unabhängig davon,

ob die Beschlussfeststellung konstitutiv ist – sie ist jedenfalls maßgeblich. Denn schon aus Gründen der Rechtssicherheit verbietet es sich, von einem Beschlussergebnis auszugehen, dessen Inhalt der Feststellung des Sitzungsleiters widerspricht. Die Beschlussfeststellung ist spätestens in der Unterzeichnung der gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 AktG vorgeschriebenen Niederschrift zu sehen.⁴⁷

Die Annahme eines umgekehrten Abstimmungsergebnisses kommt daher überhaupt nur noch dort in Betracht, wo eine solche Niederschrift nicht erstellt wird bzw. werden muss und der Sitzungsleiter auch sonst auf eine Beschlussfeststellung verzichtet.

Hat der Sitzungsleiter somit den Beschlussinhalt förmlich festgestellt, ist das festgestellte Ergebnis maßgebend. Es verbleiben daher nur noch die Alternativen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Beschlusses. Bei der bloßen Anfechtbarkeit würde der Beschluss (bis zur Rechtskraft eines etwaigen Anfechtungsurteils) mit dem vom Sitzungsleiter festgestellten Inhalt gelten. Dieses Ergebnis überzeugt jedoch nicht. *Lowe* hat insoweit den Wertungswiderspruch offen gelegt, dass – folgt man der Anfechtungslösung – die zur Beschlussunfähigkeit führende Abwesenheit von Aufsichtsratsmitgliedern eine stärkere Wirkung entfalten würde als ihre ausdrückliche Stimmabgabe.⁴⁸

Fazit: Wird das Beschlussergebnis vom Sitzungsleiter mit seinem vermeintlichen Inhalt (also unter Berücksichtigung der unbeachtlichen Stimmabgaben ausgeschiedener Mitglieder) festgestellt, ist der Beschluss nichtig. Solange der Sitzungsleiter das Beschlussergebnis jedoch nicht feststellt, ist der Beschluss mit seinem tatsächlichen Abstimmungsergebnis maßgebend und gültig.⁴⁹ Dies gibt dem Sitzungsleiter die Möglichkeit, das materiell-rechtlich zutreffende Beschlussergebnis förmlich festzustellen, wenn nachträglich bemerkt wird, dass die Amtszeit teilnehmender Aufsichtsratsmitglieder im Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits geendet hatte und deren Stimmen nicht zu berücksichtigen sind. Nichtig wird der Beschluss somit erst, wenn und sobald der Sitzungsleiter das vermeintliche Beschlussergebnis feststellt und hierbei die unbeachtlichen Stimmen fälschlicherweise berücksichtigt.

cc) Pseudovorsitzender

Ein weiterer Nichtigkeitsgrund kommt in Betracht, wenn der vermeintliche Aufsichtsratsvorsitzende in Wirklichkeit dieses Amt nicht mehr innehat; sei es, weil er bereits als Aufsichtsratsmitglied ausgeschieden ist, sei es, weil seine Wahl zum Vorsitzenden per Beschluss (§ 107 Abs. 1 Satz 1 AktG) gemäß den obigen Erkenntnissen nichtig war. In beiden Fällen stehen dem (nur vermeintlichen) Vorsitzenden nicht die Befugnisse zu, die ihm das Gesetz, die Satzung oder eine etwaige Geschäftsordnung des Aufsichtsrats verleihen.⁵⁰ Dazu gehören vor allem die Vorbereitung von Aufsichtsratssitzungen (namentlich die Einberufung) und deren Leitung.

Die h. M. geht daher davon aus, dass Beschlüsse nichtig sind, die in einer von einem Nichtbefugten einberufenen Aufsichts-

⁴¹ So die h. M.; BGHZ 47, 341, 346 = NJW 1967, 1711, 1713; *Geßler* in *Geßler*, AktG, § 101 Rdnr. 126; *Hüffer* in *Geßler*, AktG, § 250 Rdnr. 31; MünchKommAktG/ders., § 250 Rdnr. 20.

⁴² *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 145; *Baums*, ZGR 1983, 300, 319 ff.

⁴³ *Lowe*, Aufsichtsratsmitglieder, S. 32 f., unter Verweis auf die grundlegende Untersuchung von *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 359 ff.; sog. Lehre von der Umkehrung des Beschlussergebnisses. Das richtige Ergebnis ist ggf. mit der positiven Beschlussfeststellungsklage geltend zu machen.

⁴⁴ Siehe § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG in der Fassung des TransPuG und Nr. 3.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex.

⁴⁵ Ebenso *Mertens* in *Kölner Komm. AktG*, § 108 Rdnr. 75; vgl. auch die grundlegenden Betrachtungen von *Zöllner*, a. a. O., S. 363, 405 ff.

⁴⁶ Konstitutiv in dem Sinne, dass der Beschluss mit dem festgestellten Inhalt gültig, jedoch anfechtbar ist; dafür *Axhausen*, Anfechtbarkeit aktienrechtlicher Aufsichtsratsbeschlüsse, 1986, S. 202; *Baums*,

ZGR 1983, 300, 321 f.; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 144 f.; OLG Hamburg, ZIP 1992, 1310, 1313. Dagegen *AnwK-AktienR/Breuer/Fraune*, AktG, § 108 Rdnr. 24; *Geßler* in *Geßler*, AktG, 4. Lfg. [1973], § 107 Rdnr. 52; *Hüffer*, AktG, § 108 Rdnr. 18; *Stadler/Pelzer*, NZG 2003, 49, 51.

⁴⁷ *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 145.

⁴⁸ *Lowe*, Aufsichtsratsmitglieder, S. 34 f.

⁴⁹ Ebenso *Mertens* in *Kölner Komm. AktG*, § 108 Rdnr. 75.

⁵⁰ *Lowe*, Aufsichtsratsmitglieder, S. 55 ff.; a. A. allerdings für die Nichtigkeit der Wahl eines tatsächlichen (also nicht nur vermeintlichen) Aufsichtsratsmitglieds zum Vorsitzenden *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 129 m. w. N. (faktische Organstellung).

ratssitzung gefasst werden.⁵¹ Nehmen hingegen alle Aufsichtsratsmitglieder an der Beschlussfassung teil, ohne dieser im Hinblick auf die fehlende Einberufung zu widersprechen, ist trotz mangelnder Einberufung bereits analog § 121 Abs. 6 AktG eine wirksame Beschlussfassung möglich.⁵² M. E. gilt dies auch für den Regelfall, dass der Einberufungsmangel nicht erkannt wird (die Aufsichtsratsmitglieder also von einer ordnungsgemäßen Ladung ausgehen), da er sich auch dann nicht auf das Beschlussergebnis auswirken kann.

Im Rahmen der Leitung der Aufsichtsratssitzungen hat ein Pseudovorsitzender auch nicht die Befugnis, Beschlussergebnisse förmlich festzustellen. Da die förmliche Beschlussfeststellung aber kein Wirksamkeitserfordernis des Aufsichtsratsbeschlusses ist, ergeben sich keine Nachteile für die AG, wenn der Beschlussfeststellung durch einen Pseudovorsitzenden die Wirksamkeit abgesprochen wird – eher im Gegenteil, da infolgedessen, wie oben gezeigt, das materiell-rechtlich zutreffende Beschlussergebnis maßgeblich wird.

dd) Ausschüsse

Die obigen Ausführungen gelten sinngemäß auch für die Beschlussfassung in Ausschüssen.⁵³ Insoweit ist ferner die Besonderheit zu beachten, dass bereits der Delegationsakt (der Beschluss des Gesamtaufichtsrats, mit dem der betreffende Ausschuss gebildet und besetzt wird) wegen der Mitwirkung ausgeschiedener Aufsichtsratsmitglieder nichtig sein kann. In diesem Fall sind alle durch den Ausschuss gefassten Beschlüsse nichtig,⁵⁴ ohne dass es auf die obigen Grundsätze zur Beschlussfähigkeit und der Teilnahme ausgeschiedener Aufsichtsratsmitglieder ankommt.

3. Auswirkungen auf Folgemaßnahmen; Beschlussvollzug

Ist ein Aufsichtsratsbeschluss nichtig, stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit von dessen Vollzug. Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf Aufsichtsratsmaßnahmen, die auf die Herbeiführung eines Rechtserfolgs gerichtet sind; Aktivitäten im Bereich des Tatsächlichen (wie Kontroll- und Beratungstätigkeiten) werden nur behandelt, soweit es um rechtliche Konsequenzen geht.

a) Bestellung von Vorstandsmitgliedern (§ 84 Abs. 1 Satz 1 AktG) und Anstellungsvertrag

Nach der h. M.⁵⁵ ist selbst im Falle eines nichtigen Bestellungsbeschlusses von einer vorläufig wirksamen Organstellung des Vorstandsmitglieds nach den Grundsätzen des in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnisses auszugehen. Entsprechendes soll für den Anstellungsvertrag des Vorstandes

(einschließlich Vergütungsanspruch) gelten (§ 84 Abs. 1 Satz 5 AktG).⁵⁶ Jedenfalls wirkt sich die nichtige Bestellung im Rahmen von Vertretungsgeschäften des Vorstands mit Dritten in der Praxis wegen § 15 Abs. 3 HGB kaum aus; außenstehende Vertragspartner werden demnach geschützt, sobald das Vorstandsmitglied im Handelsregister eingetragen und die Eintragung bekannt gemacht worden ist.⁵⁷

Selbst wenn man der h. M. nicht folgen wollte, ergäben sich daraus also allenfalls Konsequenzen für Willenserklärungen mit Außenwirkung, die vor Eintragung des betreffenden Vorstandsmitglieds im Handelsregister und deren Bekanntmachung abgegeben werden, sowie für die innergesellschaftlichen Tätigkeitsfelder des Vorstands. Was das Handeln des nichtig bestellten Vorstandsmitglieds nach außen vor seiner Registereintragung und deren Bekanntmachung anbelangt, würden Dritte oftmals ohnehin nach allgemeinen Rechtsscheinsregeln geschützt werden, etwa wenn das Vorstandsmitglied auf dem Briefkopf der Gesellschaft aufgeführt wird. Für die gesellschaftsinternen Aufgaben des Vorstands gewähren Bestimmungen wie z. B. § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG, wonach auch ein nichtig bestellter, aber im Handelsregister eingetragener Vorstand zur Einberufung der Hauptversammlung befugt ist, einen dem § 15 Abs. 3 HGB gleichzusetzenden Bestandsschutz.

Fazit: Bei der Vorstandsbestellung wirkt sich die Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses praktisch nicht aus. Der Vorstand und damit auch die Gesellschaft bleibt (vorläufig bis zum Eintritt eines Beendigungstatbestandes des Organverhältnisses) handlungsfähig.

b) Widerruf der Bestellung von Vorstandsmitgliedern (§ 84 Abs. 3 Satz 1 AktG) und Beendigung des Anstellungsverhältnisses

Anders stellt sich der nichtige Widerrufsbeschluss dar. Hier geht es nicht um den Schutz des Rechtsverkehrs, sondern – wenn das Vorstandsmitglied mit seiner Abberufung nicht einverstanden ist – um einen innergesellschaftlichen Interessenkonflikt. Eine Einschränkung der Nichtigkeit des Widerrufs der Vorstandsbestellung ist insoweit nicht erforderlich und auch nicht ersichtlich⁵⁸ – sie ergibt sich insbesondere nicht aus der Bestimmung des § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG (Widerruf ist wirksam, bis seine Unwirksamkeit gerichtlich festgestellt ist), da sich diese ungeachtet des zu weit geratenen Wortlauts nur auf die Unwirksamkeit infolge des Fehlens eines wichtigen Grundes bezieht.⁵⁹ Gleiches gilt für die nichtige Kündigung des Anstellungsverhältnisses.⁶⁰

⁵¹ AnWK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 108 Rdnr. 23; Hoffmann/Preu, Der Aufsichtsrat, Rdnr. 602; Geßler in Geßler, AktG, § 108 Rdnr. 70; Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, § 31 Rdnr. 99; Lemke, Aufsichtsratsbeschluss, S. 129; Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, 3. Aufl. [1973], § 108 Anm. 7.

⁵² Lemke, Aufsichtsratsbeschluss, S. 130; Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 56; vgl. auch Mertens in Kölner Komm. AktG, § 108 Rdnr. 78.

⁵³ Vgl. Hoffmann/Preu, Der Aufsichtsrat, Rdnr. 611, wonach die Wirksamkeit von Ausschussbeschlüssen nach den Regeln für Beschlüsse des Gesamtaufichtsrats zu beurteilen ist (s. auch Fn. 28 zur Beschlussfähigkeit von Ausschüssen).

⁵⁴ Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 58.

⁵⁵ Hüffer, AktG, § 84 Rdnr. 10; Mertens in Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. [1996], § 84 Rdnr. 29 f.; Nirk in Hdb. AG, 37. Lfg. [2003], Teil I Rdnr. 676; AnWK-AktienR/Oltmanns/Unger, AktG, § 84 Rdnr. 9; Stein, Das faktische Organ, S. 100 ff., 119 ff.; Münch. Hdb. GesR IV/Wiesner, § 20 Rdnr. 35 f.

⁵⁶ Hüffer, § 84 Rdnr. 19; Mertens in Kölner Komm. AktG, § 84 Rdnr. 52 ff.; Nirk in Hdb. AG, 25. Lfg. [1995], Teil I Rdnr. 676; AnWK-AktienR/Oltmanns/Unger, AktG, § 84 Rdnr. 15; Münch. Hdb. GesR IV/Wiesner, § 21 Rdnr. 26; i. Erg. ebenso, allerdings mit abweichender Begründung Hefermehl in Geßler, AktG, 2. Lfg. [1973], § 84 Rdnr. 134; vgl. auch BGHZ 41, 282, 291 = NJW 1964, 1367; BGHZ 65, 190, 195 = NJW 1976, 145, 146; BGH, NJW 1998, 3567, rechte Spalte (GmbH); BGH, NJW 2000, 2983 ff. (GmbH); kritisch zu dieser BGH-Rechtsprechung, ihr aber im Ergebnis weitgehend zustimmend Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 47 ff.

⁵⁷ Ausführlich Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 38 ff.; Hefermehl in Geßler, AktG, § 84 Rdnr. 129 ff.; MünchKommAktG/Hüffer, § 250 Rdnr. 20. Gegen Notwendigkeit des Rückgriffs auf § 15 HGB oder allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze allerdings Münch. Hdb. GesR IV/Wiesner, § 20 Rdnr. 35 f.

⁵⁸ Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 45.

⁵⁹ Statt aller Hüffer, AktG, § 84 Rdnr. 31.

⁶⁰ Der Widerruf der korporationsrechtlichen Vorstandsbestellung berührt das schuldrechtliche Anstellungsverhältnis nicht, insoweit bedarf es eines eigenen Beendigungstatbestandes (§ 84 Abs. 3 Satz 5 AktG); s. im Einzelnen Hüffer, AktG, § 84 Rdnr. 38.

c) Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern (§ 112 AktG)

Gemäß § 112 AktG vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern (auch ausgeschiedenen⁶¹) gerichtlich wie außergerichtlich. Zuständig für die Vertretung ist im Rahmen der *Aktivvertretung* der Gesamtaufichtsrat, soweit die Aufgabe nicht im Rahmen des § 107 Abs. 3 AktG einem Ausschuss überwiesen wurde. Der Aufsichtsrat entscheidet durch Beschluss, der durch den Aufsichtsratsvorsitzenden oder durch einen Aufsichtsratsausschuss als Erklärungsvertreter nach außen vollzogen werden kann.⁶² Anders ist es bei der *Passivvertretung* – dort reicht die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied aus (entsprechend § 78 Abs. 2 Satz 2 AktG).⁶³

Noch nicht abschließend geklärt ist, welche Rechtsfolge ein Verstoß gegen § 112 AktG hat. Insoweit ist zwischen der rechtsgeschäftlichen und der prozessualen Vertretung zu differenzieren.

aa) Gerichtliche Vertretung

Letztere halten der BGH⁶⁴ und die Literatur⁶⁵ für unwirksam, wobei der Aufsichtsrat jedoch in den bislang von einem unzuständigen Organ geführten Prozess eintreten und erfolgte Prozesshandlungen genehmigen könne. Gegenstand der beschriebenen Rechtsprechung waren allerdings stets Prozesse, in denen die AG durch den (unzuständigen) Vorstand vertreten wurde. Es fragt sich daher, ob auch eine Genehmigung der Prozessführung, die auf einem nichtigen Aufsichtsratsbeschluss beruht, durch einen neuen wirksam gefassten Beschluss möglich ist.

Vor allem in Aktivprozessen besteht kein Anlass, dem „neuen“ Aufsichtsrat die Möglichkeit zu verweigern, die bisherige Prozessführung zu genehmigen. Alles andere liefe auf den Zwang zu einer erneuten Klageerhebung hinaus – ein offensichtlich entbehrlicher Umweg!

bb) Außergerichtliche Vertretung

Im Falle der außergerichtlichen Vertretung geht die wohl (noch) überwiegende Ansicht⁶⁶ davon aus, dass Rechtsgeschäfte gemäß § 134 BGB unheilbar nichtig sind, die unter Verstoß gegen § 112 AktG abgeschlossen wurden, während andere⁶⁷ solche Geschäfte gemäß § 177 BGB für schwebend unwirksam halten, mit der Folge, dass der Aufsichtsrat sie genehmigen kann. Der BGH hat die Frage ausdrücklich offen gelassen.⁶⁸

§ 112 AktG regelt die gesetzliche *Vertretung* der AG in einem Sonderfall; wird gegen die Vorschrift verstoßen, fehlt dem Handelnden die Vertretungsmacht. Einschlägig ist daher nicht § 134 BGB, sondern die speziellen Bestimmungen der §§ 177 ff. BGB. Dieses Ergebnis ist nicht nur dogmatisch stringent, sondern auch sachgerecht: Das für die Vertretung zuständige Organ Aufsichtsrat kann entscheiden, ob es bestimmte (schwebend unwirksame) Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lässt oder nicht. Die Gesellschaft ist dadurch hinreichend geschützt, dass der Aufsichtsrat ohne weiteres die Genehmigung versagen kann. Der Vorstand, demgegenüber das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde, kann durch eine Aufforderung gemäß § 177 Abs. 2 BGB Klarheit erlangen. Für einseitige Rechtsgeschäfte gilt § 180 Satz 3 BGB.

Der „neue“ Aufsichtsrat muss sich also der Entscheidung über die Nachgenehmigung stellen. Die Bedenken der Gegenauffassung,⁶⁹ wonach sich der Aufsichtsrat bei Anwendung des allgemeinen Vertretungsrechts seiner zwingenden gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeit entziehen könnte, sind daher nicht gerechtfertigt. Mit Erklärung der Genehmigung gegenüber dem Vorstand wird das Rechtsgeschäft gemäß § 177 Abs. 1 BGB wirksam. Es ist nicht einsichtig, warum der „neue“ Aufsichtsrat gezwungen werden sollte, einen vom „alten“ Aufsichtsrat eingegangenen Vertrag nochmals abzuschließen, nicht zuletzt im Hinblick auf die sonst unvermeidliche Verdoppelung etwaiger Transaktionskosten.

Ob die Mitglieder des „alten“ Aufsichtsrats⁷⁰ dem Vorstandsmitglied jeweils als falsus procurator auf Schadensersatz oder Erfüllung gemäß § 179 BGB haften, hängt vor allem davon ab, welche Anforderungen man an die gemäß § 179 Abs. 3 BGB haftungsausschließende fahrlässige Unkenntnis des betroffenen Vorstandsmitglieds vom Ausscheiden der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder stellt. Bei Vertretungsgeschäften, die nach Veröffentlichung des besprochenen BGH-Urteils vorgenommen wurden, wird man eine solche bejahen müssen, da von einem Vorstandsmitglied erwartet werden kann, dass er die relevante aktuelle Rechtsentwicklung verfolgt bzw. insoweit fachkundige Beratung vorhält. In jedem Fall werden sich die haftenden Aufsichtsratsmitglieder auf das Haftungsprivileg des § 179 Abs. 2 BGB berufen können, da ihnen regelmäßig der aus dem Ausscheiden einzelner oder aller Mitglieder resultierende Vertretungsmangel bei Vertragsschluss nicht bewusst gewesen sein wird.

d) Kreditverträge

Besonderheiten gelten angesichts der Gemengelage von §§ 89 Abs. 1 und 5, 112 AktG möglicherweise für Kreditverträge mit Vorstandsmitgliedern. Insoweit ordnet § 89 Abs. 1 Satz 1 AktG an, dass ein solcher Kredit nur aufgrund eines Aufsichtsratsbeschlusses gewährt werden darf (Ausnahme gemäß § 89 Abs. 1 Satz 5 AktG: Die Kreditvaluta übersteigen nicht den Betrag eines Monatsgehalts). Isoliert betrachtet, lässt ein Verstoß gegen § 89 Abs. 1 AktG die Wirksamkeit des Kreditverhältnisses unberührt und führt lediglich gemäß § 89 Abs. 5 AktG zur sofortigen Fälligkeit der Kreditvaluta. Das Verhältnis von § 112 AktG und § 89 Abs. 1 Satz 1 AktG und damit auch der Anwendungsbereich der Fehlerfolgenregelung des § 89 Abs. 5 AktG ist allerdings noch nicht hinreichend ge-

⁶¹ Zum persönlichen Anwendungsbereich des § 112 AktG s. nur Hüffer, AktG, § 112 Rdnr. 2; Mertens in Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. [1996], § 112 Rdnr. 8 ff.

⁶² Hüffer, AktG, § 112 Rdnr. 4 f.

⁶³ Zum Ganzen AnwK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 112 Rdnr. 4 ff.; Hüffer, AktG, § 112 Rdnr. 3 ff.

⁶⁴ NJW 1987, 254; 1989, 2055; BGHZ 130, 108, 111 f. = NJW 1995, 2559 f. (eG); NJW 1997, 318 rechte Spalte (eG); 1998, 384 f.

⁶⁵ AnwK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 112 Rdnr. 9; Hüffer, AktG, § 113 Rdnr. 7.

⁶⁶ OLG Hamburg, ZIP 1986, 1249, 1251; OLG Stuttgart, AG 1993, 85, 86; Hefermehl in Geßler, AktG, 2. Lfg. [1973], § 78 Rdnr. 87; Mertens in Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. [1996], § 78 Rdnr. 20 und § 112 Rdnr. 5 m. w. N.; Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, 3. Aufl. [1973], § 100 Anm. 9 und § 112 Anm. 1.

⁶⁷ OLG Karlsruhe, AG 1996, 224, 225 f.; OLG Celle, MittBayNot 2002, 410 f.; AnwK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 112 Rdnr. 8; Staudinger/Sack, BGB, 13. Aufl. [1996], § 134 Rdnr. 33 m. w. N.; Werner, ZGR 1989, 369, 392 ff.; Münch. Hdb. GesR IV/Wiesner, § 22 Rdnr. 8.

⁶⁸ WM 1993, 1630, 1631.

⁶⁹ Ausführlich Mertens in Kölner Komm. AktG, § 78 Rdnr. 20 und § 112 Rdnr. 5.

⁷⁰ Die Haftung beschränkt sich m. E. ohnehin auf diejenigen Mitglieder, die (ob wirksam oder nicht, ist unerheblich) für die Vornahme des Geschäfts gestimmt haben und/oder am Beschlussvortrag gegenüber dem Vorstandsmitglied mitgewirkt haben.

klärt. Einigkeit besteht darin, dass beide Bestimmungen unabhängig voneinander anwendbar sind und sich ihre Anwendungsbereiche lediglich überlappen,⁷¹ der Aufsichtsrat letztlich also zwei Entscheidungen treffen muss: zum einen über die Gewährung des Kredits und dessen Konditionen (§ 89 Abs. 1 AktG) und zum anderen über den Abschluss des Kreditvertrags (Vornahme des Vertretergeschäfts, § 112 AktG).⁷² In der Praxis erfolgen beide Entscheidungen in einem einheitlichen Beschluss; ist der Beschluss nichtig, liegt folglich sowohl ein Verstoß gegen § 89 Abs. 1 AktG als auch gegen § 112 AktG vor.

Umstritten ist daher die Verstoßfolge, namentlich inwieweit § 89 Abs. 5 AktG Anwendung findet. Nach der überwiegenden Ansicht setzt sich der gleichzeitig gegebene Verstoß gegen § 112 AktG durch und führt zur Nichtigkeit des Kreditvertrags mit der Folge, dass dieser nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln ist und § 89 Abs. 5 AktG verdrängt wird.⁷³ Als Anwendungsbereich des § 89 Abs. 5 AktG verblieben demnach im Bereich des Vorstandskredits nur Verstöße gegen die *inhaltlichen* Beschlussanforderungen im Sinne des § 89 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 AktG bzw. der Ausnahmefall des § 89 Abs. 1 Satz 5 AktG. Nach anderer Ansicht enthält § 89 Abs. 5 AktG eine vorrangige Fehlerfolgenbestimmung, die auch den (gleichzeitigen) Verstoß gegen § 112 AktG erfasse.⁷⁴

Der letztgenannten Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen, in der Begründung allerdings nicht. Eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht, wie sie die erstgenannte Ansicht annimmt, führt zu einem erheblichen Wertungswiderspruch: Dem Vorstand würde im Falle der Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses regelmäßig das Privileg des Entreicherungs Einwands gemäß § 818 Abs. 3 BGB zugute kommen, während im Falle eines wirksamen Aufsichtsratsbeschlusses, der lediglich nicht allen Vorgaben des § 89 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 AktG entspricht, die schärfere Sanktion des § 89 Abs. 5 AktG (Haf tung ohne Entreicherungs einwand) eingreifen würde.

Dieser Wertungswiderspruch lässt sich bereits nach den oben zur rechtsgeschäftlichen Vertretung im Rahmen des § 112 AktG entwickelten Grundsätzen vermeiden. Es bedarf keines Anwendungsvorrangs des § 89 Abs. 5 AktG, der dem Gesetz nirgends zu entnehmen ist. Richtigerweise ist das Kreditverhältnis – wie oben gezeigt – nur schwebend unwirksam. Der „neue“ Aufsichtsrat kann den Kreditvertrag durch neuen Beschluss genehmigen. Er kann dabei die Genehmigung nur auf den Abschluss des Kreditvertrags gemäß § 112 AktG beschränken, die Zustimmung zur Kreditgewährung gemäß § 89 Abs. 5 AktG hingegen verweigern, um so zu verhindern, dass sich das Vorstandsmitglied auf den Entreicherungs einwand berufen kann.

e) Prüfungsauftrag für Jahres- und Konzernabschluss (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG)

Die durch das KonTraG zur Unterstreichung der Hilfsfunktion des Prüfers im Rahmen der Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrats eingeführte Vorschrift des § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG

hängt systematisch eng mit der Vertretungsregelung des § 112 AktG zusammen.⁷⁵ Der Prüfungsauftrag ist zu unterscheiden von der (zeitlich vorangehenden) Bestellung des Prüfers, für welche die Hauptversammlung zuständig ist (§ 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG bzw. § 318 Abs. 1 Satz 1 HGB). Entsprechend den Ausführungen zur Vertretungstätigkeit des Aufsichtsrats im Rahmen des § 112 AktG ist der mit dem Prüfer abgeschlossene Geschäftsbesorgungsdienstvertrag (§ 675 BGB) schwebend unwirksam, falls der Aufsichtsratsbeschluss über den Prüfungsauftrag wegen der Mitwirkung ausgeschiedener Aufsichtsratsmitglieder nichtig sein sollte; der „neue“ Aufsichtsrat kann den Vertrag nachgenehmigen. Selbst wenn die Genehmigung endgültig verweigert wird, lässt die Nichtigkeit des Auftragsverhältnisses die Bestellung des Prüfers durch die Hauptversammlung unberührt; der vom Prüfer testierte Jahresabschluss bleibt ebenfalls wirksam (keine Nichtigkeit gemäß § 256 Abs. 1 Nr. 3 AktG).⁷⁶

f) Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern (§§ 114 f. AktG)

Bei dem entsprechenden Vertragsschluss handelt das betroffene Aufsichtsratsmitglied im eigenen Namen; die AG wird durch den Vorstand vertreten (§ 78 AktG). Ist der gemäß § 114 Abs. 1 AktG erforderliche Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats nichtig, so ist das betroffene Aufsichtsratsmitglied gem. § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG zur Rückgewähr der empfangenen Vergütung verpflichtet, es sei denn, der „neue“ Aufsichtsrat genehmigt den Vertrag durch wirksamen Beschluss. Im Rahmen von Kreditverträgen gilt § 115 Abs. 4 AktG, wonach die Kreditvaluta sofort fällig sind, wenn der „neue“ Aufsichtsrat den Kreditvertrag nicht genehmigt.

g) Mitwirkung bei der Feststellung des Jahresabschlusses (§ 172 Satz 1 AktG)

Gemäß § 256 Abs. 2 AktG ist der von Vorstand und Aufsichtsrat festgestellte Jahresabschluss nichtig, wenn der Aufsichtsrat bei seiner Feststellung „nicht ordnungsgemäß mitgewirkt hat“. Abzugrenzen ist dieser spezielle Nichtigkeitsgrund von dem völligen Fehlen der Feststellung des Jahresabschlusses. § 256 Abs. 2 AktG und damit auch die Heilungsmöglichkeit gemäß § 256 Abs. 6 AktG betreffen nämlich nur den Fall, dass das Verfahren der Feststellung an Mängeln leidet. Fehlt hingegen bereits das korporationsrechtliche Feststellungsgeschäft an sich, liegt ein (nicht heilbares) „rechtliches Nullum“ vor.⁷⁷ Nach einhelliger Ansicht ist der nichtige Beschluss eines beschlussunfähigen Aufsichtsrats dem Anwendungsbereich des § 256 Abs. 2 AktG zuzuordnen. Der Jahresabschluss ist in diesem Fall also nichtig, jedoch im Rahmen des § 256 Abs. 6 AktG heilbar.⁷⁸ Die Nichtigkeit kann also nicht mehr geltend gemacht werden, wenn seit der Bekanntmachung des Jahresabschlusses gemäß § 325 HGB mehr als sechs Monate verstrichen sind (§ 256 Abs. 6 Satz 1 AktG).

⁷¹ Vgl. AnwK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 89 Rdnr. 1, 5; Hüffer, AktG, § 89 Rdnr. 4; Werner, ZGR 1989, 369, 393 ff.

⁷² Siehe Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 49, der hierzu feststellt, dass der Aufsichtsrat bei der Kreditgewährung an Vorstände „in zweifacher Form tätig“ wird.

⁷³ Hefermehl in Geßler, AktG, 2. Lfg. [1973], § 89 Rdnr. 43; Mertens in Kölner Komm. AktG, § 89 Rdnr. 19; Münch. Hdb. GesR IV/Wiesner, § 21 Rdnr. 91.

⁷⁴ Werner, ZGR 1989, 369, 394 f.; ähnlich Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 50.

⁷⁵ AnwK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 111 Rdnr. 20; Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 12 a.

⁷⁶ AnwK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 111 Rdnr. 21; Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 12 c und § 256 Rdnr. 13.

⁷⁷ Clausen in Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. [1991], § 172 Rdnr. 15 m. w. N.; MünchKommAktG/Hüffer, § 256 Rdnr. 35; ders., AktG, § 256 Rdnr. 16; ders. in Geßler, AktG, 9. Lfg. [1984], § 256 Rdnr. 70.

⁷⁸ AnwK-AktienR/Heidel, AktG, § 256 Rdnr. 21; MünchKommAktG/Hüffer, § 256 Rdnr. 44; ders., AktG, § 256 Rdnr. 19; ders. in Geßler, AktG, § 256 Rdnr. 61; Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 50; Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 101 Anm. 23; Zöllner in Kölner Komm. AktG, 1. Aufl. [1976], § 256 Rdnr. 83.

h) Überwachungs- und Organisationsaufgaben

aa) Vorstand

Fasst der Aufsichtsrat gemäß § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG einen nichtigen Beschluss über die Aufstellung einer Geschäftsordnung oder die Geschäftsverteilung für den Vorstand, sind diese Regelungswerke ebenfalls nichtig. Die Auswirkungen sind allerdings beschränkt auf den Binnenbereich der AG und daher praktisch gering; zudem kann der „neue“ Aufsichtsrat auch hier heilend tätig werden. Gleiches gilt für Überwachungstätigkeiten, die nicht rein tatsächlicher Natur, sondern auf Herbeiführung eines Rechtserfolgs gerichtet sind (insbesondere die Zustimmung im Rahmen des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Da es sich bei der Zustimmung um ein Internum handelt, lässt ihre Nichtigkeit das vom Vorstand abgeschlossene Rechtsgeschäft unberührt, dieses bleibt also wirksam.⁷⁹ Anders liegen die Dinge bei Rechtsgeschäften, die im Außenverhältnis der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen (z. B. aufgrund eines Gremienvorbehalts). Hier wird oftmals ein Gutgläubenschutz des Geschäftspartners nach Rechtsscheingrundsätzen in Betracht kommen.⁸⁰ Als der AG zurechenbarer objektiver Rechtsscheinatbestand kann in jedem Fall § 106 AktG herangezogen werden.

bb) Hauptversammlung

(1) Beschlussvorschläge (§ 124 Abs. 3 Satz 1 AktG)

Wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats bei der Vorbereitung der Hauptversammlung ist es, in der Bekanntmachung der Tagesordnung zu den einzelnen Tagesordnungspunkten Beschlussvorschläge zu machen. Der Aufsichtsrat beschließt über diese Vorschläge (§ 108 Abs. 1 AktG). Ist der entsprechende Beschluss nichtig, so ist keine ordnungsgemäße Bekanntmachung der Tagesordnung möglich. § 124 Abs. 4 Satz 1 AktG bestimmt für diesen Fall, dass die Hauptversammlung insoweit keine Beschlüsse fassen darf. Andernfalls sind nach h. M. die gefassten Beschlüsse anfechtbar (§ 243 Abs. 1 AktG), wobei die nicht erschienenen Aktionäre auch ohne Widerspruch anfechtungsbefugt sind.⁸¹

(2) Einberufung

Beruft (ausnahmsweise) nicht der Vorstand, sondern der Aufsichtsrat die Hauptversammlung ein (§ 111 Abs. 3 AktG oder § 121 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 AktG), führt die Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses über die Einberufung zur Nichtigkeit der betroffenen Hauptversammlungsbeschlüsse (§ 241 Abs. 1 Nr. 1 AktG).⁸² Ausnahme bleibt die unter Verzicht auf diese Förmlichkeiten abgehaltene Vollversammlung.

⁷⁹ Vgl. nur Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 19; Geßler in Geßler, AktG, 4. Lfg. [1973], § 111 Rdnr. 76; Mertens in Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. [1996], § 111 Rdnr. 86 und § 108 Rdnr. 86.

⁸⁰ Baumbach/Hueck, AktG, 13. Aufl. [1968], § 101 Rdnr. 5; Geßler in Geßler, AktG, § 101 Rdnr. 27.

⁸¹ S. jüngst BGH, NZG 2003, 216 ff. = ZIP 2003, 290 ff. (zustimmend Bayer/Fischer, EWiR § 124 AktG 1/03, 199 f.); BGH, NZG 2002, 130 ff. = ZIP 2002, 172 ff. = NJW 2002, 1128 ff. („Sachsenmilch III“; s. zu diesem Urteil Träger, NZG 2002, 211 ff. und Saenger/Bergjan, EWiR § 76 AktG 2/02, 885 f.); AnwK-AktienR/Pluta, AktG, § 124 Rdnr. 23; Hüffer, AktG, § 124 Rdnr. 18, jeweils m. w. N. Anderer Ansicht (Beschluss unanfechtbar wirksam) Mertens in Kölner Komm. AktG, § 108 Rdnr. 86; Kropf in Geßler, AktG, 1973, § 163 Rdnr. 8.

⁸² H. M., vgl. AnwK-AktienR/Pluta, AktG, § 121 Rdnr. 17; Hüffer, AktG, § 121 Rdnr. 8; Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 54; Eckardt in Geßler, AktG, 5. Lfg. [1974], § 121 Rdnr. 27; vgl. auch BGH, NZG 2002, 130 ff. („Sachsenmilch III“, s. Fn. 81); a. A. (lediglich Anfechtbarkeit) Mertens in Kölner Komm. AktG, § 108 Rdnr. 86.

(3) Versammlungsleitung durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats

Das Gesetz setzt voraus, dass die Hauptversammlung einen Vorsitzenden hat.⁸³ Zur Person des Versammlungsleiters finden sich jedoch keinerlei Bestimmungen. Diese gesetzliche Lücke füllt in aller Regel die Satzung. Zumeist bestimmt sie, dass der Aufsichtsratsvorsitzende die Hauptversammlung leitet. Wenn dieser sein Amt nur vermeintlich, aber nicht materiell-rechtlich innehat, fehlt ihm die satzungsgemäße Legitimation, die Hauptversammlung zu leiten.⁸⁴

Herausgehobene Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Feststellung des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter (vgl. § 130 Abs. 2 AktG) zu, da selbige den Beschlussinhalt konstituiert. Insoweit sind folgende Erkenntnisse gesichert: Zum einen führt das völlige Fehlen einer ausdrücklichen Beschlussfeststellung zur Nichtigkeit der in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse;⁸⁵ zum anderen bedeutet eine fehlerhafte Feststellung nur einen Anfechtungsgrund (was sich aus der konstitutiven Wirkung der Beschlussfeststellung ergibt). Die Beschlussfeststellung durch einen Pseudovorsitzenden lässt sich unmittelbar keiner der beiden Fallgruppen zuordnen. Die entscheidende Frage ist daher, ob die Beschlussfeststellung durch einen unbefugten „Versammlungsleiter“ dazu führt, dass dessen Beschlussfeststellungen unwirksam bzw. gegenstandslos sind, oder ob diese (etwa kraft Faktizität) als zumindest vorläufig wirksam behandelt werden können (vorbehaltlich einer ggf. zulässigen Anfechtung).

Die Frage ist anhand des abschließenden⁸⁶ Katalogs der Nichtigkeitsgründe des § 241 AktG zu prüfen. In Betracht kommen allenfalls § 241 Nr. 2 und Nr. 3 AktG. Ein Verstoß gegen § 241 Nr. 2 AktG scheidet aus, da die Niederschrift die tatsächlich (wenn auch durch einen Unbefugten) erfolgte Beschlussfeststellung enthält.⁸⁷ Von den beiden Varianten des § 241 Nr. 3 AktG scheidet die letztere bereits deswegen aus, weil die Beschlussfeststellung das Beschlussverfahren im weitesten Sinne betrifft, insoweit also keine inhaltlichen Mängel in Rede stehen. Hinsichtlich der ersten Variante ist

⁸³ Ausdrückliche Erwähnung findet dieser jedoch nur mehr in § 130 Abs. 2 AktG im Zusammenhang mit dem notwendigen Inhalt der Hauptversammlungs Niederschrift.

⁸⁴ Parallelproblem ist die Versammlungsleitung durch ein Vorstandsmitglied. Nach überwiegender Ansicht sind Vorstände von der Versammlungsleitung ausgeschlossen, da sie keine Gewähr für eine neutrale Versammlungsleitung bieten und darüber hinaus für die Auskunftserteilung zur Verfügung stehen sollen (vgl. nur Hüffer, AktG, § 129 Rdnr. 18; Fischer in Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 2. Aufl. [2003], § 11 Rdnr. 5; AG Frankfurt WM 1988, 304).

⁸⁵ AnwK-AktienR/Kleister, AktG, § 130 Rdnr. 33; Hüffer, AktG, § 130 Rdnr. 23; Münch. Hdb. GesR IV/Semler, § 39 Rdnr. 38; Fischer in Semler/Volhard, Hauptversammlung, § 11 Rdnr. 28; Steiner, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 1995, § 6 Rdnr. 6. Ein Nichtigkeitsgrund ergibt sich m. E. (jedenfalls mittelbar) aus § 241 Nr. 2 AktG, da die Beschlussfeststellung zum essentiellen Inhalt der Niederschrift zählt (ebenso Semler, a. a. O., und Steiner, a. a. O.); erfolgt sie nicht, kann sie der Niederschriftführer auch nicht protokollieren.

⁸⁶ H. M.; s. nur AnwK-AktienR/Heidel, AktG, § 241 Rdnr. 2.

⁸⁷ Ebenso Zöllner in Kölner Komm. AktG, 1. Aufl. [1973], § 119 Rdnr. 47, der unabhängig von einer entsprechenden rechtlichen Befugnis die faktische Versammlungsleitung für ausreichend hält, solange keiner der anwesenden Teilnahmeberechtigten widerspricht; a. A. anscheinend Fischer in Semler/Volhard, Hauptversammlung, § 11 Rdnr. 28; Mülbart in Großkomm. AktG, vor §§ 118–147 Rdnr. 78, der (wohl versehentlich) allerdings § 241 Nr. 1 AktG heranziehen will.

umstritten, ob die Unvereinbarkeit des Beschlusses mit dem Wesen der AG auf dessen *Inhalt* beruhen muss⁸⁸ oder ob damit auch Mängel des *Zustandekommens* des Beschlusses, also Verfahrensmängel, erfasst werden.⁸⁹ Selbst wenn man der letzteren Aufsicht folgt und auch Verfahrensmängel anhand des § 241 Nr. 3 Alt. 1 AktG überprüft, ist die unbefugte Versammlungsleitung nicht hierunter subsumierbar.⁹⁰ Nachdem sich dem Gesetz selbst nur rudimentär Regelungen zur Funktion und den Aufgaben des Versammlungsleiters und gar keine zu den Anforderungen an dessen Person und/oder Legitimation entnehmen lassen, kann schwerlich davon ausgegangen werden, dass die Leitung durch einen Pseudovorsitzenden mit dem „unverbrüchlichen Normenbestand“⁹¹ des Aktienrechts nicht vereinbar sein soll. Die Versammlungsleitung durch einen nicht qua Amt legitimierten Pseudovorsitzenden führt daher nicht zur Nichtigkeit der in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse.

Damit verbleibt ein lediglich gemäß § 243 Abs. 1 AktG anfechtbarer Verstoß gegen die Satzungsbestimmung, die anordnet, dass der (tatsächliche) Aufsichtsratsvorsitzende den Vorsitz in der Hauptversammlung führt. Wenn man allein die Beschlussfeststellung betrachtet, muss allerdings eine Anfechtung mangels Fehlerrelevanz scheitern. Denn solange das festgestellte mit dem tatsächlichen Beschlussergebnis übereinstimmt, kann die Legitimation des Versammlungsleiters keine Rolle spielen.⁹² Was allerdings Leitungs- und Ordnungsmaßnahmen des Versammlungsvorsitzenden (z. B. Redezeitbeschränkungen, Behandlung von Gegenanträgen, Saalverweis u. ä.) betrifft, wird man nie völlig ausschließen können, dass diese anders ausgefallen wären, wenn ein ausreichend Legitimierter den Vorsitz übernommen hätte. Insoweit ist eine mögliche Fehlerrelevanz im Einzelfall zu prüfen; allgemeine Aussagen können hierzu nicht gemacht werden.

(4) Niederschrift durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats

Im Falle des § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG hat der Leiter der Hauptversammlung,⁹³ also in aller Regel der Vorsitzende des Aufsichtsrats, die Niederschrift zu unterzeichnen. Die Unterzeichnung durch einen bloßen Pseudovorsitzenden hat nicht die Nichtigkeit der protokollierten Beschlüsse zur Folge. Ein Beurkundungsmangel i. S. des § 241 Nr. 2 AktG (fehlende Unterzeichnung) liegt nicht vor. Vielmehr ist gemäß den oben (3) angegebenen Erwägungen von der bloßen Anfechtbarkeit der protokollierten Beschlüsse auszugehen.

i) Mitwirkung bei Registeranmeldungen

Vor allem im Rahmen von Kapitalmaßnahmen schreiben einige Gesetzesbestimmungen⁹⁴ die Unterzeichnung der Han-

delsregisteranmeldung (auch) durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats vor. Ist der Unterzeichnende materiell-rechtlich nicht mehr wirksam im Amt, fehlt ihm die Anmeldebefugnis.⁹⁵ Das Registergericht wird dies durch Zwischenverfügung beanstanden⁹⁶ – vorausgesetzt, es erkennt die fehlende Amtsinhaberschaft und damit Anmeldebefugnis des Aufsichtsratsvorsitzenden. Nimmt das Registergericht jedoch ungeachtet der fehlenden Anmeldebefugnis die Eintragung vor, ist nach der mittlerweile wohl überwiegenden und zutreffenden Ansicht eine Amtslöschung ausgeschlossen. Der seinem Wortlaut nach eigentlich anwendbare § 142 Abs. 1 FGG wird bei Beschlüssen von Aktiengesellschaften von der Spezialvorschrift des § 144 Abs. 2 FGG verdrängt; nur wenn dessen einschränkende Voraussetzungen gegeben sind, können eingetragene Beschlüsse gelöscht werden.⁹⁷ Nachdem § 144 Abs. 2 FGG nur auf besonders gravierende *inhaltliche* Beschlussmängel abstellt, scheidet eine Amtslöschung wegen fehlender Anmeldebefugnis des Pseudo-Aufsichtsratsvorsitzenden aus, da es sich insoweit um einen bloßen Verfahrensfehler handelt. Dass dieses Ergebnis zutreffend, der herrschenden Ansicht also zu folgen ist, zeigt die Erwägung *Winklers*,⁹⁸ wonach sonst ein unlösbarer Wertungswiderspruch entstünde: Die Löschung inhaltlich *nichtiger* Beschlüsse wäre unzulässig, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 144 Abs. 2 FGG nicht vorliegen; dagegen könnten inhaltlich *gültige* Beschlüsse bereits bei fehlender Anmeldebefugnis gelöscht werden!

j) Verschiedenes

Eine Änderung der Satzungsfassung gemäß § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG durch nichtigen Aufsichtsratsbeschluss ist nichtig.⁹⁹ Die Befugnis zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§ 245 Nr. 5 AktG) setzt die wirksame Organstellung voraus;¹⁰⁰ eine Klage durch bereits ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder ist folglich als unzulässig zu verwerfen. Gleiches gilt für die Vertretung der AG gegenüber solchen und ähnlichen Klagen (§§ 246 Abs. 2 Satz 2, 249 Abs. 1 Satz 1, 275 Abs. 4 Satz 1 AktG).¹⁰¹

II. Pflichten und Verantwortlichkeit

Überwiegend wird angenommen, dass die nichtige Bestellung die zivil- und strafrechtliche Haftung des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds nicht berührt.¹⁰²

⁹⁵ Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 58.

⁹⁶ Von einer Ablehnung der Eintragung ohne vorherige Zwischenverfügung sollte im Regelfall abgesehen werden, da die Unterzeichnung der Anmeldung durch den befugten (= neu bestellten) Aufsichtsratsvorsitzenden nachgeholt werden kann (vgl. *Hüffer*, AktG, § 189 Rdnr. 4).

⁹⁷ BayObLGZ 1969, 215, 219; 1989, 44, 49; GmbHR 1992, 304, 305; OLG Zweibrücken, GmbHR 1995, 723, 724; OLG Köln, Rpfleger 2002, 209 (dazu *Winkler*, EWIR § 144 FGG 1/02, 157); OLG Frankfurt, Rpfleger 2002, 211; AnwK-AktienR/*Ammon*, FGG und Registerrecht, Rdnr. 128; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, § 241 Rdnr. 78; *van Venrooy*, GmbHR 2002, 701, 710; *Winkler* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 142 Rdnr. 6 und § 144 Rdnr. 5; a. A. (§ 142 Abs. 2 FGG bleibt bei wesentlichen Verfahrensfehlern anwendbar) MünchKommAktG/*Hüffer*, 2. Aufl. [2001], § 241 Rdnr. 81 m. w. N.; *ders.*, AktG, § 189 Rdnr. 7 und § 241 Rdnr. 34; *Hefermehl* in Geßler, AktG, 12. Lfg. [1989], § 189 Rdnr. 42.

⁹⁸ *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, § 144 Rdnr. 5.

⁹⁹ Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 55. Die praktischen Auswirkungen sind gering, da es sich um eine bloße Formalie handelt.

¹⁰⁰ *Hüffer*, AktG, § 245 Rdnr. 31.

¹⁰¹ Zu den Einzelheiten s. *Lowe*, Aufsichtsratsmitglieder, S. 61 ff., dort auch zu den Besonderheiten der Klage nach § 250 Abs. 3 AktG.

¹⁰² Oben Fn. 22.

⁸⁸ H. M.; s. *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. [1995], § 241 Rdnr. 55; *Nirk* in Hdb. AG, 28. Lfg. [1998], Teil I Rdnr. 1624. Der BGH hat die Frage bislang offen gelassen (NJW-RR 1990, 166, 169).

⁸⁹ In diesem Sinne AnwK-AktienR/*Heidel*, AktG, § 241 Rdnr. 8.

⁹⁰ Ebenso DNotI-Gutachten vom 4.7.2002, Nr. 34018 aus 07/02 (unveröffentlicht), wonach es insbesondere nicht ersichtlich sei, „weshalb Beschlüsse, die [von] einer derartigen Hauptversammlung [i. e. eine Hauptversammlung, die durch ein Vorstandsmitglied geleitet worden ist, Anm. des Verfassers] getroffen wurden, mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbaren seien“.

⁹¹ So die Umschreibung für das Tatbestandsmerkmal „Wesen der Aktiengesellschaft“ des § 241 Abs. 1 Nr. 3 AktG von *Zöllner* in Kölner Komm. AktG, 1. Aufl. [1976], § 241 Rdnr. 58.

⁹² Ebenso OLG Hamburg, NJW 1990, 1120, 1122.

⁹³ *Hüffer*, AktG, § 130 Rdnr. 14 e.

⁹⁴ Z. B. §§ 184 Abs. 1, 188 Abs. 1, 195 Abs. 1, 203 Abs. 1 Satz 1, 207 Abs. 2 Satz 1, 223, 229 Abs. 3, 237 Abs. 4 Satz 5 AktG.

1. Zivilrechtliche Haftung (§§ 116 Satz 1, 93 AktG)

Das nichtig bestellte Aufsichtsratsmitglied soll gleich einem wirksam amtierenden gemäß §§ 116 Satz 1, 93 AktG haften. Das vermeintliche Aufsichtsratsmitglied kann also zwar keine wirksamen Amtshandlungen vornehmen, für seine nichtigen Amtshandlungen soll es aber die volle Haftung übernehmen. Wer diesen Befund nicht widersprüchlich findet, wird zumindest zustimmen, dass er Begründungsbedürftig ist; erwartet man doch eher, dass Rechte und Pflichten korrespondieren.¹⁰³ Die Literatur beschränkt sich jedoch zumeist auf den lapidaren Hinweis, dass die Amtstätigkeit schließlich tatsächlich ausgeübt wurde.¹⁰⁴ Diese pauschale haftungsmäßige Gleichstellung des nur vermeintlich mit dem materiell-rechtlich wirksam amtierenden Aufsichtsratsmitglied ist bereits zu weitgehend, was nichtig gewählte Aufsichtsratsmitglieder anbelangt; sie kann erst recht nicht auf das bereits ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglied übertragen werden. An die bloße Faktizität des (vermeintlichen) Amtierens können grundsätzlich keine Haftungsfolgen anknüpfen. Zuzugeben ist zwar, dass in der Praxis ein Haftungsbedürfnis besteht, was die Rechtsstellung eines nichtig gewählten Aufsichtsratsmitglieds angeht. Dennoch steht im Bereich der nichtig gewählten Aufsichtsratsmitglieder eine überzeugende Begründung der Haftung aus.

Dies kann an dieser Stelle jedoch nicht weiter vertieft werden. Denn im Rahmen des vorgegebenen Themas, soweit also das durch Zeitablauf ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglied betroffen ist, lässt sich die Haftung ohne Systembruch begründen. Anzuknüpfen ist nicht an die jeweils unmittelbar schadensverursachende Amtstätigkeit, sondern an das Nichterkennen des Ablaufs der Amtsperiode. Jedenfalls für die Zeit ab Veröffentlichung der hier besprochenen BGH-Entscheidung kann von einem schuldhaften Pflichtverstoß im Sinne der §§ 116 Satz 1, 93 AktG ausgegangen werden. Die Haftung bezieht sich dann auf ein Verhalten als wirksam amtierendes Aufsichtsratsmitglied. Bei Verstoß hat das Aufsichtsratsmitglied die AG so zu stellen, wie sie stünde, wenn es seiner Verpflichtung nachgekommen wäre, auf den drohenden Ablauf seiner Amtsperiode hinzuweisen und die notwendigen Maßnahmen zu veranlassen. Dies führt mittelbar zu einer Haftung für Pflichtverstöße, welche das betroffene Aufsichtsratsmitglied in der Zeit nach seinem Ausscheiden begeht. Denn es sind letztlich nur zwei Alternativen hinsichtlich des hypothetischen weiteren Verlaufs denkbar: Das Aufsichtsratsmitglied wäre entweder durch ein neu gewähltes Mitglied ersetzt oder wiedergewählt worden. Im ersten Fall hätte es den ihm in der Zeit nach seinem Ausscheiden zur Last gelegten Pflichtverstoß gar nicht begehen können. Im zweiten Fall würde es als wirksam amtierendes Aufsichtsratsmitglied ohnehin nach §§ 116 Satz 1, 93 AktG haften. Auf diese Weise gelangt man auch hinsichtlich der (mit einem oftmals essentiellen Geheimhaltungsinteresse der AG korrespondierenden) Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitglieds für Vorgänge, welche die Zeit nach seinem Ausscheiden betreffen, zu praxistauglichen Ergebnissen.

Neben dem ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglied werden (wiederum jedenfalls ab Veröffentlichung des hier besprochenen BGH-Urteils) in aller Regel auch dessen (wirksam amtierende) Aufsichtsratskollegen und auch die Vorstandsmitglieder gemäß § 116 Satz 1 AktG bzw. § 93 AktG haften, wenn sie den Ablauf der Amtsperiode nicht erkennen und untätig bleiben.

¹⁰³ Darauf weist zu Recht *Lowe*, Aufsichtsratsmitglieder, S. 84, hin.

¹⁰⁴ Betrifft letztlich nahezu alle in Fn. 22 aufgeführten Nachweise zur h. M.

2. Verantwortung nach Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht (§§ 399 ff. AktG)

Insoweit sind die §§ 399 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2, 404 Abs. 1 Nr. 1, 405 Abs. 1 AktG relevant. Sie stellen auf ein tatsächliches Verhalten ab, wie falsche Angaben im Registerverfahren oder die Offenbarung von Gesellschaftsgeheimnissen. Auf die rechtliche Wirksamkeit kommt es dabei nicht an. Entscheidend für die Anwendung der genannten Bestimmungen ist daher allein die Frage der Auslegung des jeweiligen Tatbestandsmerkmals „Aufsichtsratsmitglied“. Im Strafrecht gilt bekanntlich die Wortlautgrenze des Art. 103 Abs. 2 GG (sog. Bestimmtheitsgrundsatz): Führt erst eine über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausgehende Interpretation zu dem Ergebnis der Strafbarkeit des Verhaltens, kann dies nicht zu Lasten des Bürgers gehen.¹⁰⁵ Die Frage ist also, ob eine Auslegung der obigen Vorschriften zulässig ist, wonach mit „Aufsichtsratsmitglied“ auch das nur vermeintliche Aufsichtsratsmitglied gemeint ist – ob der Organbegriff insoweit also funktional interpretiert werden darf. Die h. M.¹⁰⁶ bejaht dies, jedoch zumeist ohne eingehende Auseinandersetzung mit dem Bestimmtheitsgrundsatz. M. E. besteht in der Tat kein Anlass, bereits ausgeschiedene, aber tatsächlich weiter amtierende Aufsichtsratsmitglieder im Hinblick auf die Wortlautgrenze vom Anwendungsbereich der obigen Bestimmungen auszunehmen. In den im Rahmen des vorgegebenen Themas interessierenden Konstellationen geht das bereits ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglied schließlich selbst davon aus, dass es noch Aufsichtsratsmitglied ist. Es hat so gesehen keinen Anlass, zu zweifeln, ob ihn der Normbefehl der §§ 399 ff. AktG trifft. Zudem ist unter spezial- wie generalpräventiven Gesichtspunkten das Sanktionsbedürfnis bei einem vermeintlichen Aufsichtsratsmitglied nicht geringer ist als bei einem wirksam amtierenden.¹⁰⁷

III. Anstellungsverhältnis

Im Kern geht es hier um den Vergütungsanspruch eines vermeintlichen Aufsichtsratsmitglieds. Ob und ggf. in welchem Umfang ein solcher besteht, hängt jedoch von einigen dogmatischen Überlegungen ab. Die Überschrift impliziert insoweit bereits, dass zwischen Aufsichtsratsmitglied und AG nicht nur ein korporationsrechtliches Verhältnis (aus dem sich die Organbefugnisse ergeben), sondern auch ein schuldrechtliches Anstellungsverhältnis besteht. Doch selbst dieser Ausgangspunkt ist umstritten: Nach einer Ansicht sind nämlich alle Rechtsbeziehungen zwischen der AG und dem Aufsichtsratsmitglied (insbesondere also auch der Vergütungsanspruch) allein dem korporationsrechtlichen Verhältnis zuzuordnen; ein daneben existierendes schuldrechtliches Anstellungsverhältnis scheidet danach aus.¹⁰⁸ Das RG und Teile der (zumeist älteren) Literatur unterscheiden hingegen das korporationsrechtliche Verhältnis und das schuldrechtliche Anstellungsverhältnis auf vertraglicher Grundlage, welches entweder durch stillschweigenden Vertragsschluss¹⁰⁹ oder (im Sinne eines Vertragsverhältnisses eigener Art) ohne weiteres durch Bestellung und Annahme¹¹⁰ zustande kommen soll.

¹⁰⁵ BVerfGE 47, 109, 121; 75, 329, 341.

¹⁰⁶ S. oben Fn. 22.

¹⁰⁷ *Lowe*, Aufsichtsratsmitglieder, S. 87.

¹⁰⁸ *Geßler* in *Geßler*, AktG, § 101 Rdnr. 54; *Natzel*, AG 1959, 93, 96; *Schilling*, FS Robert Fischer [1979], 679, 691.

¹⁰⁹ RGZ 123, 351, 354; 146, 145, 152; vgl. auch RGZ 152, 273, 277 f.; ebenso wohl auch *K. Schmidt* in *Großkomm. AktG*, § 250 Rdnr. 30.

¹¹⁰ Statt vieler *Meyer-Landrut* in *Großkomm. AktG*, § 101 Anm. 6.

Mittlerweile scheint sich die Ansicht durchgesetzt zu haben, dass mit Bestellung und Annahme ein *einheitliches* Amtsverhältnis mit korporations- und schuldrechtlicher Doppelnatur entsteht.¹¹¹ Für die vorliegende Thematik bedeutet dies, dass mit dem Ende der Amtsperiode auch die schuldrechtliche Komponente erlischt.¹¹² Für die Annahme eines fehlerhaften oder faktischen Dienstverhältnisses besteht daher kein Raum. Ebenso würden ähnliche vertragliche Konstruktionen wie eine Geschäftsführung ohne Auftrag an der Rechtswirklichkeit vorbeigehen. Es verbleibt daher nur die Abwicklung nach Bereicherungsrecht. Sie begegnet für Aufsichtsratsmitglieder auch nicht den im Rahmen des Vorstandsanstellungsvertrags geltend gemachten Bedenken, die insoweit letztlich zur Anerkennung des fehlerhaften Anstellungsvertrags¹¹³ führten; namentlich geht es um den fehlenden Vermögenscharakter der vom Vorstand geleisteten Dienste und die daraus resultierende Schwierigkeit, diese gemäß § 818 Abs. 2 BGB in Geld zu beziffern. Lowe¹¹⁴ weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass die Entlohnung des Aufsichtsratsmitglieds im Wesentlichen im Hinblick auf die übernommene Aufgabe und Verantwortung erfolgt. Ihm ist daher zuzustimmen, dass als Maßstab für die Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds ohne wirksame Organstellung die gemäß § 113 AktG festgelegte Vergütung herangezogen werden kann.

Auch dem trotz Ablauf der Amtsperiode tatsächlich weiter amtierenden Aufsichtsratsmitglied kann daher für die Dauer seiner Tätigkeit grundsätzlich die gezahlte Vergütung belassen werden. Lediglich soweit die festgelegte und gezahlte Vergütung (ausnahmsweise¹¹⁵) den Rahmen der Angemessenheit gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 AktG übersteigt, ist das betroffene Aufsichtsratsmitglied zur Erstattung verpflichtet.

E. Zusammenfassung und Ausblick

Aufsichtsratsmitglieder scheiden spätestens mit Ablauf der für den Beschluss der Hauptversammlung über die Entlastung in § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG vorgeschriebenen Höchstfrist von acht Monaten ab Beginn des vierten Geschäftsjahres seit Amtsantritt gemäß § 102 Abs. 1 AktG aus dem Amt. Amtieren solche ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieder über diesen Zeitraum hinaus, ohne dass eine Neubestellung erfolgt, berührt ihre Amtstätigkeit die AG nicht. Sie können nicht wirksam an Beschlüssen des Aufsichtsrats teilnehmen; üben sie insoweit das Stimmrecht aus, ist ihre Stimmabgabe gegenstandslos. Wenn dies zur Beschlussunfähigkeit des Gesamtaufichtsrats führt, sind alle dennoch gefassten Beschlüsse

nichtig. Bleibt der Gesamtaufichtsrat indessen auch ohne Teilnahme der ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieder beschlussfähig, so kommt es darauf an, ob die Nichtbeachtung der Stimmen ausgeschiedener Aufsichtsratsmitglieder ein anderes Beschlussergebnis zur Folge hat (z. B. Ablehnung des Beschlussantrags statt dessen Annahme). Ändern sich die Mehrheitsverhältnisse hingegen auch bei richtiger Zählung nicht, weil bereits die Stimmen der wirksam amtierenden Aufsichtsratsmitglieder den festgestellten Beschlussinhalt tragen, so bleibt der Beschluss wirksam. Stellt der Sitzungsleiter (regelmäßig der Aufsichtsratsvorsitzende) den Beschlussinhalt abweichend von dem materiell-rechtlichen Abstimmungsergebnis – also fälschlicherweise unter Beachtung der Stimmen ausgeschiedener Aufsichtsratsmitglieder – fest, so ist der Beschluss nichtig.

Die Nichtigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen hat nicht zwingend die Nichtigkeit von Maßnahmen zur Folge, die auf dem betroffenen Aufsichtsratsbeschluss beruhen. Teilweise sind Maßnahmen im Rahmen des Beschlussvollzugs bis auf weiteres wirksam und allenfalls mit Wirkung ex nunc vernichtbar (namentlich die Bestellung von Vorstandsmitgliedern). Vielfach können solche Folgemaßnahmen jedenfalls durch eine Genehmigung des „neuen“ Aufsichtsrats geheilt werden.

Ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder sind öffentlich-rechtlich für ihre Amtstätigkeit verantwortlich. Zivilrechtlich haften sie der Gesellschaft für Schäden, welche daraus entstehen, dass das einzelne Aufsichtsratsmitglied sein Ausscheiden schuldhaft nicht erkannt hat. Ein Verschulden ist jedenfalls für die Zeit ab Veröffentlichung des besprochenen BGH-Urteils regelmäßig zu bejahen.

Auch dem trotz Ablauf der Amtsperiode tatsächlich weiter amtierenden Aufsichtsratsmitglied kann für die Dauer seiner Tätigkeit grundsätzlich die gezahlte Vergütung belassen werden.

In der Praxis ist künftig sorgfältig darauf zu achten, dass die ordentliche Hauptversammlung mit den Tagesordnungspunkten Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder und Wahlen zum Aufsichtsrat innerhalb der Acht-Monats-Frist des § 120 Abs. 1 Satz 1 AktG abgehalten wird. Sollte dennoch einmal die Frist überschritten werden, ist unbedingt rechtzeitig eine gerichtliche Notbestellung gemäß § 104 Abs. AktG zu veranlassen, wenn andernfalls der Aufsichtsrat durch das Ausscheiden einzelner oder aller Aufsichtsratsmitglieder beschlussunfähig würde. Sofern in der Vergangenheit (etwa im Vertrauen auf die bisher h. M.) die obige Zeitvorgabe nicht beachtet wurde, empfiehlt es sich, dass der neu besetzte Aufsichtsrat Amtshandlungen des Vorgänger-Aufsichtsrats auf ihre Wirksamkeit überprüft, die in den Zeitraum nach dem (unerkannten) Ausscheiden einzelner oder aller Aufsichtsratsmitglieder fallen. Er wird dabei die Genehmigung nicht wirksamer Maßnahmen zu erwägen und ggf. entsprechend zu beschließen haben. Dabei ist auch eine „Globalgenehmigung“ denkbar, die sich auf alle vergangenen Maßnahmen im Rahmen des Vollzugs nichtiger Aufsichtsratsbeschlüsse erstreckt, sofern eine solche dem Nachfolge-Aufsichtsrat sinnvoll erscheint (was insbesondere bei einem personenidentischen Nachfolge-Aufsichtsrat der Fall sein dürfte).

¹¹¹ AnwK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 101 Rdnr. 2; Hüffer, AktG, § 101 Rdnr. 2; Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, § 33 Rdnr. 10.

¹¹² Lowe, Aufsichtsratsmitglieder, S. 87 f.

¹¹³ S. oben Fn. 56.

¹¹⁴ Aufsichtsratsmitglieder, S. 89 f.

¹¹⁵ Laut Beobachtungen von Hüffer, AktG, § 113 Rdnr. 4 m. w. N., und AnwK-AktienR/Breuer/Fraune, AktG, § 101 Rdnr. 9, sollen die tatsächlich in Deutschland gezahlten Vergütungen verhältnismäßig niedrig sein.

EU-Agrarreform 2003: Inhalt und vertragliche Anpassungserfordernisse

Von Rechtsanwalt *Hubertus Schmitte*, Münster

Das System der EU-Beihilfen für die Landwirtschaft ist im Jahr 2003 fundamental geändert worden. Der EU-Agrarministerrat hat am 26.6.2003 in Luxemburg einen grundlegenden Umbau des Fördersystems beschlossen, der in der Verordnung 1782/2003 des Rates vom 29.9.2003¹ Gesetz geworden ist. Die wesentlichste Änderung ist mit dem Begriff „Entkoppelung der Direktzahlungen“ zu umschreiben: Die Zahlungen der EU sollen zukünftig unabhängig von der landwirtschaftlichen Produktion erfolgen. Sie sollen – so sieht es das der genannten Verordnung zugrunde liegende „Betriebsmodell“ grundsätzlich vor – entsprechend der durchschnittlichen Agrarförderung eines Betriebes im „Bezugszeitraum“ 2000–2002 gezahlt werden, ohne dass der landwirtschaftliche Betriebsinhaber eine Produktion nachweisen muss. Jedoch besteht für die Mitgliedstaaten der EU bis zum 1.8.2004 die Möglichkeit, sich für ein abweichendes Modell der Entkoppelung zu entscheiden. Deutschland hat die Absicht, davon Gebrauch zu machen, wie die Bundes- und Länderagrarminister am 27.11.2003 besprochen haben. Ein erster Gesetzentwurf zur Umsetzung der Agrarreform in nationales Recht liegt bereits vor, bestehend u. a. aus dem „Betriebsprämien-Durchführungsgesetz“, dem „Direktzahlungen-Verpflichtungsgesetz“ und weiteren Gesetzen.

Der vorliegende Beitrag erläutert auf dem Kenntnisstand von Mitte Januar 2004 das neue Prämiensystem im Vergleich zu dem bisherigen und stellt Auswirkungen auf Pacht-, Kauf- und Übergabeverträge dar. Die angegebenen Vorschriften beziehen sich auf die VO (EG) 1782/2003 des Rates.

A. Das bisherige Prämiensystem

Bislang erfolgen die Beihilfen der EU für die Landwirtschaft überwiegend produktionsabhängig. So wurden beispielsweise im Bereich der Rinderhaltung „Schlacht-“ und „Sonderprämien“, „Mutterkuh-“ und „Extensivierungsprämien“ gezahlt. Im Bereich des Ackerbaus erfolgten Zahlungen u. a. für den Anbau von Getreide, Ölsaaten und Eiweißpflanzen. Nicht prämienberechtigt war bislang allerdings u. a. die Milchviehhaltung, die Schweineproduktion, der Kartoffel-, Zuckerrüben- und Sonderkulturanbau.

Dieses System war 1992 als Ausgleich für eine Absenkung der Interventionspreise und einen damit verbundenen Preisrückgang landwirtschaftlicher Erzeugnisse eingeführt worden. Bis dahin nämlich geschah die Agrarförderung im Wesentlichen dadurch, dass der Staat am Agrarmarkt als Marktpartner/Käufer auftrat, wenn das Preisniveau eine bestimmte Untergrenze erreicht hatte (das sog. Interventionspreisniveau). Der Staat kaufte landwirtschaftliche Erzeugnisse auf, um den Preis zu stützen. Die Folge war im Laufe der Zeit jedoch eine erhebliche Überproduktion. Das seit 1992 bestehende Fördersystem stößt innerhalb des WTO-Handelssystems auf Kritik, da die Zahlungen produktionsabhängig erfolgen.

B. Das zukünftige Prämiensystem

Wie angedeutet, sieht die Verordnung 1782/2003 des Rates die Entkoppelung der Direktzahlungen im Wege einer sog. individuellen Betriebsprämie vor. Grob umrissen bedeutet dies, dass ein landwirtschaftlicher Betriebsinhaber ab Beginn der Entkoppelung (nach Wahl des Mitgliedstaates zwischen 1.1.2005 und 1.1.2007, Art. 71 Abs. 1) die durchschnittliche Gesamtpremie der Jahre 2000–2002 beantragen kann, ohne eine landwirtschaftliche Erzeugung nachzuweisen. Voraussetzung ist (nur) die Einhaltung von Grundanforderungen an die Betriebsführung und die Erhaltung der Fläche in einem guten landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand (Art. 3).

Damit wird zum einen das Ziel verfolgt, die Fördermaßnahmen für die Landwirtschaft im Sinne der WTO-Bestimmungen produktionsunabhängig zu leisten. Eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Landwirtschaft und die Förderung der Nahrungsmittelqualität und von Umweltstandards wird des Weiteren als Motivation angegeben (Erwägung Nr. 24). Angeblich soll diese Form landwirtschaftlicher Subventionierung auf eine höhere Akzeptanz in der Bevölkerung stoßen.

In Deutschland ist nach dem Mehrheitswillen der Bundes- und Länderagrarminister vom 27.11.2003, dem sich nur die Länder Bayern und Hessen nicht anschlossen, eine etwas abgewandelte Umsetzung geplant. Sie wird auf Art. 58 ff. gestützt und als „Kombimodell“ bezeichnet, einer Mischung aus „individueller Betriebsprämie“ und „regionalisierter Betriebsprämie“. Der wesentliche Inhalt:

1.) In Deutschland werden ab dem 1.1.2005 alle EU-Ausgleichszahlungen von der Produktion entkoppelt.

2.) Ein landwirtschaftlicher Betriebsinhaber erhält ab dem 1.1.2005 Zahlungsansprüche, die zum Bezug von Direktzahlungen berechtigen. Diese bestehen aus einem „flächenbezogenen Betrag“ und einem „betriebsindividuellen Betrag“.

a) Hinsichtlich des „flächenbezogenen Betrages“ werden Zahlungsansprüche, die auf Ackerland entstanden sind, von solchen, die auf Grünland oder auf Stilllegungsflächen entstanden sind, unterschieden. Sie haben unterschiedliche Höhe. Die exakte Höhe wird länderabhängig sein und kann derzeit noch nicht genau gesagt werden. In NRW soll der Zahlungsanspruch, der auf Ackerland und auf Stilllegungsflächen entsteht, etwa 285 € betragen, der Zahlungsanspruch, der auf Grünland entsteht, etwa 115 €.

Die Anzahl der Anfang 2005 zugeteilten Zahlungsansprüche entspricht der Hektarzahl landwirtschaftlicher Nutzfläche, die der Antragsteller im Jahr 2005 in Bewirtschaftung hat. Ein landwirtschaftlicher Betriebsinhaber kann die Zuteilung vom 1.1.2005 bis 15.5.2005 beantragen (Art. 34 Abs. 2). Zum Antrag berechtigt jedwede landwirtschaftlich genutzte Fläche, außer Forst und Dauerkulturen (Art. 44 Abs. 2).

b) Aufgestockt wird der Zahlungsanspruch durch einen „betriebsindividuellen Betrag“, der sich aus dem durchschnitt-

¹ Mit gemeinsamen Regeln für Direktzahlungen im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik und mit bestimmten Stützungsregelungen für Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe; ABl L 270 vom 21.10.2003, S. 1–69 (http://europa.eu.int/documents/eur-lex/index_de.htm).

lichen Prämienaufkommen des Antragstellers/landwirtschaftlichen Betriebsinhabers an Sonderprämien für männliche Rinder, Kälberschlachtpremien, Mutterkuhprämien, Trockenfutterprämien und 25 % der Stärkekartoffelpremie der Jahre 2000–2002 bemisst sowie der Milchprämie auf dem Stand vom 31.3.2005.² Da das durchschnittliche Prämienaufkommen der Betriebe sehr unterschiedlich war, wird also der „betriebsindividuelle Betrag“ auch zukünftig eine sehr unterschiedliche Höhe haben und dazu führen, dass die Zahlungsansprüche unterschiedlich hoch ausfallen.

Voraussetzung für die Auszahlung der Fördermittel ist neben der Inhaberschaft eines Zahlungsanspruchs die Bewirtschaftung beihilfefähiger Flächen in entsprechender Hektarzahl (Art. 44 Abs. 1), wobei zahlreiche Umweltvorschriften zu beachten sind (Art. 5). Diese Abhängigkeit von der Einhaltung von Produktionsstandards wird „Cross Compliance“ (sog. „Überkreuz-Verpflichtung“) genannt. Sie entspricht weitgehend der heutigen „guten fachlichen Praxis“. Beachtet der Betriebsinhaber die entsprechenden Vorgaben nicht, drohen ihm Kürzungen und Ausschlüsse je nach Schwere, Ausmaß, Dauer und Häufigkeit der Verstöße (Art. 6, 7).

Hierfür zwei Beispiele:

aa) Ein Ackerbaubetrieb bewirtschaftete bislang und auch im Jahr 2005 100 ha landwirtschaftlich genutzte Fläche (LF), davon 80 ha Getreide, 10 ha Kartoffeln, 10 ha Zuckerrüben. Bislang erhielt er (in der Anbauregion NRW) eine Prämie von $80 \times 366 \text{ Euro} = 29.280 \text{ Euro}$, da nur die 80 ha Getreide mit 366 €/ha gefördert wurden. Ab dem 1.1.2005 werden diesem Betrieb 100 Zahlungsansprüche zugewiesen, da nach dem „Kombimodell“ sowohl auf Getreide wie auch auf Kartoffel- und Zuckerrübenflächen Zahlungsansprüche entfallen. Haben die Zahlungsansprüche eine Höhe von 285 €, erhält der Antragsteller folglich 28.500 € pro Jahr, wenn er eine LF von 100 ha bewirtschaftet.

bb) Ein Bullenmäster bewirtschaftet 50 ha LF. Davon sind 10 ha Getreidefläche, 10 ha Silomaisfläche, 30 ha Grünland. Er erzeugte 2000–2002 im Durchschnitt 120 Bullen pro Jahr. Bislang erhielt er eine Prämie von $10 \times 366 \text{ €} = 3.660 \text{ €}$ zzgl. $120 \times 310 \text{ €} = 37.200 \text{ €}$, insgesamt 40.860 €. Die Flächenprämie von 366 € wurde nur für die Getreidefläche gezahlt; auf die 120 Bullen entfielen 210 € Sonderprämie und 100 € Schlachtpremie pro Tier. Ab 1.1.2005 erhält der Betrieb 20 Zahlungsansprüche, die auf Ackerland (Getreide, Silomais) entstanden sind, und 30 Zahlungsansprüche, die auf Grünland entstanden sind, da er diese Flächen Anfang 2005 bewirtschaftet. Unterstellen wir, die 20 Zahlungsansprüche für Ackerflächen machen jeweils 285 € aus, die 30 für das Grünland 115 €, so werden diese Beträge aber noch erhöht um den „betriebsindividuellen Betrag“. Dazu wird das durchschnittliche Aufkommen an Sonderprämie dieses Betriebes im Jahr 2000–2002 (hier: $120 \times 210 \text{ €} = 25.200 \text{ €}$) durch 50 Zahlungsansprüche geteilt (50, weil dies die Hektarzahl landwirtschaftlicher Nutzfläche im Jahr 2005 ist). Somit ergibt sich der Erhöhungsbetrag von 504 € pro Zahlungsanspruch. Dieser Betrieb erhält also auf seinen Antrag hin 20 Zahlungsansprüche à 784 € ($285 + 504$) und 30 Zahlungsansprüche à 619 € ($115 + 504$). Er kann sie in der Zukunft „aktivieren“, indem er 50 ha LN bewirtschaftet. Bullen muss er nicht mehr halten, kann es aber natürlich, wenn er mag.³

c) Deutlich wird Folgendes: Jeder Hektar landwirtschaftlicher Nutzfläche (außer Dauerkulturen und Forst), der von einem landwirtschaftlichen Betriebsinhaber im Jahr 2005 bewirtschaftet wird, berechtigt zur Zuteilung von Zahlungsansprüchen. Je nachdem, ob die landwirtschaftliche Nutzfläche Anfang 2005 Acker-, Grünland oder Stilllegungsfläche ist, haben die Zahlungsansprüche zunächst eine unterschiedliche Höhe. Bei Tierhaltung erhöht sich der Zahlungsanspruch um das individuelle Prämienvolumen der Jahre 2000–2002. Daher sind die Prämienhöhen unterschiedlich.

3.) Besonders hervorzuheben ist, dass der betriebsindividuelle Betrag im Laufe der Jahre 2007–2012 abgeschmolzen werden soll. Im Gegenzug soll der „flächenbezogene Betrag“ des Zahlungsanspruchs kontinuierlich steigen und schlussendlich in einer Region (auf Länderebene) dieselbe einheitliche Zahlungshöhe (den „regionalen Zielwert“) erreichen, unabhängig von Acker- und Grünland.

In den genannten beiden Beispielen bedeutet dies:

aa) Ackerbauer, 100 ha: Seine 100 Zahlungsansprüche haben im Jahre 2012 eine Höhe von (ca.) 345 €, er erhält folglich 34.500 € jährlich.

bb) Bullenmäster, 50 ha: Seine 50 Zahlungsansprüche werden ebenfalls die Höhe von 345 € haben, er erhält folglich 17.250 € pro Jahr, wenn er 50 ha LF bewirtschaftet.

4.) Wichtig ist ferner, dass die Zahlungsansprüche nicht an die Flächen gebunden sind, sondern dem landwirtschaftlichen Betrieb, der bis zum 15.5.2005 einen entsprechenden Antrag stellt, zugeteilt werden. Diese Frist ist eine Ausschlussfrist, die nur „in Fällen höherer Gewalt oder außergewöhnlicher Umstände“ nicht gilt (Art. 34 Abs. 3). Nicht beantragte Zahlungsansprüche verfallen zugunsten der nationalen Reserve und können bis spätestens 15.8.2005 neu zugewiesen werden (Art. 34 Abs. 3 Unterabs. 2). Die Zahlungsansprüche sind dann innerhalb einer Region unter Betriebsinhabern frei handelbar (Art. 46 Abs. 1, 63 Abs. 1). Der Zahlungsanspruch kann mit oder ohne Fläche verkauft und übertragen werden. Die Verpachtung der Zahlungsansprüche ist nur zulässig, wenn zusammen mit dem Zahlungsanspruch eine gleichwertige Hektarzahl beihilfefähiger Flächen übertragen wird (Art. 46 Abs. 2). Nutzt aber der Inhaber des Zahlungsanspruchs diesen drei Jahre lang nicht, wird er in eine staatliche Reserve eingezogen (Art. 45 Abs. 1). Ohne Fläche können Zahlungsansprüche nur gehandelt werden, wenn der Inhaber mindestens 80 % seiner Zahlungsansprüche für die Dauer von mindestens einem Kalenderjahr selbst genutzt hat (Art. 46 Abs. 2).

5.) Die Verordnung berücksichtigt bei der Prämienberechnung auch Härtefälle. So soll nicht der ganze Bezugszeitraum 2000–2002 (für die Berechnung des betriebsindividuellen Betrages) zugrunde gelegt werden, falls höhere Gewalt oder außergewöhnliche Umstände zu betrieblichen Beeinträchtigungen geführt haben. Fälle höherer Gewalt oder außergewöhnlicher Umstände sind nach Art. 40 Abs. 4 z. B. Tod des Betriebsinhabers, Berufsunfähigkeit, Naturkatastrophen, Seuchen usw. Dann soll nur der Durchschnitt der nicht betroffene-

Durchführungsverordnung erwartet. Diskutiert wird nämlich, dass innerhalb eines Betriebes nicht Zahlungsansprüche unterschiedlicher Höhe bestehen sollen. Das würde im vorgenannten Fall zur Folge haben, dass die Zahlungsansprüche „geglättet“ bzw. ausgeglichen würden. Also: statt 30 Zahlungsansprüche à 784 € + 20 Zahlungsansprüche à 619 € dann 50 Zahlungsansprüche à 718 €. Die Zahlungsansprüche wären dann zwar innerbetrieblich gleichwertig, unterschiedliche Höhe hätten sie aber von Betrieb zu Betrieb.

² So BMVEL; www.verbraucherministerium.de.

³ Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass die vorgenannte Berechnungsmethode dem derzeitigen Kenntnisstand entspricht. Einzelheiten stehen noch aus und werden von der europarechtlichen

nen Jahre oder der Bezugszeitraum 1997–1999 berücksichtigt werden (Art. 40 Abs. 1, 2). Ferner sollen landwirtschaftliche Neueinsteiger bevorzugt Zahlungsansprüche aus der nationalen Reserve erhalten (Art. 42 Abs. 3). Landwirte „in besonderen Lagen“ sollen ebenfalls aus der nationalen Reserve Zahlungsansprüche zugeteilt erhalten (Art. 42 Abs. 4). Die EU-Kommission prüft derzeit, welche Landwirte dies sein können. Gedacht ist z. B. an starke betriebliche Erweiterungen im Bezugszeitraum u. dgl.

C. Auswirkungen

Der Gesetzgeber erhofft sich mit dieser Agrarreform mehr Marktnähe der landwirtschaftlichen Produktion. Da die Zahlungen produktionsunabhängig erfolgen, wird wohl nur noch der Produzent, dessen Markterlöse die Produktionskosten übersteigen. Viele Landwirte werden aus der Produktion aussteigen, der Produktionsumfang wird möglicherweise sinken. Der Preis soll sich am Markt frei einpendeln. Zudem verspricht sich der Gesetzgeber eine stärkere ökologische Ausrichtung der landwirtschaftlichen Produktion. Für diese Umweltleistungen soll der Landwirt entlohnt werden.

Da jeder Hektar landwirtschaftlich genutzter Fläche prämienberechtigt ist, erwarten Agrarökonomien keine nennenswerten Auswirkungen am Pachtmarkt.⁴ Dieser wird stattdessen weiterhin von anderen Faktoren bestimmt, insbesondere der Flächennachfrage aufgrund betrieblichen Wachstums.

D. Anpassung von Pacht-, Kauf- und Übergabeverträgen

Die beschriebene gravierende Änderung der gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) der EU hat für viel Unruhe am landwirtschaftlichen Pacht- und Kaufmarkt gesorgt. Von ca. März 2003, als die Änderung der GAP diskutiert wurde, bis Ende November 2003 war weitgehend unklar, ob bzw. wie die Entkoppelung umgesetzt werden würde. Jetzt, nachdem die politischen Absichtserklärungen und erste Beschlüsse vorliegen, bleibt eine Unsicherheit, wie sich der Pachtmarkt entwickelt und welchen Einfluss die Reform auf den Bodenwert hat. Die Verpächter sind daran interessiert, bei Pachtende die Zahlungsansprüche bei ihrer Fläche zu behalten; die Pächter wollen erreichen, dass sie mit jeder Pachtfläche auch Zahlungsansprüche dazu erhalten.

Unterschieden werden hier folgende Grundfälle:

- (1) Derzeit wird ein neues Pachtverhältnis begründet; bisheriger Bewirtschafter war der jetzige Verpächter (erstmalige Verpachtung).
- (2) Derzeit wird ein neues Pachtverhältnis begründet; bisheriger Bewirtschafter war ein anderer Landwirt als Pächter (Pächterwechsel).
- (3) Ein bestehender Pachtvertrag wird verlängert; der Pächter bleibt derselbe (Pachtvertragsverlängerung).
- (4) Derzeit wird ein Kaufvertrag abgeschlossen.
- (5) Ein Hofübergabevertrag wird geschlossen.

Im Einzelnen:

1. Erstmalige Verpachtung

a) Aufgrund der Anpachtung und Bewirtschaftung der landwirtschaftlichen Nutzfläche erhält der Pächter Anfang 2005 Zahlungsansprüche zugeteilt, denn er ist der Bewirtschafter. Unklar ist noch die exakte Höhe des Zahlungsanspruches. Daher ist Pächtern zu raten, eine Preisanpassungsklausel in ihren Vertrag aufzunehmen. Sie kann etwa lauten:

„Im Hinblick auf die vom EU-Agrarrat am 26.6.2003 beschlossene GAP-Reform vereinbaren die Parteien für den Fall, dass eine Änderung der Förderbestimmungen eintritt, insbesondere eine Änderung der Förderhöhe, die wesentlichen Einfluss auf die Rentabilität der Bewirtschaftung der Pachtsache hat, dass jede Vertragspartei berechtigt ist, eine Anpassung des Pachtpreises zu verlangen. Das Verlangen hat schriftlich zu erfolgen.

(Variante A): Einigen sich die Parteien nicht innerhalb von vier Wochen, gerechnet ab dem Anpassungsverlangen, auf einen neuen Pachtpreis, so entscheidet über die Pachtpreisanpassung das Gutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, der von ... bestimmt wird. Dieses Gutachten ist für beide Parteien verbindlich. Die Kosten werden je zur Hälfte getragen.

(Variante B): Einigen sich die Parteien nicht binnen vier Wochen, gerechnet ab dem Anpassungsverlangen, auf einen neuen Pachtpreis, so steht dem Pächter das Recht zur Kündigung des Vertrages mit einer Frist von drei Monaten zum Pachtjahresende zu. Die Kündigung hat schriftlich zu erfolgen.

(Variante C): Einigen sich die Parteien nicht binnen vier Wochen, gerechnet ab dem Anpassungsverlangen, auf einen neuen Pachtpreis, so beauftragen sie einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen mit der Unterbreitung eines Änderungsvorschlages. Der Sachverständige wird von ... bestimmt. Einigen sich die Parteien anschließend nicht binnen weiterer zwei Wochen ab Unterbreitung des Änderungsvorschlages, steht dem Pächter das Recht zur Kündigung des Vertrages mit einer Frist von drei Monaten zum Pachtjahresende zu.“

b) Dem Verpächter hingegen ist es wichtig, die Zahlungsansprüche bei Pachtende zurückzuerhalten.

aa) Die Übertragung der Zahlungsansprüche bei Pachtende auf den Verpächter ist nicht bereits zivilrechtlich aus § 596 BGB geschuldet. Dafür gibt es mehrere Gründe:

(1) Die Verordnung (EG) 1782/2003 weist die Zahlungsansprüche bewusst dem Bewirtschafter zu (Art. 33) und sieht keine Flächenakzessorietät vor, sondern eine Handelbarkeit unter Betriebsinhabern (Art. 46). Dies unterscheidet den Zahlungsanspruch von der seinerzeitigen Milchreferenzmenge, die flächengebunden zugeteilt wurde. Die insoweit einschlägige Rechtsprechung kann also nicht herangezogen werden.

(2) Auch führt die EU-Agrarreform nicht zu einer Entwertung des Grund und Bodens, so dass der Verpächter für die Erhaltung des Wertes seines Eigentums nicht auf die Übertragung von Zahlungsansprüchen bei Pachtende angewiesen ist. Dies deshalb, weil zur „Aktivierung“ von Zahlungsansprüchen (also zur Beantragung ihrer Auszahlung) neben der Inhaberschaft von Zahlungsansprüchen die Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Nutzfläche erforderlich ist. Es muss also Land gepachtet werden, um in den Genuss von Direktzahlungen zu gelangen. Das knappe Gut in Deutschland sind aber die landwirtschaftlichen Nutzflächen, nicht die Zahlungsan-

⁴ Isermeyer, Umsetzung des Luxemburger Beschlusses zur EU-Agrarreform in Deutschland: eine erste Einschätzung; www.fal.de/dokumente/fallit/zi030521.pdf, S. IV und 34 f.

sprüche. Das von der BR Deutschland favorisierte „Kombi-Modell“ führt dazu, dass mit Beginn der Entkoppelung alle landwirtschaftlichen Nutzflächen – nur mit Ausnahme von Dauerkulturen – prämienerberechtigt sind. Zusätzlich führt die jährlich voranschreitende Bodenversiegelung durch Städte- und Straßenbau sowie der Entzug landwirtschaftlicher Nutzflächen für ökologische Ausgleichsmaßnahmen zu einer Verknappung landwirtschaftlicher Nutzflächen. Es konkurriert also binnen Kürze ein Überhang von Zahlungsansprüchen um das knappe Gut landwirtschaftlicher Nutzfläche, so dass der Pachtpreis hoch bleibt, die Zahlungsansprüche jedoch gering bewertet werden dürften. Agrarökonomen, z. B. der Bundesforschungsanstalt für Landwirtschaft (FAL) in Braunschweig, rechnen daher nicht mit sinkenden Preisen am Pachtmarkt.⁵

(3) Auch führt die EU-Agrarreform nicht zu einer Einschränkung der Bewirtschaftung des Pachtlandes, so dass der Verpächter zur Erhaltung der Rentabilität der Pachtsache nicht auf die Zahlungsansprüche angewiesen ist. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass – wie vorstehend beschrieben – mit Beginn der Entkoppelung alle landwirtschaftlichen Nutzflächen – nur mit Ausnahme von Dauerkulturen – prämienerberechtigt sind und zudem die anfangs unterschiedliche Höhe der Zahlungsansprüche bis 2012 angeglichen wird. Es wird folglich kaum „prämienerfreies“ Land geben. Zudem ist es gerade die Absicht der EU-Agrarreform, die Rentabilität landwirtschaftlicher Erzeugung von dem Bezug von Direktzahlungen zu lösen und sie allein an den Markt anzuknüpfen.

(4) Ferner ist zu beachten, dass die Übertragung von Zahlungsansprüchen nur unter Betriebsinhabern möglich ist (Art. 46 Abs. 1). Es wird häufig der Fall sein, dass der Verpächter selbst keine landwirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt. Dies ist nach der Legaldefinition des Art. 2 lit. a) aber Voraussetzung der Betriebsinhaber-Eigenschaft. Bei Pachtende können die Zahlungsansprüche folglich auf ihn nicht übertragen werden. Dies spricht entscheidend gegen eine Anwendung von § 596 BGB, denn die Übertragungspflicht aus § 596 BGB wäre a priori rechtlich unmöglich bei Verpächtern, die selbst nicht mehr landwirtschaftlich tätig sind. Eine solche Differenzierung aber kennt das zivile Pachtrecht nicht.

§ 596 BGB greift folglich nicht.⁶

bb) Der Verpächter wird daher die Rückgabe der Zahlungsansprüche vertraglich vereinbaren wollen. Da – wie gerade beschrieben – die Übertragung von Zahlungsansprüchen nur unter Betriebsinhabern möglich ist, der Verpächter vielfach jedoch kein Landwirt ist, sollte er auch die Übertragung des Zahlungsanspruches an einen Dritten oder seine Entschädigung vertraglich verlangen.

Formulierungsvorschlag:

„Erhält der Pächter Zahlungsansprüche zugewiesen, die auf der Bewirtschaftung der Pachtsache durch den Pächter in einem bestimmten Zeitraum oder Zeitpunkt beruhen, so verpflichtet sich der Pächter, diese Rechte bei Pachtende unentgeltlich an den Verpächter zu übertragen.“

Ist eine Übertragung an den Verpächter rechtlich nicht möglich, so ist der Pächter – nach Wahl des Verpächters – entweder verpflichtet, die Prämienrechte unentgeltlich auf einen von dem Verpächter zu bestimmenden Dritten zu übertragen oder aber dem Verpächter den Wert der Prämienrechte zum Zeitpunkt der Pachtbeendigung zu entschädigen.

Maßgebend ist der Wert der Prämienrechte, wie sie zum Zeitpunkt der Pachtbeendigung am Markt gehandelt werden.

Einigen sich die Parteien nicht innerhalb von vier Wochen, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Pachtbeendigung, auf eine Entschädigungssumme, so entscheidet hierüber das Gutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen. Dieser wird von ... bestimmt. Dieses Gutachten ist für beide Parteien verbindlich. Die Kosten tragen die Parteien je zur Hälfte.“

Jedoch ist zu beachten, dass der „betriebsindividuelle Betrag“ auf der Tierhaltung des Pächters im Bezugszeitraum beruht. Dieser wird daher nicht gewillt sein, diesen Anteil der Prämie dem Verpächter zu übertragen. Um hier eine Konsenslösung anzubieten, sollte die Übertragungsverpflichtung eingeschränkt werden, so dass Zahlungsansprüche, die auf der Tierhaltung des Pächters beruhen, nicht zu übertragen sind.

Es könnte daher in vorgenannte Klausel nach dem zweiten Absatz Folgendes eingefügt werden:

„Jedoch ist der Pächter nicht verpflichtet, sämtliche Prämienrechte zu übertragen, falls Prämienanteile auf der Tierhaltung des Pächters im Bezugszeitraum beruhen. In diesem Fall hat er dem Verpächter nur so viele Prämienrechte zu übertragen, dass der auf der Tierhaltung des Pächters beruhende Prämienanteil wertmäßig bei dem Pächter verbleibt. Bei Uneinigkeit über die Anzahl der zu übertragenden Prämienrechte soll das Gutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen entscheiden. Dieser wird von ... bestimmt. Dieses Gutachten ist für beide Parteien verbindlich. Die Kosten tragen die Parteien je zur Hälfte.“

2. Pächterwechsel

Auch hier erhält der neue Pächter, der im Jahr 2005 der Bewirtschafter ist, die Zahlungsansprüche. Sein Problem liegt in der noch nicht bestimmten Höhe der Zahlungsansprüche. Der Verpächter wiederum begehrt die Rückübertragung der Zahlungsansprüche bei Pachtende. Folglich kann in dieser Konstellation ebenfalls die oben vorgeschlagene Klausel Verwendung finden.

3. Pachtvertragsverlängerung

Auch hierfür kann die vorgeschlagene Klausel angewandt werden, da dem Pächter die Zahlungsansprüche zugewiesen werden, die Höhe jedoch unklar ist. Der Verpächter wird der Pachtvertragsverlängerung nur zustimmen, wenn er bei Pachtende die Zahlungsansprüche erhält.

Festzuhalten ist, dass folglich bei dem Abschluss oder der Verlängerung von Pachtverträgen derzeit eine einheitliche Klausel angeboten werden kann, die Pächter- und Verpächterrechte gleichermaßen berücksichtigt.

4. Kaufvertragsabschluss:

Hier besteht für den Käufer einer landwirtschaftlichen Nutzfläche eine gewisse Unsicherheit dadurch, dass die exakte Höhe der Zahlungsansprüche derzeit nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden kann, und dadurch, dass die Zuweisung von Zahlungsansprüchen fraglich sein kann. Zu unterscheiden sind zwei Situationen:

a) Der Käufer erwirbt eine landwirtschaftliche Nutzfläche, die er selbst sofort bewirtschaften kann oder die er jedenfalls zu seinen Konditionen fremdverpachten kann.

⁵ Isermeyer, a. a. O.

⁶ A. A. von Jeinsen, AUR 2003, 293 (294).

aa) Kann der Käufer die Fläche selbst bewirtschaften, so kann er sicher sein, dass er auf seinen Antrag hin Anfang 2005 Zahlungsansprüche zugewiesen erhält. Die Höhe wird zwar bereits diskutiert, eine Restunsicherheit bleibt jedoch. Insbesondere wird der Käufer bedenken müssen, dass die Förderung von Ackerland mit Beginn der Entkoppelung zunächst sinken wird; für Grünland hingegen wird eine Förderung eingeführt. Diese Umstände hat der Käufer bei der Höhe seines Kaufpreisangebotes zu berücksichtigen.

bb) Will der Käufer die Fläche fremdverpachten, wird er neben den vorstehenden Überlegungen zu aa) bei der Gestaltung des Pachtvertrages darauf achten, dass die dem Pächter Anfang 2005 zugewiesenen Zahlungsansprüche bei Pachtende an ihn (oder einen Nachfolge-Pächter) übertragen werden. Dazu wird er die oben zu D. 1. b) bb) vorgeschlagene Formulierung verwenden können.

b) Der Käufer erwirbt eine landwirtschaftliche Nutzfläche, die mindestens noch im Jahr 2005 fremdverpachtet ist. In diesem Fall werden Zahlungsansprüche dem jetzigen Pächter auf Antrag zugeteilt. Der Käufer erhält für diese Fläche keine Zahlungsansprüche, er kann sie auch pachtrechtlich vom derzeitigen Pächter nicht verlangen (oben D. 1. b) aa)).

Falls der Käufer unter diesen Umständen noch am Erwerb der Fläche interessiert ist, so bleibt eine gewisse Unsicherheit bezüglich der angemessenen Kaufpreishöhe. Zwar ist der Verfasser der Ansicht, dass sich die Pachtpreise kaum verändern werden (oben C.), doch bleibt eine Restunsicherheit. Selbst wenn Zahlungsansprüche u. U. günstig gehandelt werden, so wird es für einen potentiellen Käufer dennoch nachteilig erscheinen, dass er die Zahlungsansprüche nicht von Anfang an selbst zugeteilt erhält. Hier könnte dem Käufer geholfen werden, indem der Verkäufer sich verpflichtet, den Kaufpreis nachträglich so anzupassen, dass der Käufer imstande ist, Zahlungsansprüche bei Pachtende zu Marktkonditionen zu erwerben. Da aber der Preis der Zahlungsansprüche unklar ist, sollte der Verkäufer dem Käufer den Kostenaufwand für den Erwerb von Zahlungsansprüchen ersetzen.

Formulierungsvorschlag:

„Im Hinblick auf die vom EU-Agrarrat am 26.6.2003 beschlossene GAP-Reform besteht unter den Vertragsparteien erhebliche Unsicherheit über die angemessene Kaufpreishöhe, insbesondere da die vertragsgegenständliche Fläche derzeit fremdverpachtet ist und daher zu erwarten ist, dass dem Käufer Zahlungsansprüche auf EU-Direktzahlungen für diese Fläche nicht zugeteilt werden. In Kenntnis dieses Umstandes vereinbaren die Parteien, dass der Verkäufer dem Käufer die Kosten für den Erwerb einer der Hektarzahle der vertragsgegenständlichen Fläche entsprechenden Anzahl an Zahlungsansprüchen ersetzt. Maßgeblich ist der Marktwert der Zahlungsansprüche zum Zeitpunkt der Beendigung des Pachtvertrages, sei sie vertragsgemäß oder zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach ordentlicher Kündigung. Zugrunde gelegt werden Zahlungsansprüche mit dem Wert des „flächenbezogenen Betrages“ zum Bewertungszeitpunkt ohne jeden zusätzlichen „betriebsindividuellen Betrag“.

Damit soll erreicht werden, dass der Käufer Ersatz für die Anschaffung von Zahlungsansprüchen bei frühestmöglicher Beendigung des Pachtverhältnisses erhält. Es sollen nur Zahlungsansprüche angeschafft werden, die wertmäßig nicht durch einen betriebsindividuellen Betrag erhöht wurden. Der Käufer ist damit so gestellt, als ob ihm selbst im Jahr 2005 Zahlungsansprüche zugeteilt worden wären.

Doch muss man kritisch bemerken, dass es keine glückliche Ausgangssituation ist, Parteien zu verpflichten, im Nachhinein eine Kaufpreisanpassung vorzunehmen oder einen Wertersatz zu leisten. Zudem begegnet die hier vorgeschlagene Lösung Problemen, wenn der Käufer selbst nicht wirtschaftender Landwirt ist. In diesem Fall kann er selbst, da er nicht Betriebsinhaber ist, keine Zahlungsansprüche erwerben. Die Kaufvertragsparteien sollten daher prüfen, ob sie das Risiko, dass der Käufer keine Zahlungsansprüche für das gekaufte Land erhält, nicht doch in den Preis einkalkulieren können.

5. Hofübergabevertrag

Wird im Jahr 2004 ein Hofübergabevertrag geschlossen, so muss nichts veranlasst werden. Der Hofübernehmer, der im Jahr 2005 den Hof bewirtschaftet, erhält die Zahlungsansprüche auf seinen Antrag hin zugewiesen. Dies gilt nicht nur für den flächenbezogenen Betrag, sondern auch für den betriebsindividuellen Betrag des Zahlungsanspruches. Zwar bezieht sich dieser Anspruchsteil auf den Bezugszeitraum 2000–2002, in welchem ja noch der Hofübergeber, nicht der Hofübernehmer wirtschaftete, doch ordnet Art. 33 Abs. 1 lit. b) VO (EG) 1782/2003 ausdrücklich an, dass im Falle einer vorweggenommenen Erbfolge der Hofübernehmer Zahlungsansprüche auch für die vom Hofübergeber im Bezugszeitraum genutzten Prämien erhält.

Findet die Hofübergabe erst statt, nachdem der Hofübergeber im Jahre 2005 eigene Zahlungsansprüche beantragt und erhalten hat, so müssen diese – neben Grundstücken, Gebäuden, Inventar usw. – als weiterer Übertragungsgegenstand mit übertragen werden. Schwierigkeiten sind damit nicht verbunden.

E. Fazit

Die EU-Agrarreform 2003 verändert das System der Agrarförderung grundlegend. Einerseits richtet sie die Agrarproduktion auf die Marktverhältnisse aus, andererseits gewährt sie für die gesellschaftlich anerkannten Funktionen der Landwirtschaft ein Beihilfesystem, das die Inhaberschaft von „Zahlungsansprüchen“ voraussetzt. Pacht- und Kaufverträge über landwirtschaftliche Nutzflächen bedürfen daher derzeit besonderer Berücksichtigung der Frage, ob und in welcher Höhe die Vertragsparteien Inhaber von Zahlungsansprüchen werden können. Dies kann mit vertraglichen Klauseln weitgehend aufgefangen werden. Restrisiken bleiben jedoch, die besonders bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigt werden sollten.

Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage bei Grundstücksübertragungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter – zugleich Anmerkung zum Beschluss des BFH vom 26.2.2003, II B 54/02¹ –

Von Notar Dr. Stefan Gottwald, Pappenheim

I. Systematik der Bemessungsgrundlagen – § 8 Abs. 1 und § 8 Abs. 2 GrEStG

Als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer gilt grundsätzlich nach § 8 Abs. 1 i. V. mit § 9 GrEStG der Wert der Gegenleistung.² Nur in den Fällen des § 8 Abs. 2 GrEStG ist der Wert des Grundstücks nach den Grundbesitzwerten des § 138 Abs. 2 bzw. Abs. 3 BewG zu ermitteln. Letzteres ist der Fall:

- a) wenn eine Gegenleistung nicht vorhanden oder nicht zu ermitteln ist (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStG),³
- b) bei Umwandlungen aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes, bei Einbringungen sowie bei anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG) und
- c) in den Fällen des § 1 Abs. 2 a und Abs. 3 GrEStG (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG).

Der Wert der Gegenleistung ist nach § 8 Abs. 1 GrEStG selbst dann Bemessungsgrundlage, wenn er außergewöhnlich niedrig ist, insbesondere hinter dem Verkehrswert des Grundstücks zurückbleibt. Erforderlich ist allerdings, dass diese geringe Gegenleistung ernsthaft gewollt ist und sich überhaupt in eine Relation und zum Wert des übertragenen Grundstücks bringen lässt. Liegt dagegen lediglich eine „symbolische Gegenleistung“ vor, so ist die Bemessungsgrundlage gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStG zu ermitteln.⁴

II. Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage – Gesetzesinterpretation

Die nach dem Bewertungsgesetz ermittelten Werte sollen auch in den Fällen der Umwandlung, der Einbringung sowie bei anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage als Bemessungsgrundlage dienen (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG).

Diese durch das Jahressteuergesetz 1997⁵ eingeführte Regelung stellt eine echte Durchbrechung des in § 8 Abs. 1 GrEStG aufgestellten Grundsatzes der Maßgeblichkeit der Gegenlei-

stung dar, da in den Fällen des § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG eine Gegenleistung – nämlich in Höhe des Wertes der gewährten Geschäftsanteile – durchaus vorhanden ist, diese aber nicht der Besteuerung zugrunde gelegt werden soll. Die Vorschrift dient in erster Linie einer Vereinfachung des Gesetzesvollzugs, weil die Ermittlung der Gegenleistung in derartigen Fällen erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Die Bewertung der für das eingebrachte Grundstück gewährten Gesellschaftsrechte war häufig äußerst kompliziert und erforderte – etwa bei der Einbringung eines Grundstücks in eine Personengesellschaft – die Feststellung des gemeinen Werts des gesamten Gesellschaftsvermögens und eine Aufteilung desselben in solche Gegenstände, die nicht der Grunderwerbsteuer unterlagen, und in Grundstücke i. S. von § 2 GrEStG. Bei Kapitalgesellschaften war eine Bewertung des Anteils nach dem so genannten Stuttgarter Verfahren vorzunehmen, den der Grundstückseinbringende Gesellschafter für die Übertragung des Grundstücks erhielt. Nach der ab dem 1.1.1997 geltenden (vgl. § 23 Abs. 4 GrEStG) Regelung in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 2. Alt. GrEStG soll sich die Steuer auch bei einer Einbringung sowie bei anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage deshalb nach den Werten i. S. d. § 138 Abs. 2 bzw. Abs. 3 BewG bemessen.

Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 8 II 1 Nr. 2 GrEStG wird in Rechtsprechung und Literatur relativ einheitlich vorgenommen: Bei den von § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG angesprochenen *Einbringungen* handelt es sich um solche Rechtsvorgänge, durch die ein Gesellschafter ein Grundstück zur Erfüllung einer *Sacheinlageverpflichtung* (z. B. nach § 27 AktG oder nach § 5 Abs. 4 GmbHG) oder zur Erfüllung von *Beitragspflichten* (§ 706 BGB) auf eine Gesellschaft überträgt. Ein *Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage* liegt dagegen vor, wenn sich infolge des Erwerbsvorgangs die Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters in *rechtlicher Hinsicht* verändert,⁶ sei es, dass dem Gesellschafter für die Übertragung des Grundstücks auf die Gesellschaft eine höhere Beteiligung eingeräumt wird (z. B. bei einer Kapitalerhöhung im Weg der Sacheinlage gemäß § 138 AktG, § 56 GmbH-Gesetz; höhere Beteiligungsquote am Vermögen einer Gesamthand, „Aufstockung“) oder sich wegen der Übertragung des Grundstücks durch die Gesellschaft auf den Gesellschafter dessen Beteiligung an der Gesellschaft vermindert.⁷ Auch beim Übergang eines Grundstücks im Zug der Auflösung einer Gesellschaft liegt ein Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage vor.⁸ Ebenso erfolgt der auf Anwachsung (§ 738 BGB) beruhende Übergang des Eigentums an einem Grundstück infolge des

¹ MittBayNot 2004, 146 (in diesem Heft).

² Zur Gegenleistung gehört jede Leistung, die der Erwerber als Entgelt für den Erwerb des Grundstücks gewährt oder die der Veräußerer als Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks empfängt. Es ist folglich eine kausale Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Gegenleistung erforderlich; vgl. BFH, BStBl II 1989, 466; Pahlke/Franz, § 8 Rdnr. 4; Hofmann, § 8 Rdnr. 3; Gottwald, S. 138 ff.

³ Eine Gegenleistung ist z. B. dann nicht vorhanden, wenn das Grundstück als Gewinn eines Preisausschreibens erworben wird; ebenso verhält es sich beim Erwerb als Lotteriegewinn, da das geleistete Entgelt für den Erwerb des Loses und nicht für den Erwerb des Grundstücks gezahlt wurde. Hier ist die Steuer nach dem Wert i. S. d. § 138 Abs. 2 und 3 des Bewertungsgesetzes zu bemessen; vgl. Weilbach/Foß, § 8 Rdnr. 5.

⁴ Vgl. Pahlke/Franz, § 8 Rdnr. 4, und Gottwald, S. 139. Sofern es sich jedoch um eine Schenkung handelt, ist der Vorgang gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

⁵ Vgl. Jahressteuergesetz 1997 vom 20.12.1996, BGBl I, 2062.

⁶ Vgl. Hofmann, § 8 Rdnr. 38; Boruttau/Viskorf, § 8 Rdnr. 75.

⁷ Bei einem reinen Kaufvertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter verändert sich die rechtliche Stellung des Gesellschafters nicht, so dass § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG selbst dann nicht einschlägig ist, wenn der Kaufpreis den tatsächlichen Wert des Grundstücks unterschreitet. Vielmehr ist der niedrigere Kaufpreis gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG maßgeblich, solange es sich nicht um eine rein symbolische Gegenleistung handelt.

⁸ Vgl. Hofmann, § 8 Rdnr. 39.

Ausscheidens eines von nur zwei Gesellschaftern einer Personengesellschaft auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage i. S. d. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG.⁹

III. Gestaltungsüberlegungen zu § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG

Entsprechend der vorstehend zitierten herrschenden Literaturauffassung verlangt auch der BFH für einen „Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage“ einen Grundstücksübergang zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern, durch den die Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters in *rechtlicher*, also nicht lediglich in *wirtschaftlicher* Hinsicht berührt oder verändert wird. Eine bloße Zuweisung des Vermögenszugangs bei den Rücklagen reicht nicht für eine rechtliche Änderung der Gesellschafterstellung aus. Dies hatte in dem zu entscheidenden Fall zur Folge, dass lediglich die verbuchte Darlehensschuld gegenüber dem Veräußerer als Gegenleistung anzusetzen war, wenngleich diese Gegenleistung weit unter dem Verkehrswert des Grundstücks lag. Es handelte sich auch nicht um einen Einbringungsvorgang i. S. d. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG, da der Übertragung des Grundstücks keine entsprechende Sacheinlageverpflichtung zugrunde lag und auch keine Kapitalerhöhung erfolgte. Ein sonstiger Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage bestand ebenfalls nicht, weil sich die Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters in rechtlicher Hinsicht nicht veränderte. Ein Fall des § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStG (Gegenleistung nicht vorhanden) lag ebenfalls nicht vor, da durch die Darlehensbuchung jedenfalls teilweise eine – nicht lediglich symbolische – Gegenleistung vorhanden war. Folglich war diese zugrunde zu legen. Eine Aufteilung anhand der Relation der Gegenleistung (Darlehensforderung) zum Verkehrswert der Immobilie erfolgte dagegen nicht.

Aus dem Urteil lassen sich folgende Konsequenzen hinsichtlich der Bemessungsgrundlage ableiten, die m. E. bei Grundstückseinbringungen in Personen- und Kapitalgesellschaften gleichermaßen gelten dürften.

1. Personengesellschaften

Beispiel:

A ist Kommanditist der A-GmbH & Co. KG und als einziger an deren Vermögen beteiligt. Auf die Gesellschaft überträgt er Grundvermögen. Es sind im Wesentlichen fünf Alternativen denkbar, wie die Übertragung in der Notarurkunde behandelt wird: (1) Das Kommanditkapital wird erhöht; (2) Zugunsten des A wird eine Forderung auf seinem Verrechnungskonto gutgeschrieben; (3) Der Vermögenszugang wird den Rücklagen zugewiesen; (4) Zugunsten des A wird eine (geringere) Forderung auf seinem Verrechnungskonto gutgeschrieben und im Übrigen der Grundstückswert der Kapitalrücklage zugewiesen; (5) Es wird das Kommanditkapital des A erhöht und ihm zudem eine Darlehensforderung hinsichtlich des restlichen Grundstückswertes gutgeschrieben.

Lösung:

Die Grundstückseinbringung ist steuerbar nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG; jedoch wird die Grunderwerbsteuer nach § 5 Abs. 2 GrEStG nicht erhoben.¹⁰ Etwas anderes gilt nur, falls A seine Beteiligung an der A-GmbH & Co. KG binnen fünf

Jahren nach der Einbringung reduziert. Letzteres folgt aus § 5 Abs. 3 GrEStG. Für diesen Fall ist bedeutsam, was Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist. Hier ist hinsichtlich der einzelnen Alternativen zu unterscheiden:

Alternative 1: Bemessungsgrundlage sind die Grundbesitzwerte i. S. d. § 138 Abs. 2 oder 3 BewG, da es sich um einen Erwerbsvorgang „auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage“ i. S. d. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG handelt.

Alternative 2: Die Grunderwerbsteuer bemisst sich nach dem Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 GrEStG). Es kommt auf die Höhe der dem A gutgeschriebenen Forderung an. Dies gilt auch, wenn diese erheblich unter dem Verkehrswert des Grundstücks liegt, solange es sich nicht um eine rein symbolische Gegenleistung handelt.

Alternative 3: Ein Erwerbsvorgang auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG liegt nicht vor, da die Gesellschafterstellung *rechtlich* nicht verändert wird. Es ist somit keine Gegenleistung vorhanden, weshalb sich die Grunderwerbsteuer gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG nach den Grundbesitzwerten i. S. d. § 138 Abs. 2 oder Abs. 3 BewG bemisst.

Alternative 4: Für den Fall, dass dem einbringenden Gesellschafter eine Forderung eingeräumt wird und der Grundstückswert im Übrigen der Kapitalrücklage zugewiesen wird, bemisst sich die Grunderwerbsteuer allein nach der Gegenleistung in Höhe der eingeräumten Forderung.¹¹

Alternative 5: Fraglich ist, was gilt, wenn das Kommanditkapital des Einbringenden erhöht wird und ihm zudem eine Darlehensforderung gutgeschrieben wird. Hier liegt ein Erwerbsvorgang vor, der einerseits eine gesellschaftsvertragliche Grundlage (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG) hat, für den aber andererseits eine Gegenleistung gewährt wird. Dieser Fall ist von der Rechtsprechung noch nicht entschieden. Man könnte an eine Aufteilung anhand der Relation der Gegenleistung zum Verkehrswert der Immobilie denken. Die damit verbundenen Schwierigkeiten der Wertermittlung sprechen jedoch gegen diesen Ansatz. Auf der Grundlage der Gesetzesauslegung des BFH in dem Beschluss vom 26.2.2003, welcher sich stark an den Motiven des Gesetzgebers orientiert, ist wohl eher davon auszugehen, dass die Rechtsprechung (auch bei Personengesellschaften) in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG eine spezialgesetzliche Regelung für Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage erblickt, die den Vorrang genießen dürfte, ohne dass eine Aufteilung vorzunehmen ist. Nur bei einer derartigen Auslegung ließe sich die vom Gesetzgeber durch die Einführung des § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG bezweckte Vereinfachung des Gesetzesvollzuges erreichen. Außerdem hätte sonst der BFH in dem Beschluss vom 26.2.2002 wohl auch eine Aufteilung zwischen Erwerb mit Gegenleistung einerseits und Erwerb ohne Gegenleistung andererseits vornehmen müssen.¹² Bei diesem Verständnis sind dann allein die Grundbesitzwerte maßgebend.

2. Kapitalgesellschaften

Bei Kapitalgesellschaften ist die Einbringung eines Grundstücks durch einen Gesellschafter in eine Kapitalgesellschaft ebenfalls steuerpflichtig nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Eine dem § 5 Abs. 2 GrEStG vergleichbare Befreiungsvorschrift gibt es bei Kapitalgesellschaften dagegen nicht. Folglich stellt

⁹ Vgl. Hofmann, § 8 Rdnr. 40; Viskorf in Boruttau, § 8 Rdnr. 77.

¹⁰ Bei der Übertragung auf eine Kapitalgesellschaft würde dagegen sehr wohl Grunderwerbsteuer anfallen, so dass sich die Frage der Bemessungsgrundlage bereits an dieser Stelle stellen würde.

¹¹ Vgl. Kroschewski, GmbH 2003, 758, unter Verweis auf den Beschluss des BFH vom 26.2.2003, II B 54/02, der die Übertragung auf eine Kapitalgesellschaft betraf.

¹² Ähnlich Kroschewski, a. a. O.

sich die Frage nach der Bemessungsgrundlage bei Kapitalgesellschaften bereits im Zeitpunkt der Einbringung des Grundstücks in diese und nicht erst – anders als bei Personengesellschaften – bei einer späteren Reduzierung der Beteiligung des Einbringenden an der Gesellschaft.

Das Grunderwerbsteuergesetz differenziert in § 8 Abs. 1 und Abs. 2 GrEStG nicht nach der Rechtsform der erwerbenden Gesellschaft. Folglich gelten vorstehende Ausführungen entsprechend für Einbringungsvorgänge in Kapitalgesellschaften. Der Beschluss des BFH vom 26.2.2003 betraf die Übertragung eines Grundstücks auf eine Kapitalgesellschaft. In dem dem Beschluss zugrunde liegenden Fall waren nur ca. 30 % (8,673 Mio. DM) des Grundstückswerts der Kapitalrücklage zugeführt worden, während in Höhe von ca. 70 % (20,247 Mio. DM) dem einbringenden Gesellschafter ein Darlehen gewährt wurde (die Gestaltung entspricht somit vorstehender Alternative 4). Durch diese Gestaltung konnte die Bemessungsgrundlage auf 20,237 Mio. DM herabgeschleust werden.

In konsequenter Fortführung dieser Gedankengänge hätte die Bemessungsgrundlage jedoch bei umgekehrter Buchung (70 % Kapitalrücklage und 30 % Trägerdarlehen) sogar auf 8,63 Mio. DM reduziert werden können. Fraglich bleibt allenfalls, ab wann der BFH in dem Trägerdarlehen nur noch eine symbolische Gegenleistung gesehen hätte. Erst dann dürfte er nach den oben dargestellten Grundsätzen über § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStG auf die Werte des § 138 Abs. 2 oder 3 BewG zurückgreifen.

3. Konsequenzen für die Praxis

Sofern ein Gesellschafter ein Grundstück auf eine Personen- oder Kapitalgesellschaft überträgt, an der er selbst beteiligt ist, empfiehlt es sich aus grunderwerbsteuerlicher Sicht, dem Gesellschafter eine Darlehensforderung gegen die Gesellschaft gutzuschreiben, die erheblich unter dem Verkehrswert

des Grundstücks liegt. Sofern im Übrigen eine Verbuchung bei den Rücklagen erfolgt, erhöht dies die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage nicht. In konsequenter Fortführung der Rechtsprechung dürfte sich die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage aber auch dann nicht erhöhen, wenn anstelle einer Rücklagenbuchung eine Kapitalerhöhung hinsichtlich des Restbetrages vorgenommen wird.¹³

Es darf keine reine Kapitalerhöhung¹⁴ und keine reine Rücklagenverbuchung¹⁵ erfolgen, sondern es muss stets eine gewisse Gegenleistung vorhanden sein. Solange diese nicht lediglich symbolischen Charakter hat, ist sie gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG die entscheidende Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer, selbst wenn sie wesentlich niedriger ist als die tatsächlichen Grundstückswerte oder die Grundbesitzwerte des § 138 Abs. 2 bzw. Abs. 3 BewG.

Während dieses Ergebnis bei Personengesellschaften wegen der bestehenden weitgehenden Befreiungsbestimmungen in § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG lediglich von Bedeutung ist, sofern ein Nachbesteuerungsfall gemäß § 5 Abs. 3 GrEStG eintritt, wirkt sich dieses Ergebnis bei der Einbringung von Grundstücken in Kapitalgesellschaften sofort auf die Höhe der Bemessungsgrundlage aus. Durch eine entsprechende Gestaltung kann die Grunderwerbsteuerbelastung auf ein Minimum reduziert werden.

Bei Mehrpersonengesellschaften ist allerdings die schenkungsteuerliche Seite des Vorganges nicht zu vernachlässigen. Außerdem sind in jedem Fall die ertragsteuerlichen Konsequenzen des Buchungsvorganges zu berücksichtigen.

¹³ Der letztgenannte Fall ist von der Rechtsprechung allerdings noch nicht entschieden.

¹⁴ Bei einer reinen Kapitalerhöhung wäre § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG einschlägig.

¹⁵ Sonst würde § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStG eingreifen.

Steuerrechtliche Änderungen zum 1.1.2004

Von Notarassessorin *Monika Pöppel*, Simbach am Inn

Nach langem Hin und Her im Vermittlungsausschuss haben Bundestag und Bundesrat am 19.12.2003 letztlich das Vorziehen der Steuerreform und die dafür nötige Gegenfinanzierung beschlossen. Im Hinblick auf den politischen Streit um die Abschaffung der Eigenheimzulage, um die Entfernungspauschale, um die Einführung der Gewerbesteuerpflicht für Freiberufler und Ähnliches sind jedoch andere Änderungen des Steuerrechts, die ebenfalls zum 1.1.2004 in Kraft getreten sind, aus dem Blickfeld geraten. Der Beitrag will, ohne den Anspruch der Vollständigkeit zu erheben, einige ausgewählte Neuerungen im Steuerrecht, die zum 1.1.2004 in Kraft getreten sind,¹ vorstellen, auch wenn von vornherein darauf hingewiesen werden soll, dass die Bedeutung dieser Änderungen für die notarielle Praxis im Bereich des Umsatzsteuerrechts am größten ist.

I. Einkommensteuerrecht

1. Vorziehen der Steuerreform

Im Zuge des Vorziehens der Steuerreform stieg der Grundfreibetrag zum 1.1.2004 auf 7.664 €, der Eingangssteuersatz wurde auf 16 %, der Höchststeuersatz auf 45 % abgesenkt. Für 2005 ist ein Eingangssteuersatz von 15 % und ein Spitzensteuersatz von 42 % vorgesehen (§ 52 Abs. 41 EStG).

¹ Die dargestellten Änderungen sind inhaltlich vor allem in folgenden Gesetzen enthalten: Haushaltsbegleitgesetz 2004, BGBl I 2003, 3076 ff.; Zweites Gesetz zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Steuerände-

2. Eigenheimzulage

Ausbauten und Erweiterungen werden in Zukunft nicht mehr gefördert. In die Bemessungsgrundlage (§ 8 EigZulG) fließen künftig nicht nur die Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Wohnung und die Anschaffungskosten für den zugehörigen Grund und Boden mit ein, sondern auch die Aufwendungen für Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen,

runnungsgesetz 2003), BGBl I 2003, 2645 ff.; Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz, BGBl I 2003, 2840 ff.

die innerhalb von zwei Jahren nach der Anschaffung an der Wohnung durchgeführt werden. Zu diesen Aufwendungen gehören aber nicht die Erhaltungsarbeiten, die jährlich üblicherweise anfallen. Bei der Höhe der Eigenheimzulage nach § 9 Abs. 2 EStG wurde der Fördergrundbetrag von jährlich 5 % der Bemessungsgrundlage, höchstens aber 2.556 €, auf 1 % der Bemessungsgrundlage und höchstens 1.250 € abgesenkt. Der Förderhöchstbetrag wird also schon ab einer Bemessungsgrundlage von 125.000 € erreicht. Die Kinderzulage wurde auf 800 € pro berücksichtigungsfähigem Kind erhöht. Die früher im Gesetz enthaltene Differenzierung zwischen Neu- und Altbauten beim Fördergrundbetrag ist entfallen. Die in § 5 EStG enthaltene Einkunftsgrenze für die Inanspruchnahme der Eigenheimzulage wurde auf 70.000 € für Ledige bzw. 140.000 € für Verheiratete abgesenkt, wobei künftig bei der Berechnung nicht mehr der Gesamtbetrag der Einkünfte, sondern die Summe der positiven Einkünfte des Vorjahres entscheidend ist. Hierzu ein

Beispiel:

Ein Ehepaar erzielt in zwei Jahren Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 120.000 € und aus nichtselbständiger Arbeit in Höhe von 30.000 €. Daneben wird aus Vermietung und Verpachtung ein Verlust in Höhe von 15.000 € erzielt.

Der Gesamtbetrag der Einkünfte beträgt zwar nur 135.000 €. Da die Summe der positiven Einkünfte jedoch in Höhe von 150.000 € die Einkunftsgrenze (140.000 €) übersteigt, kann keine Eigenheimzulage in Anspruch genommen werden.

3. Anschaffungsnaher Aufwand

Nach der neuen Rechtsprechung des BFH² kam es für die Frage der sofortigen Abziehbarkeit von Reparatur- und Renovierungskosten bei Gebäuden als Werbungskosten oder Betriebsausgaben nicht auf deren Höhe oder deren Zeitpunkt an, sondern nur darauf, ob eine wesentliche Verbesserung des Bauwerks eingetreten ist oder nicht. In diesem Zusammenhang wird jetzt für Baumaßnahmen, mit denen nach dem 31.12.2003 begonnen wird, die vor dieser Rechtsprechungsänderung praktizierte Verwaltungsauffassung gesetzlich in § 6 Abs. 1 Nr. 1 a EStG festgeschrieben. Demnach zählen Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen, deren Kosten ohne Umsatzsteuer 15 % der Anschaffungskosten des Gebäudes übersteigen und die binnen drei Jahren nach der Anschaffung des Gebäudes durchgeführt werden, zu den Herstellungskosten. Weder Aufwendungen für Gebäudeerweiterungen noch Aufwendungen für die jährlich üblicherweise anfallenden Erhaltungsarbeiten werden bei der Berechnung berücksichtigt. Soweit also nach dieser Neuregelung wieder Herstellungskosten vorliegen, können diese Aufwendungen nur im Rahmen der Gebäudeabschreibung berücksichtigt werden und nicht mehr als sofort abziehbare Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben geltend gemacht werden.

4. Betriebsaufgabe bzw. -veräußerung

Der Freibetrag bei Betriebsaufgaben bzw. -veräußerungen wurde auf 45.000 € abgesenkt und ermäßigt sich künftig um den Betrag, um den der Veräußerungsgewinn 136.000 € übersteigt. Der auf diese außerordentlichen Einkünfte auf Antrag anwendbare ermäßigte Steuersatz nach § 34 Abs. 3 EStG stieg von bisher 50 % des durchschnittlichen Steuersatzes auf 56 % und muss künftig mindestens 16 % betragen.

5. Weitere Änderungen im Überblick

- Die von der Finanzverwaltung bei der Abschreibung von beweglichen Wirtschaftsgütern angewandte Vereinfachungsregel, wonach bei einer Anschaffung von Wirtschaftsgütern während des Jahres entweder die volle oder die hälftige Jahresabschreibung geltend gemacht werden konnte, entfällt. Stattdessen erfolgt die Absetzung künftig pro rata temporis.
- Bei der degressiven AfA für Wohngebäude wurden für Gebäude, die auf Grund eines nach dem 31.12.2003 gestellten Bauantrags hergestellt oder auf Grund eines nach diesem Datum rechtswirksam abgeschlossenen obligatorischen Vertrages angeschafft worden sind, die Abschreibungssätze abgesenkt. Sie belaufen sich nunmehr im Jahr der Fertigstellung und den folgenden 9 Jahren auf jeweils 4 %, in den darauf folgenden 8 Jahren auf jeweils 2,5 % und in den darauf folgenden 32 Jahren auf 1,25 %.
- Bei der erhöhten AfA für den sanierungs- und städtebaulichen Entwicklungsbereich bzw. für Baudenkmäler wurden die Abschreibungsvorschriften ebenfalls geändert. Jetzt ist es möglich, im Jahr der Herstellung und in den folgenden 7 Jahren jeweils bis zu 9 % und in den folgenden 4 Jahren jeweils bis zu 7 % der Herstellungskosten nach § 7 Abs. 1 Satz 1 EStG bzw. § 7 i Abs. 1 Satz 1 EStG abzuschreiben.
- Der Freibetrag bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften nach § 17 Abs. 3 EStG wurde auf 9.060 € abgesenkt und ermäßigt sich künftig schon ab einem Veräußerungsgewinn von 36.100 €.
- Bei den Bewirtungskosten sind künftig nur noch 70 % der angemessenen Aufwendungen abziehbar.
- Die Zweijahresfrist für die steuerliche Anerkennung einer beruflich veranlassten doppelten Haushaltsführung entfällt.
- Zuwendungen, die ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern anlässlich der Eheschließung oder der Geburt eines Kindes macht, sind für den Arbeitnehmer künftig nur noch in der Höhe von 315 € steuerfrei.
- Bei betrieblich veranlassten Aufwendungen für Geschenke an Personen, die nicht Arbeitnehmer des Unternehmers sind, wird die Freigrenze von 40 € auf 35 € im Jahr gesenkt. Wird diese Freigrenze überschritten, so ist der Vorsteuerabzug wie auch bisher nach § 15 Abs. 1 a Nr. 1 UStG ausgeschlossen.
- Der Sparerfreibetrag wird für Ledige auf 1.370 € und für Verheiratete auf 2.740 € abgesenkt.
- Der Haushaltsfreibetrag wird durch einen Entlastungsbetrag für Alleinerziehende ersetzt.
- Die Entfernungspauschale wird auf 0,30 Cent pro Entfernungskilometer abgesenkt.
- Bei Vermietungen und Verpachtungen ist ein voller Werbungskostenabzug nur noch dann möglich, wenn die Miete mindestens 56 % der ortsüblichen Marktmiete beträgt.
- Die Regelungen zum vertikalen Verlustausgleich in § 2 Abs. 3 Sätze 2–8 EStG entfallen, so dass künftig die Verluste aus einer Einkunftsart wieder unbegrenzt mit positiven Einkünften aus einer anderen Einkunftsart verrechnet werden können.
- Auch die Regelungen zum Verlustrücktrag und zum Verlustvortrag wurden neu gefasst. Dabei wurde beim Verlustvortrag letztlich eine Art Mindeststeuer eingeführt, da die Verluste nur bis zu einem Gesamtbetrag der Einkünfte von 1 Mio. € (bei zusammenveranlagten Ehegatten 2 Mio. €)

² BFH, Urteil vom 12.9.2001, IX R 39/97, NJW 2002, 2268 ff.

unbeschränkt geltend gemacht werden können. Soweit der Gesamtbetrag der Einkünfte höher ist, können die Verluste nur in Höhe von 60 % geltend gemacht werden.

II. Erbschaftsteuerrecht

Der in § 13 a Abs. 1 ErbStG enthaltene Freibetrag für Betriebsvermögen, land- und forstwirtschaftliches Vermögen und für Anteile an Kapitalgesellschaften sinkt von 256.000 € auf 225.000 €. Der nach Anwendung des Freibetrags verbleibende Wert des Vermögens ist künftig statt mit 60 % mit 65 % anzusetzen. Die Berechnung des Entlastungsbetrages nach § 19 a ErbStG wurde ebenfalls verändert. Diese Neuregelungen gelten für einen Erwerb, bei dem die Steuer nach dem 31.12.2003 entsteht.

III. Umsatzsteuerrecht

1. Neue Pflichtangaben in Rechnungen

Folgende Angaben müssen in einer Rechnung nach § 14 Abs. 4 UStG künftig im Wesentlichen enthalten sein: Der vollständige Name und die vollständige Anschrift des Unternehmers und des Leistungsempfängers, die vom Finanzamt erteilte Steuernummer oder die vom Bundesamt für Finanzen erteilte Umsatzsteueridentifikationsnummer, das Ausstellungsdatum der Rechnung, eine fortlaufende Nummer mit einer oder mehreren Zahlenreihen, die zur Identifizierung der Rechnung vom Rechnungsaussteller einmalig vergeben wird (Rechnungsnummer), die Menge und Art der gelieferten Gegenstände oder der Umfang und die Art der sonstigen Leistung, der Zeitpunkt der Lieferung oder sonstigen Leistung, das nach Steuersätzen und einzelnen Steuerbefreiungen aufgeschlüsselte Entgelt sowie jede im Voraus vereinbarte Minderung des Entgelts, sofern sie nicht bereits im Entgelt berücksichtigt ist, der anzuwendende Steuersatz sowie der auf das Entgelt entfallende Steuerbetrag oder im Fall einer Steuerbefreiung ein Hinweis darauf, dass für die Lieferung oder sonstige Leistung eine Steuerbefreiung gilt.

Problematisch im notariellen Bereich ist das Erfordernis einer fortlaufenden Rechnungsnummer im Hinblick auf die Frage, ob hierbei die Kostenregisternummer bzw. die Urkundennummer genügt. Probleme entstehen in diesem Bereich bei der Vergabe von Bruchnummern, bei einer Nichterhebung von Kosten nach § 16 KostO oder auch, wenn im Rahmen einer Kostenaufteilung für eine Urkunde mehrere Rechnungen erstellt werden. In all diesen Fällen existiert streng genommen keine fortlaufende Rechnungsnummer in dem Sinn, dass mit jeder innerhalb der Zahlenreihen theoretisch möglichen Nummern genau eine Rechnung korrespondiert. Insoweit wird auf das Schreiben der Notarkasse vom 19.1.2004 verwiesen, wonach es nach ersten Einschätzungen nicht nötig sein soll, das bisher verwendete System umzustellen, da in Verbindung mit dem Kostenregister eine Rechnung eindeutig zuordenbar und ein Umsatzsteuerbetrag damit ausgeschlossen ist. Dieser Auffassung kann nach der ratio legis uneingeschränkt zugestimmt werden.

Der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen kommt insofern eine hohe Bedeutung zu, als der Vorsteuerabzug für Unternehmer nur noch in dem Fall möglich ist, dass diese eine Rechnung besitzen, die den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Sonst findet ein Vorsteuerabzug nicht statt. Nach § 31 UStDV kann eine Rechnung, die die nötigen Angaben nicht enthält, allerdings gegebenenfalls berichtigt werden.

Es soll aber in diesem Zusammenhang nicht versäumt werden, auf das BMF-Schreiben vom 19.12.2003 (Gz. IV B 7 – S

7300 – 75/03) hinzuweisen. Danach ist übergangsweise für Rechnungen, die bis zum 30.6.2004 ausgestellt werden, der Vorsteuerabzug möglich, wenn zumindest die gesetzlichen Erfordernisse, die bis zum 31.12.2003 galten, gewahrt sind. Somit besteht bis zu diesem Zeitpunkt noch kein unmittelbarer Handlungsbedarf.

2. Aufbewahrungsfristen für Rechnungen

Der Unternehmer hat nach § 14 b UStG nicht nur ein Doppel der Rechnung, die er selbst oder ein Dritter in seinem Namen und für seine Rechnung ausgestellt hat, zehn Jahre lang aufzubewahren, sondern auch alle Rechnungen, die er erhalten hat. Die Aufbewahrungsfrist beginnt mit dem Schluss des Kalenderjahres, in dem die Rechnung ausgestellt worden ist.

3. Option zur Steuerpflicht bei grunderwerbsteuerpflichtigen Vorgängen

Nach § 4 Nr. 9 a UStG sind Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, von der Umsatzsteuer befreit. Nach § 9 Abs. 1 UStG hat jedoch ein Unternehmer die Möglichkeit, einen solchen steuerfreien Umsatz als steuerpflichtig zu behandeln, wenn der Umsatz an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausgeführt wird. Der Sinn dieser Regelung liegt darin, die nachteiligen Wirkungen einer Steuerbefreiung bei Zwischenumsätzen von Unternehmern zu vermeiden und damit die Möglichkeit eines Vorsteuerabzugs zu eröffnen.³ Abgesehen vom Grundstückserwerb im Zwangsversteigerungsverfahren kann der Verzicht auf die Steuerbefreiung bei Umsätzen im Sinne von § 4 Nr. 9 a UStG künftig nur noch in dem gemäß § 311 b Abs. 1 BGB notariell zu beurkundenden Vertrag erklärt werden.

4. Steuerentstehung und Steuerschuldnerschaft

Die Umsatzsteuer entsteht für folgende Umsätze mit Ausstellung der Rechnung, spätestens jedoch mit Ablauf des der Ausführung der Leistung folgenden Kalendermonats: Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen (§ 13 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG), sowie Werklieferungen und sonstige Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen, mit Ausnahme von Planungs- und Überwachungsleistungen (§ 13 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UStG). In den Fällen, in denen es um Umsätze geht, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, schuldet der Leistungsempfänger die Steuer, wenn er ein Unternehmer oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Somit schuldet künftig bei einer Umsatzsteueroption der Grundstückskäufer die Umsatzsteuer, wenn er Unternehmer oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. In den Fällen des § 13 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 schuldet der Leistungsempfänger die Steuer, wenn er ein Unter-

³ In diesem Zusammenhang wird aus aktuellem Anlass auf das Urteil des BGH vom 23.10.2003, IX ZR 324/01, DStR 3/2004 XVIII hingewiesen: Die Vertragsparteien vereinbarten, dass der Käufer die auf den Nettokaufpreis zu zahlende Mehrwertsteuer auch durch Abtretung eines Steuererstattungsanspruches begleichen konnte. Der Notar sollte die Eigentumsumschreibung erst nach einer vollständigen Bezahlung des Kaufpreises beantragen dürfen. In diesem Fall darf nach dem Urteil der Antrag frühestens nach dem Vorliegen einer wirksamen Abtretung gestellt werden. Bei verfrühtem Antrag ist der Verkäufer spätestens dann geschädigt, wenn die Finanzbehörden zu erkennen geben, dass sie auf die Abtretung nicht in voller Höhe zahlen werden, gegen den Verkäufer einen Haftungsbescheid wegen der danach noch offenen Umsatzsteuer erlassen und die Vollstreckung gegen den auf Zahlung des Differenzbetrages verurteilten Käufer aufgrund Zahlungsunfähigkeit scheitert.

nehmer ist, der Leistungen im Sinne der Nr. 4 erbringt. Dies gilt jeweils auch dann, wenn die Leistung für den nichtunternehmerischen Bereich bezogen wird.

5. Streichung der Vorsteuerabzugsbeschränkung bei betrieblich genutzten Fahrzeugen

Die schon bislang heftig umstrittene Regelung zur Beschränkung des Vorsteuerabzugs bei betrieblich genutzten Fahrzeugen wurde aufgehoben. Somit kann ein Unternehmer ab dem 1.1.2004 für den Neuerwerb eines betrieblich genutzten Fahrzeuges wieder den vollen Vorsteuerabzug geltend machen. Eine Ausnahme gilt jedoch für den Fall, dass die betriebliche Nutzung weniger als 10 % ausmacht. Infolge des uneingeschränkten Vorsteuerabzugs ist die private Nutzung wiederum nach § 3 Abs. 9 a Satz 1 Nr. 1 UStG zu versteuern.

6. Sonstiges

Ab dem 1.1.2005 ist die Umsatzsteuervoranmeldung dem Finanzamt auf elektronischem Weg zu übermitteln. Auf Antrag kann allerdings das Finanzamt zur Vermeidung von unbilligen Härten auf eine elektronische Übermittlung verzichten.

Bei der Abtretung einer Forderung, die Gegenleistung für einen steuerpflichtigen Umsatz war, kann auch der Abtretungsempfänger nach § 13 c UStG für die in der Forderung enthaltene Umsatzsteuer haften, wenn der Abtretende die Umsatzsteuer nicht oder nicht vollständig entrichtet hat. Im Fall der Pfändung bzw. Verpfändung einer Forderung trifft den Vollstreckungsgläubiger bzw. den Pfandgläubiger eine entsprechende Haftung für die Umsatzsteuer.

Nach § 13 d UStG kann auch der leistende Unternehmer in den Fällen einer steuerpflichtigen Lieferung eines beweglichen Gegenstandes an einen anderen Unternehmer auf Grund eines Mietvertrages oder eines mietähnlichen Verhältnisses für die Steuer haften, die nach einer Änderung der Bemessungsgrundlage beim Leistungsempfänger festgesetzt wird und von diesem nicht oder nicht vollständig entrichtet wird.

IV. Sonstiges

1. Die Brücke zur Steuerehrlichkeit

Im Rahmen des Strafbefreiungserklärungsgesetzes⁴ besteht für Verkürzungen von Steuern, die bei den Steuerfestsetzungen von 1993 bis 2002 erfolgt sind, die Möglichkeit einer Amnestie. Voraussetzung ist die Abgabe einer strafbefreienden Erklärung und die Entrichtung einer pauschalen Abgabe. Erfolgt die strafbefreiende Erklärung in 2004, so beträgt der pauschale Nachbesteuerungssatz 25 %, bei einer Erklärung bis zum 31.3.2005 35 %.

2. Körperschaftsteuergesetz

Insoweit soll nur noch kurz darauf hingewiesen werden, dass die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8 a KStG geändert wurden und sich somit die Voraussetzungen, bei denen von einer verdeckten Gewinnausschüttung ausgegangen werden muss, geändert haben.

⁴ Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit, BGBl I 2003, 2928 ff.

BUCHBESPRECHUNGEN

Schulte-Nölke/Frenz/Flohr (Hrsg.): Formularbuch Vertragsrecht. ZAP-Verl., 2003. 1 575 S. + CD-ROM, 102 €

Wieder ist ein neues Formularbuch für die Vertragsgestaltung erschienen. Das Werk verfolgt das Ziel, das Wissen des Lesers auf den neuesten Stand zu bringen, die Grundlagen und wichtigen Neuerungen der letzten Zeit darzustellen und praxiserprobte Vertragsmuster als Arbeitshilfen anzubieten. Das neue Schuldrecht ist eingearbeitet. Neu in einem Vertragsformularbuch, wenn auch nur für den anwaltlichen Berater von praktischem Nutzen, sind zahlreiche Musterschriftsätze für Vertragsstörungen zu den behandelten Verträgen; diesem Thema widmet das Werk für jedes Rechtsgebiet ein eigenes Kapitel. Die Verfasser, unter ihnen mit *Norbert Frenz* und *Hans-Frieder Krauß* auch Notare, sind zum Teil Praktiker, schwerpunktmäßig aus wenigen Anwaltskanzleien, zu einem erheblichen Teil aber auch Wissenschaftler.

Die Aufmachung des Werks darf als innovativ bezeichnet werden. Die Seitengestaltung wirkt auf den Nutzer neuer Medien, insbesondere des Internets, vertraut; die Orientierung im Werk soll mit Registerkarten im Kopf jeder Seite wie am Windows-PC gelingen. Sie ist gewöhnungsbedürftig und nicht einfacher oder übersichtlicher als am PC. Das Verzeichnis der Vertragsmuster und Formulierungsbeispiele ist ausführlich. Leider verweist es nicht auf die Seitenzahlen der Fundstellen, so dass der Leser sich umständlich, die Gliederung des Werks im Kopf, durch die unübersichtlichen Kopfzeilen fieseln muss.

Inhaltlich repräsentiert das Werk den Stand der Kunst. Die Vertragsmuster von *Krauß* zum Kauf- und Schenkungsrecht sind über jeden Zweifel erhaben. Das gilt für die Formulierungsvorschläge von *Frenz* im Rechtskauf- und Erbrecht gleichermaßen. Inzwischen hat das neue Schuldrecht eine literarische Aufarbeitung erfahren, die fundierte Gestaltungsempfehlungen zulässt. Der Abschnitt über das Familienrecht ist kurz und angesichts der augenblicklichen Gestaltungsunsicherheit zu Recht auf die zwei wohl auch heute noch lösbaren Fälle des Ehevertrages bereits einmal geschiedener älterer Ehegatten mit abgeschlossener Familienplanung und der echten Partnerschaftsehe mit wirtschaftlich starker Ehefrau beschränkt. Das Kapitel Erbrecht ist mit starker Orientierung auf die Schuldrechtsreform ebenfalls knapp gehalten und bietet vollständige Muster für ein Verschaffungsvermächtnis über eine Eigentumswohnung, ein Gattungsvermächtnis und einen Erbteilskauf.

Insgesamt öffnet das Werk einen bunten Fächer aller möglichen Vertragstypen. Dies wird seine Stärke insbesondere im Markt unter Rechtsanwälten und Anwaltsnotaren sein. Zu notariellen Vertragsgestaltungen enthält das Werk Gutes, aber nicht viel Neues. Die Anschaffung kann jedem empfohlen werden, der auch im Miet- und Pachtrecht, dem Leasing-, Darlehens-, Arbeits-, Werkvertrags-, EDV-, Transport- und Reiserecht berät oder Probleme im Franchise-Recht, bei Lizenzverträgen, im Sponsoring, Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerwesen oder sogar mit Kommissionsagenturen zu lösen hat.

Notar Dr. *Lorenz Bülow*, Immenstadt i. Allgäu

Becker/Kümmel/Ott: Wohnungseigentum. Grundlagen – Systematik – Praxis. O. Schmidt, 2003. 312 S., 34,80 €

Dass sich das Recht des Wohnungseigentums wegen des auf diesem Gebiet herrschenden Theoriedefizits in einem beklagenswerten Zustand befindet, wie *Seeger* jüngst an dieser Stelle (MittBayNot 2003, 480) ausgeführt hat, dürfte nicht zuletzt auf den Mangel an Lehrbuchliteratur zum Wohnungseigentumsrecht zurückzuführen sein. So widmet ein kürzlich erschienenenes, mehr als 600 Seiten starkes Lehrbuch zum Sachenrecht dem Bergwerkseigentum 14 Zeilen, dem Schiffeigentum immerhin 10 Zeilen, dem Wohnungseigentum aber nur 8 Zeilen (!). Das überhaupt einzige Kurz-Lehrbuch zum Wohnungseigentumsrecht stammt noch von *Bärmann* aus dem Jahr 1991 und hat bis heute leider keine Neuauflage erfahren. Das Recht des Wohnungseigentums bleibt daher eine Domäne der Rechtsprechung, der Kommentar- und Praxisliteratur, die vom wissenschaftlichen Schrifttum kaum begleitet wird.

In dem hier zu besprechenden Buch sollen dem Leser nunmehr nicht Detailprobleme der Praxis, sondern – bewusst

unter Verzicht auf eine „Auseinandersetzung mit Meinungsstreiten im Schrifttum“ (Vorwort) – die Grundlagen, die Systematik und die Praxis des Wohnungseigentums vorgestellt werden. Die Autoren, die durch Veröffentlichungen wissenschaftlich fundierter Monographien auf diesem Rechtsgebiet sämtlich als Kenner der Materie ausgewiesen sind, haben zu diesem Zweck auf eine „leichtverständliche Darstellung Wert gelegt“ (Vorwort) und „sich weitgehend an dem [...] Aufbau des WEG“ orientiert (Rdnr. 4). Das Werk erörtert daher nach einer Bestimmung der Grundbegriffe des WEG (§ 1), wie Wohnungseigentum überhaupt entsteht, belastet und erworben werden kann (§ 2). Hierin eingeschoben sind Fragen des Bauträgervertrags, da die Autoren in diesem den Haupterwerbsgrund für Wohnungseigentum erblicken. Ausführlich behandelt werden die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (§§ 3, 4 und 8) sowie die Verwaltung der Gemeinschaft (§§ 5–7, 9). An die Darstellung der Auflösung und Entziehung des Wohnungseigentums (§ 10) schließt sich eine Einführung in das gerichtliche Verfahren in Wohnungseigentumssachen an (§ 11). Abgerundet wird das Werk durch kurze Ausführungen zum Wohnungserbbaurecht und zum Dauerwohnrecht (§ 12). Im Anhang ist der Wortlaut des Wohnungseigentumsgesetzes vollständig wiedergegeben.

Vorweg ist zu betonen, dass das Buch das Ziel, eine grundlegende systematische, dabei aber leicht lesbare und verständliche Darstellung des Wohnungseigentums zu liefern, vollauf erreicht. Im Folgenden sollen daher nur einige Kritikpunkte erwähnt werden, die den Gesamteindruck nur unmaßgeblich trüben, für die Folgeauflage aber bedacht werden sollten.

Es ist zwar zutreffend, dass das Wohnungserbbaurecht und das Dauerwohnrecht keine dem Wohnungseigentum vergleichbare Bedeutung erlangt haben. Dennoch ist die hier gewählte Darstellung zu knapp; gerade das Dauerwohnrecht hat in letzter Zeit aus steuerlichen Gesichtspunkten mancherorts eine regelrechte Renaissance erfahren. Auch die lediglich kurze Erwähnung des Mahnverfahrens gem. § 46 a WEG (Rdnr. 595) wird seiner praktischen Bedeutung nicht gerecht. Dagegen mag man daran zweifeln, ob es wirklich erforderlich war, vergleichsweise ausführlich den Erwerb von Wohnungseigentum aufgrund eines Bauträgervertrags zu erläutern (Rdnr. 37 ff.). Die Komplexität dieses Rechtsgebiets kann in einem solchen Grundriss nur gestreift werden; sowohl der Rechtskundige als auch der Laie müssen in jedem Fall auf einschlägige Spezialliteratur zum Bauträgervertrag zurückgreifen, wenn sie sich umfassende Auskunft erhoffen. In Rdnr. 40 wird der Leser jedenfalls auf den Holzweg geführt, wenn es dort heißt, die Fälligkeit der Vergütung gemäß § 3 Abs. 1 MaBV hänge nur davon ab, dass „eine Baugenehmigung [vorliege], die Begründung von Wohnungseigentum im Grundbuch vollzogen (!) und Lastenfreiheit bzw. eine Freistellungserklärung von Inhabern beschränkter dinglicher Rechte (!) am Wohnungseigentum gegeben“ sei!

Ihr Augenmerk haben die Autoren vornehmlich auf die Bereiche der Wohnungseigentümergeinschaft und der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gerichtet. Diese aus notarieller Sicht zwar weniger bedeutsamen Materien werden so kurz und bündig dargestellt, dass sich deren Lektüre auch für den Notar lohnt, weil er schnell einen systematischen Überblick erlangt, der den Beratungsbedarf in den allermeisten Fällen abdeckt. Eine Antwort auf manche „Standardprobleme“ sucht man jedoch leider (noch) vergebens. So z. B. auf die Frage, ob und inwieweit eine Inhaltskontrolle der Teilungserklärung nach den §§ 307 ff. BGB stattfindet (vgl. Rdnr. 86, 508), darauf, ob eine BGB-Gesellschaft nunmehr zum Verwalter bestellt werden kann (wohl zu bejahen, vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2004, 17; AnwK-BGB/Schultzky, 1. Aufl. 2004, § 28 WEG Rdnr. 2), und überhaupt dazu, welche Rechtsnatur dem Verwaltungsvermögen zukommt (Rdnr. 197). Lesenswert sind hingegen die Ausführungen zum Eintritt in den Verwaltervertrag bei einem Eigentümerwechsel, weil dort die Unzulänglichkeit der h. M. aufgezeigt wird (Rdnr. 366 ff.).

Einige Unklarheiten mehr haben sich in den für die notarielle Praxis relevanteren Abschnitten über die Begründung und den Erwerb von Wohnungseigentum eingeschlichen. Unerwähnt bleibt (vgl. Rdnr. 5), dass in der Teilungserklärung ein „verdinglichter“ Vorbehalt zur Umwandlung von Wohnungs- und Teileigentum getroffen werden kann, der die Zustimmung der übrigen Sondereigentümer entbehrlich macht (BayObLG,

MittBayNot 2001, 205). Überhaupt fehlen Ausführungen zu der jüngsten Rechtsprechung, dass im Vereinbarungswege keine dinglich wirkenden Vorbehalte der sachenrechtlichen Zuordnung des Sonder- und Gemeinschaftseigentums getroffen werden können (vgl. BGH, DNotZ 2003, 536). Auch dass Miterben gem. § 8 WEG Wohnungseigentum begründen können (vgl. *Pick* in Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl. 2003, § 8 Rdnr. 22), sucht man vergebens. Beim Aufteilungsplan und bei der Abgeschlossenheitsbescheinigung geht leider einiges durcheinander: So fordert nicht die Praxis (Rdnr. 27), sondern das Gesetz in § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG, dass alle zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Einzelräume mit der jeweils gleichen Nummer zu kennzeichnen sind. Da nach dem Beschluss des GmG vom 30.6.1992 (BGHZ 119, 42 = DNotZ 1993, 48) Fragen des Bauordnungsrechts nicht zum Prüfungsumfang für die Abgeschlossenheitsbescheinigung zählen, ist es unzutreffend, wenn in Rdnr. 28 (und auch in Nr. 5 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Abgeschlossenheitsbescheinigungen) immer noch die Bauordnungsgemäßheit der Wände zur Abgeschlossenheit einer Wohnung gefordert wird. Falsch ist auch, wonach die Abgeschlossenheitsbescheinigung im Wege des Widerspruchs und der Anfechtungsklage i. V. m. einer Leistungsklage im Verwaltungsrechtsweg erstritten werden muss (Rdnr. 28 Fn. 7). Statthafte Klageart gegen eine versagte Abgeschlossenheitsbescheinigung ist vielmehr ausschließlich die allgemeine Leistungsklage (vgl. BVerwGE 100, 83 = NJW 1997, 71 = MittBayNot 1997, 119 zur für „kraftlos“ erklärten Abgeschlossenheitsbescheinigung).

Die Darstellung der sog. „Sondernutzungsrechte“ ist kenntnisreich, entspricht aber nicht immer der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, was aber kenntlich gemacht wird. Die in der Tat wenig überzeugende Auffassung, wonach nur die Wirkung von Vereinbarungen „gegen“ Sondernachfolger von einer Grundbucheintragung abhängig sei (BayObLG, ZMR 2002, 528; Häublein, Sondernutzungsrechte, S. 45 Fn. 174), wird mit beachtlichen Argumenten kritisiert (Rdnr. 155). Zu der Möglichkeit, „Sondernutzungsrechte“ aufgrund sog. „Öffnungsklauseln“ zu begründen (Häublein, Sondernutzungsrechte, S. 210 ff.), hält sich das Buch allerdings bedeckt.

Insgesamt ist trotz der vorstehenden, zum Teil kritischen Anmerkungen, festzuhalten, dass die Autoren eine echte Einführung in das Wohnungseigentumsrecht vorgelegt haben, die die Lücke an vorhandener Lehrbuchliteratur erfolgreich schließt. Dass sich das Buch in erster Linie an den Praktiker wendet, steht dem nicht entgegen, sondern erhebt es gleichsam zur Pflichtlektüre für notarielle Berufsanfänger, aber auch für den erfahrenen Notar zur Auffrischung und Komplettierung seiner Kenntnisse. Es bleibt zu wünschen, dass die wenigen kleinen Unsicherheiten der Verfasser, wie etwa die Unterscheidung zwischen „öffentlich oder notariell“ beglaubigten Erklärungen in Rdnr. 376, die einige stützen, manche schmunzeln lassen wird, für die nächste Auflage ausgemerzt werden.

Notarassessor Dr. Jörn Heinemann, wiss. Ass., Erlangen

Wellenhofer-Klein: Die eingetragene Lebenspartnerschaft. Beck, 2003. 209 S., 24 €

Krause: Der Lebenspartnerschaftsvertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis. Luchterhand, 2002. 204 S., 29 €

Grziwotz: Beratungshandbuch für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und Lebenspartnerschaften. Beck, 2003. 252 S., 25 €

Mehr als zwei Jahre nach dem In-Kraft-Treten der Gesetze zur eingetragenen Lebenspartnerschaft im Jahr 2001 und nach der weitgehenden Billigung der Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht wächst die Zahl der Bücher, die sich mit den in der Praxis auftretenden Problemen – und deren Lösungen – beschäftigen. Drei Werke sind insoweit anzuzeigen.

Wellenhofer-Klein gibt zunächst einen kurzen Überblick über die Rechtsentwicklung vor dem In-Kraft-Treten der Gesetze zur eingetragenen Lebenspartnerschaft. Es folgt die Darstellung der Gesetzgebungsgeschichte und der anschließenden Überprüfung des Gesetzeswerks durch das Bundesverfassungsgericht. Ein Streifzug durch Regelungen in anderen europäischen Ländern und in den USA schließt die Einleitung ab. Sehr ausführlich werden von der Autorin dann die Voraussetzungen der Begründung einer Lebenspartnerschaft und der formale Begründungsakt selbst dargestellt. Breiten Raum nimmt dabei die Erörterung der Frage ein, welche Folgen die Eheschließung ohne vorherige Aufhebung der Lebenspartnerschaft hat. Eine gesetzliche Regelung dieser Frage bleibt indes überfällig.

Eher knapp gehalten sind die Ausführungen zu den allgemeinen Wirkungen einer Lebenspartnerschaft. Das Güter- und Vermögensrecht wird nach geltender Rechtslage dargestellt; der in der notariellen Praxis tätige Leser wird jedoch vertiefende Hinweise zur Vertragsgestaltung vermissen. Umfangreich behandelt *Wellenhofer-Klein* die Rechtsfragen, die das Leben von Kindern in eingetragenen Lebenspartnerschaften, aber auch in sonstigen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften betreffen. Bei der anschließenden ausführlichen Darstellung des Erbrechts vermisst man wiederum Hinweise zur Gestaltung von letztwilligen Verfügungen.

Die Voraussetzungen für die Aufhebung einer Lebenspartnerschaft und das Unterhaltsrecht für die Zeit der Trennung und nach der Aufhebung der Lebenspartnerschaft werden umfassend geschildert. Gerade in diesem Bereich bestehen nach wie vor viele Zweifelsfragen, die (noch) nicht durch die Rechtsprechung behandelt werden konnten. Zu deren Lösung nimmt *Wellenhofer-Klein* klar Stellung. Abgeschlossen wird das Werk durch kursorische Hinweise zum Verfahrensrecht, zum Internationalen Privatrecht und zu weiteren durch das Rechtsinstitut der eingetragenen Lebenspartnerschaft berührten Rechtsbereichen.

Das Werk von *Wellenhofer-Klein* kann im besten Sinn als Lehrbuch bezeichnet werden. Es wird dem im Vorwort formulierten Ziel hervorragend gerecht, „einen schnellen und intensiven Einblick“ bieten zu wollen, bei dem die „Auslegungs- und Zweifelsfragen“ erörtert werden. Als Nachschlagewerk wird es auch dem in der Gestaltung von Verträgen tätigen Juristen gute Dienste leisten.

Krause verfolgt ein anderes Ziel als *Wellenhofer-Klein*: Im Vordergrund soll eine Handreichung für den „vertragsgestaltenden Anwalt und Notar“ stehen. Entsprechend knapp werden daher zu Beginn des Werkes die Grundzüge der eingetragenen Lebenspartnerschaft dargestellt. Die wichtigsten Streit-

fragen werden erörtert; einen Kommentar oder ein Lehrbuch vermag diese Darstellung aber nicht zu ersetzen. Ein eigenes Kapitel widmet *Krause* der Regelung der Begründung der Lebenspartnerschaft vor Notaren in Bayern. Dabei beschränkt er sich allerdings weitgehend auf eine Wiedergabe der Regelungen, die zur Ausführung des Rechts der eingetragenen Lebenspartnerschaften in Bayern gelten.

Im folgenden Kapitel werden vom Autor Regelungsmöglichkeiten in Lebenspartnerschaftsverträgen erörtert. Eher praxisfremd erscheinen dabei die breiten Ausführungen zur Vermögensgemeinschaft, deren Zulässigkeit nach wie vor nicht zweifelsfrei feststeht. Sehr ausführlich behandelt *Krause* erbrechtliche Fragen. Leider bleiben die Ausführungen oft allgemein und beziehen sich nur wenig auf spezifische Probleme von gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, seien diese eingetragene Lebenspartnerschaften oder nicht. So vermag z. B. die These, auch bei eingetragenen Lebenspartnern werde das sog. „Berliner Testament“ die gebräuchlichste Verfügung von Todes wegen werden, nicht zu überzeugen. Auch der anschließende Teil zu Vermögenszuwendungen zwischen Lebenspartnern geht auf Besonderheiten nur wenig ein. Mögliche Inhalte einer Trennungs- und Aufhebungsvereinbarung für eingetragene Lebenspartner und Hinweise zu Vorsorgevollmachten, Anzeigepflichten und Kostenrecht beschließen das Werk.

Das Werk enthält in allen Kapiteln eine Vielzahl von Musterformulierungen und Checklisten, die bei der Besprechung und Vorbereitung von Urkunden gute Dienste leisten können. Als Nachschlagewerk zur Lösung von rechtlichen Zweifelsfragen eignet es sich allerdings nur bedingt.

Hinzuweisen ist beim Werk von *Grziwotz* zunächst auf die irreführende Bezeichnung auf dem Buchumschlag: Das „Beratungshandbuch Lebenspartnerschaft“ entpuppt sich als „Beratungshandbuch für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und Lebenspartnerschaften“. Wer also ein Buch alleine zur (eingetragenen) Lebenspartnerschaft erwartet, wird enttäuscht: Gut die Hälfte des Werks ist den Problemen des Partnerschaftsvertrages der nicht-eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft gewidmet.

In der Einleitung geht der Autor zunächst auf allgemeine Aspekte der Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ein. Die rechtlichen Probleme des Zusammenlebens in einer nicht-eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft behandelt *Grziwotz* dann in der gewohnten Gründlichkeit. Mit „Der Lebenspartnerschaftsvertrag von Schwulen und Lesben“ ist das folgende Kapitel überschrieben. Zunächst geht *Grziwotz* auf die formellen Aspekte des Abschlusses eines Lebenspartnerschaftsvertrages ein. Es folgt eine Vielzahl von Vorschlägen zur Modifizierung des quasi-gesetzlichen Vermögensstandes der Ausgleichsgemeinschaft und zu sonstigen Fragen des Vermögensrechts eingetragener Lebenspartner. Wohltuend kurz sind die Ausführungen zur Vermögensgemeinschaft.

Für die Vertragsgestaltung wertvoll sind sodann die Vorschläge zur Regelung der persönlichen Beziehungen eingetragener Lebenspartner, die eine Vielzahl von Lebensbereichen erfassen. Ausführlich behandelt werden auch die Folgen der Aufhebung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft und Fragen, die das Leben von Kindern in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft betreffen. Die Ausführungen zum Erbrecht eingetragener Lebenspartner vermögen dadurch zu überzeugen, dass auf die Besonderheiten eingegangen wird, die sich in den konkreten Lebenssituationen gleichgeschlechtlicher Paare stellen, und sich die Vorschläge nicht auf die schematische Übernahme von Lösungen beschränken, die für Ehe-

paare gefunden worden sind. Kurz geht der Autor auf Fragen des Internationalen Privatrechts und auf Auswirkungen ein, die ein bereits länger andauerndes Zusammenleben auf abzuschließende Lebenspartnerschaftsverträge hat. Eine umfangreiche Bibliographie, der Abdruck einschlägiger Gesetzestexte und ein Entscheidungsregister schließen das Werk ab.

Das Buch von *Grziwotz* eignet sich als Nachschlagewerk sowohl zur Lösung von rechtlichen Zweifelsfragen als auch zur Formulierung von Lebenspartnerschaftsverträgen. Als Nach-

teil ist nochmals auf die breite Behandlung der Probleme der nicht-eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft hinzuweisen.

Fazit: Optimal vermag die Bedürfnisse der notariellen Praxis keines der Werke zu befriedigen. Als Nachschlagewerk ist am ehesten das Werk von *Wellenhofer-Klein* zu empfehlen. Als Kompromiss zwischen Nachschlagewerk und Formularbuch bietet sich das Werk von *Grziwotz* an.

Notar *Martin Walter*, Neumarkt i. d. Opf.

Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch. 31., neubearb. und erw. Aufl., Beck, 2003. 1 980 S., 78 €

Die Handelsrechtsreform, die alte Zöpfe abgeschnitten und das Kaufmanns- und Firmenrecht von der Patina des 19. Jahrhunderts befreit hat, liegt nunmehr fünf Jahre zurück. Auf große Reformen folgt häufig eine Phase der Konsolidierung, in der die Rechtsprechung mit dem neu erreichten Stand arbeitet und der Gesetzgeber eine reformerische Pause einlegt. Bekanntermaßen verhält es sich im Handelsrecht derzeit nicht so. Rege Rechtsprechungstätigkeit und verschiedene Gesetzesänderungen zeigen umfangreiche Auswirkungen auf das Handelsrecht. Dies ließ es angezeigt erscheinen, drei Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe den bewährten, von *Adolf Baumbach* begründeten und von *Klaus J. Hopt* und *Hanno Merkt* in der 31. Auflage bearbeiteten Standardkommentar zum Handelsrecht neu aufzulegen. Die Riege der Gesetze, die die Neukommentierung berücksichtigt, wird angeführt durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001. Es hat das Handelsgesetzbuch unmittelbar zwar nur an wenigen Stellen geändert, mittelbar aber eine Vielzahl an Änderungen vor allem im Bereich des Handelskaufs und zum Kommissionsrecht gebracht, die der für die Praxis unentbehrliche Kommentar in gewohnter Weise zuverlässig und kompetent nachträgt. So macht er die aufgrund der Neukonzeption des Verjährungsrechts des BGB reichlich komplizierte Änderung der Nachhaftungsbegrenzung für ausgeschiedene Geschäftsinhaber oder persönlich haftende Gesellschafter (§§ 26, 160 HGB) ebenso transparent wie die Auswirkungen der Reformierung des kaufrechtlichen Leistungsstörungenrechts auf die kaufmännischen Rügepflichten. Das Handelskaufrecht wird im Zuge der Einarbeitung der Schuldrechtsmodernisierung sorgfältig an die neue Rechtslage angepasst und in den entscheidenden Passagen völlig neu geschrieben.

Mit dem Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG) vom 18.1.2001, dem Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation (ERJuKoG) vom 10.12.2001 und dem Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG) vom 19.7.2002 machen drei Gesetze, deren Relevanz für das Handelsrecht angesichts ihres Namens und ihres Schwerpunktes nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, umfangreiche Aktualisierungen vor allem im Konzernbilanzrecht, aber auch im Ersten und Zweiten Buch notwendig. Zu den handelsrechtlichen Nebengesetzen wurde das für die weitere Entwicklung des Kapitalmarktrechts wichtige Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) vom 20.12.2001 mit einer kurzen Einführung hinzugenommen.

In gewohnt souveräner Manier meistert *Klaus J. Hopt* – erstmals unterstützt im Dritten und Vierten Buch sowie bei den handelsrechtlichen Nebengesetzen durch *Hanno Merkt*, einem Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtler und ausgewiesenen Spezialisten auf dem Gebiet des deutschen und internationalen Publizitätsrechts – die Herausforderungen, die Gesetzgebung und Rechtsprechung für die Neuauflage bereithalten. Die Kommentierung ist in allen Teilen vorzüglich gelungen.

Als wichtigstes Thema aus der Rechtsprechung im Recht der Handelsgesellschaften waren die mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) verbundenen Fragen der Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorschriften auf die bürgerliche Gesellschaft zu berücksichtigen. Überzeugend vertritt *Hopt* gegen die bisher herrschende Meinung die Auffassung, dass die GbR Gesellschafterin einer OHG sein kann (Einl. v. § 105 Rdnr. 14; § 105 Rdnr. 28; anders noch in der Voraufgabe § 105 Rdnr. 29). Da zur Frage der Registerpublizität eine tragfähige Lösung fehlte, wurde dieser Schluss auch von manchem Vertreter der Gruppenlehre bislang nicht gezogen. Mit dem Argument des BayObLG im Vorlagebeschluss an den BGH zur Kommanditistenfähigkeit der GbR (vom BGH in BGHZ 148, 291 auf die Kommanditistenstellung eingeschränkt), dass nämlich die Mitgliedschaft einer GbR in einer GbR nicht dadurch enden kann, dass die andere GbR zur Personenhandelsgesellschaft wird, lässt sich die materielle Mitgliedsfähigkeit der GbR in einer OHG augenfällig begründen. Der mangelnden Registerpublizität der GbR begegnet *Hopt* folgerichtig mit einer erweiternden Auslegung des § 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB in Anlehnung an die durch § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB in der Fassung des ERJuKoG angeordnete abgeleitete Publizitätspflicht für Gesellschaften bürgerlichen Rechts im Recht der KG (§ 106 Rdnr. 6). Im Unterschied zur Kommanditistenstellung kommt bei der Anerkennung der Stellung als persönlich haftende Gesellschafterin das Problem der Vertretungsregelung der §§ 125 f., 161 Abs. 2 HGB hinzu. Weil die GbR aus ihren Gesellschaftern besteht, ist – wie *Hopt* stringent darlegt – auch die Regelung über die Vertretung in § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB auf die Gesellschafter der beteiligten GbR zu erweitern (§ 106 Rdnr. 12).

Nicht weniger spektakulär als die Entwicklung im Recht der GbR ist die Rechtsprechung des EuGH zu der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit ausländischer Gesellschaften, mit der das Gericht maßgeblich die Diskussion um die Sitztheorie in Deutschland beeinflusst. Umso mehr fällt die höchst umsichtige und gedankenreiche Durchdringung des Stoffes bei der Bearbeitung dieser Zukunftsfrage auf. So bezweifelt *Hopt* schon vor dem Urteil Inspire Art des EuGH, das leider in der Kommentierung nicht mehr berücksichtigt werden konnte, dass die Aufnahme eines „Warnhinweises“ in die

Firma einer Ausländischen Kapitalgesellschaft & Co. KG mit dem Europarecht vereinbar ist (§ 17 Rdnr. 50; § 19 Rdnr. 27), und wendet sich der wohl entscheidenden Frage zu, wie im europäischen Wettbewerb der Gesellschaften sichergestellt werden kann, dass gescheiterte Gesellschaften schnell und reibungslos aus dem Verkehr gezogen und die Gläubiger geschützt werden können (Einl. v. § 105 Rdnr. 29). Angesichts der noch unsicheren, von der weiteren Rechtsprechung des EuGH abhängigen Rechtslage können eindeutige und abschließende Lösungen in diesem Bereich noch nicht angeboten werden.

Probleme aus dem Recht des Handelsregisters und das Firmenrecht mögen demgegenüber zu den weniger groß angelegten Rechtsfragen zählen. Nichtsdestotrotz ist es für den in der täglichen Praxis mit diesen Fragen beschäftigten Notar unverzichtbar, eine verlässliche Handreichung zu haben, die umfassend den aktuellen Stand der Rechtsprechung nachweist. Auch hier lässt der neue *Baumbach/Hopt* keine Wünsche offen. Die Kommentierung zum Firmenrecht ist präzise und ausführlich.

Durchweg konzentrieren sich die Bearbeiter auf die wesentlichen Hinweise aus Literatur und Rechtsprechung. Selbst

Themen, die wie der existenzgefährdende Eingriff bei der GmbH oder das Sanierungsprivileg im Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen in einem HGB-Kommentar nicht notwendig vertieft erörtert erwartet werden können, werden unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung und Literatur kurz und prägnant behandelt. Zu dem durch das GewOÄndG vom 24.8.2002 aufgehobenen § 73 HGB wird wegen der praktischen Bedeutung des Arbeitszeugnisses eine Kommentierung der Nachfolgenorm § 109 GewO angeboten.

Die nachfolgenden zwei Kritikpunkte setzen an wahren Marginalien an und zeigen, dass es eigentlich nichts zu kritisieren gibt. Bei § 29 HGB hätte ein Hinweis auf das (mangelnde) Erfordernis der räumlichen Nähe zwischen Angabe der Firma und Namenszeichnung angebracht werden können. Der Klammerzusatz in § 15 HGB Rdnr. 5 lässt die Änderungen in §§ 162, 175 Satz 2 HGB durch das NaStraG außer Betracht.

Die Praxis wird es begrüßen, den *Baumbach/Hopt* auf dem neuesten Stand zu finden. Der Kommentar ist uneingeschränkt zu empfehlen. Für Praxis und Wissenschaft ist er weiter unentbehrlich.

Notarassessorin *Andrea Lichtenwimmer*, München

Koller/Roth/Morck: Handelsgesetzbuch. 4., wesentl. überarb. Aufl., Beck, 2003. 1 146 S., 49 €

Wenn *Karsten Schmidt* (JZ 2003, 585) als Beleg für die Aufwertung des Handelsrechts durch die Gesetzgebung die sich in den letzten 15 Jahren vervielfachte Zahl qualitativ hochwertiger Kommentare angibt, so mag er dabei auch an den noch jungen Handkommentar von *Ingo Koller, Wulf-Henning Roth* und *Winfried Morck* gedacht haben. Der vom Verlag C. H. Beck im Sommer letzten Jahres in schneller Folge (Vorauslage 2002 mit Bearbeitungsstand 1. Juli 2001) in vierter Auflage vorgelegte beliebte Praxiskommentar hat in kurzer Zeit einen festen Platz in der Riege der einbändigen Kurzkommentare erobert. Und dies zu Recht. Auf engstem Raum, doch unter Berücksichtigung aller wichtigen Rechtsfragen informiert das handliche Werk über alle handelsrechtlichen Vorschriften. Seiner Intention als Kommentar für die Praxis entsprechend, orientiert sich der *Koller/Roth/Morck* vorwiegend an der Rechtsprechung, die umfassend ausgewertet ist, ohne dabei die Darstellung abweichender Stellungnahmen in der Literatur und die theoretische Durchdringung der Probleme hintanzustellen. Der Schwerpunkt der Neuauflage liegt bei der Einarbeitung der seit der Vorauslage ergangenen Gesetzesänderungen und der Rechtsprechung.

Erfreuliche Klarheit der Gedankenführung beweist die Kommentierung zu den durch das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung vom 18.1.2001 (NaStraG) veranlassten Änderungen bei der Rechtsscheinhafung von Kommanditisten. Die Kommentatoren sind nicht dem Reiz erlegen, sich der zwischenzeitlich – wohl befördert durch die unklare Gesetzesbegründung – in der Literatur vertretenen Auffassung anzuschließen, dass durch den Ausschluss der Anwendung des § 15 HGB in der Neufassung der §§ 162, 175 Satz 2 HGB die Haftung des

Kommanditisten über § 15 HGB nicht mehr begründbar, zu dem das Ende des Nachfolgevermerks gekommen ist. Richtigerweise bleibt auch nach der Streichung des Bekanntmachungserfordernisses die Haftung des Kommanditisten bei fehlender Eintragung des Ausscheidens, der Veränderung der Hafteinlage bzw. des Nachfolgevermerks bestehen (§ 162 Rdnr. 2; § 15 Rdnr. 5). Weitblick zeigt der Hinweis auf den Systemzusammenhang der unbeschränkten Kommanditistenhaftung nach § 176 HGB mit der Haftung in der GbR (§ 176 Rdnr. 2), wonach die neuere Rechtsprechung des BGH zur unbeschränkten Gesellschafterhaftung zu einem Funktionswandel des § 176 HGB von einer „überzogenen strengen“ Haftung zu einer Privilegierung des Kommanditisten geführt hat. Dies gilt freilich nach richtiger Ansicht nicht für die kleingewerbliche oder vermögensverwaltende Gesellschaft, bei der es beim Ausschluss des § 176 HGB verbleibt (§ 176 Rdnr. 6). Die Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB auf die einer GbR, die ihrerseits Kommanditistin ist, neu hinzutretenden Gesellschafter für die Haftung für KG-Verbindlichkeiten für die Zeit zwischen dem Eintritt in die GbR und der Eintragung des Beitritts in das Handelsregister der KG wird mit dem überzeugenden Argument abgelehnt, dass trotz der durch das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation (ERJu-KoG) vom 10.12.2001 in § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB eingeführten Eintragungspflicht nur die GbR Gesellschafterin ist (§ 176 Rdnr. 2).

Der Kenntlichmachung der verbesserten haftungsrechtlichen Position des ausscheidenden wie auch des eintretenden Gesellschafters bei einem Mitgliederwechsel im Handelsregister dient bekanntermaßen der Nachfolgevermerk, der nach der gesicherten Praxis der Registergerichte nur eingetragen wird, wenn mit der Anmeldung versichert wird, dass dem Altkommanditisten keinerlei Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt oder versprochen wurde. Es verdient ohne Zweifel Anerkennung, dass *Koller* die Ge-

genauffassung vertritt, nach der eine Abfindungsversicherung nicht notwendig ist (§ 162 Rdnr. 2). Angesichts der klaren Ausrichtung des Kommentars auf den Rechtsanwender hätte man sich aber doch einen deutlicheren Hinweis auf die herrschende Auffassung gewünscht, zumal das als Beleg für die eigene Ansicht angeführte Urteil des OLG Rostock – soweit ersichtlich – keine diese stützenden Argumente zu liefern vermag. Auch bei der Frage der Verwendung der Firma in der Insolvenz und dem (mangelnden) Erfordernis der Zustimmung des Gemeinschuldners bzw. des Insolvenzverwalters hätte eine deutlichere Kennzeichnung der nicht zu vernachlässigenden abweichenden Ansichten erfolgen können (§ 17 Rdnr. 25; § 24 Rdnr. 10).

Bei § 172 a HGB (Rdnr. 2–19) besticht die gemessen am Umfang des Kommentars sehr ausführliche, instruktive Darstellung der Haftung der GmbH-Gesellschafter, die auch die neuere Rechtsprechung des BGH zum existenzgefährdenden Eingriff nicht vermissen lässt. Die Nachweise zur umfangreichen Kasuistik im Firmenrecht sind auf neuestem Stand und vermögen vollauf zu überzeugen, auch wenn man sich an der einen oder anderen Stelle eine liberalere Haltung vorstellen hätte können. So wird etwa mit dem BayObLG die Eintragungsfähigkeit des @-Zeichens verneint (§ 18 Rdnr. 3). Angesichts der praktischen Bedeutung hätte man dem Recht der GmbH & Co. KG eine geschlossene Darstellung zugestehen können, um sich nicht der Möglichkeit zu begeben, die rechtlichen Besonderheiten im Zusammenhang darzustellen. Auch die Einsicht, dass das Konzept des Kommentars den Bearbeitern eine strikte Selbstbeschränkung auferlegt, kann diesen Wunsch nicht gänzlich verstummen lassen.

Ausführlichere Kommentierungen an exponierterer Stelle hätte man zu den Konsequenzen aus der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit für die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit von im EU-Ausland gegründeten Gesellschaften in Deutschland vorsehen können (§ 13 d Rdnr. 4; § 13 h Rdnr. 5; § 105 Rdnr. 3), auch wenn ohne Zweifel im Rahmen der Zielvorgaben die Informationsdichte als sehr gelungen zu bezeichnen ist. Letzteres kann freilich nicht darüber hinwegtrösten, dass die Ausführungen jedenfalls nach dem (nach Bearbeitungsschluss ergangenen) Urteil des EuGH vom 30.9.2003 – Inspire Art – zum Teil bereits überholt sind. Wenn Roth vorsichtig formuliert, dass eine identitätswahrende Umwandlung der ausländischen Gesellschaft in eine Personengesellschaft deutschen Rechts, wie dies der II. Zivilsenat des BGH noch vor Ergehen des Überseering-Urteils des EuGH angenommen hat, mit der in Art. 43 und 48 EG garantierten Niederlassungsfreiheit wohl nicht vereinbar ist, so hat – wenn nicht bereits Überseering – doch spätestens Inspire Art diese Behandlung eindeutig ausgeschlossen. Auch die Umwandlung in eine Gesellschaft deutschen Rechts (so noch § 13 h Rdnr. 5) kommt nicht mehr in Betracht.

Die wenigen Lässlichkeiten trüben den hervorragenden Gesamteindruck nicht im Geringsten. Der Koller/Roth/Morck ist und bleibt der kürzeste Kommentar zum Handelsrecht, ohne dadurch an Informationsgehalt oder Prägnanz einzubüßen. Inhalt, Konzeption und Aufbereitung des Werkes überzeugen uneingeschränkt. Es ist ihm auch in der neuen Auflage eine weite Verbreitung zu wünschen.

Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer, München

Müller/Rödger (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der AG. Beck, 2004. 2 013 S., 138 €

Beck'sche Handbücher existieren derzeit für Personengesellschaften (in 2. Auflage) und für die GmbH (dort bereits in 3. Auflage). Nunmehr hat der Verlag das erfolgreiche Konzept der praxisorientierten Darstellung der wesentlichen gesellschafts- und steuerrechtlichen Fragestellungen auch auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft übertragen. 17 Autoren, die im Wesentlichen als Rechtsanwälte, Steuerberater und/oder Wirtschaftsprüfer, zum Teil aber auch als Anwaltsnotare praktizieren, stellen komprimiert die einschlägigen Bereiche Gesellschaftsrecht, Steuerrecht und Börsengang dar. Auf wissenschaftlichen Tiefgang wird dabei bewusst verzichtet; vielmehr versuchen die Verfasser, Grundstrukturen anschaulich zu machen. Bei einer ersten Durchsicht des Werkes fällt dabei besonders positiv der aktuelle Stand der Bearbeitung (berücksichtigt sind WpÜG, TransPuG, 4. FinanzmarktfördG und StVergAbG) sowie der Wille auf, sich abzeichnende gesetzgeberische Aktivitäten soweit wie möglich zu berücksichtigen. So ist dem Werk etwa als Anlage eine erste Erläuterung zu den geplanten Steuerverschärfungen und -entlastungen zum Jahreswechsel 2003/2004 beigelegt. Zudem versprechen die Herausgeber in ihrem Vorwort die kostenlose Nachlieferung

von aktualisierten Kommentierungen nach dem In-Kraft-Treten der entsprechenden Gesetze. Positiv fällt ebenfalls die Tatsache auf, dass die Autoren bei den angebotenen Lösungen Wert auf Gestaltungssicherheit gelegt haben. So spricht sich etwa Reichert für die vollständige notarielle Protokollierung von Hauptversammlungen bei so genannten kleinen, d. h. nicht börsennotierten, Aktiengesellschaften aus, wenn sowohl Beschlüsse zu fassen sind, für die das Gesetz eine Dreiviertelmehrheit vorsieht, als auch Beschlüsse, für welche die einfache Mehrheit ausreicht (§ 5 Rdnr. 265; in diesem Sinne auch die h. M., vgl. Kleiser in AnwaltKommentar Aktienrecht, § 130 Rdnr. 8; Hüffer, AktG, 5. Aufl., § 130 Rdnr. 14 c; Happ/Zimmermann, Aktienrecht, 2. Aufl., Kapitel 10.17 Rdnr. 1).

Zielgruppen dieses Werkes sind nicht vorrangig Notare, sondern vielmehr Vorstände und Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften sowie Steuerberater und Rechtsanwälte. Gerade wegen der straffen und stets zutreffenden gesellschafts- und der aufschlussreichen steuerrechtlichen Ausführungen ist das Werk aber sicherlich dennoch eine gute Ergänzung der wohl-sortierten Bibliothek eines jeden Notars, der vertieft mit dem Aktienrecht befasst ist.

Notar Dr. Christoph Terbrack, Aachen

Happ (Hrsg.): Aktienrecht. 2., völlig überarb. u. erw. Aufl., Heymanns, 2003. 1 863 S., 228 €

Das von *Happ* herausgegebene Werk verspricht drei Dinge: Es will Mustersammlung, Kommentierung und Lehrbuch zugleich sein. Dies macht es gerade für die notarielle Praxis interessant, denn häufig nutzen Kommentierungen oder lehrbuchartige Ausführungen allein nichts, wenn unter hohem Zeitdruck ein komplexer Urkundsentwurf zu fertigen ist. Und auch die beste Mustersammlung hilft in derartigen Situationen vielfach nicht weiter, denn erfahrungsgemäß liegt der zu lösende Sachverhalt knapp neben demjenigen des Mustertextes, so dass sich der Praktiker zu fragen hat, welche Änderungen angezeigt und möglich sind. Genau in diese Lücke ist bereits die erste Auflage des zu besprechenden Werkes aus dem Jahre 1995 mit großem Erfolg gestoßen. Die Neuauflage ist nunmehr vor dem Hintergrund der zahlreichen gesetzgeberischen Aktivitäten sowie der stetigen Fortentwicklung des Aktienrechts durch die Rechtsprechung in den letzten acht Jahren wesentlich erweitert worden, wobei die Anzahl der in der Voraufgabe in 13 Abschnitten enthaltenen 103 Muster auf 131 Muster, verteilt auf 18 Abschnitte, erhöht wurde. Das Konzept bleibt indes unverändert: Jedem Abschnitt werden Musterformulierungen vorangestellt, die im Übrigen auch über eine separat für die Bezieher des Werkes lieferbare CD-ROM (Preis: 38 € für eine Einzel- und 48 € für eine Mehrplatzlizenz) unmittelbar für die Textverarbeitung des Anwenders nutzbar gemacht werden können. Ihnen folgen kommentarartig aufgebaute und durchweg äußerst aufschlussreiche und praxisnahe Anmerkungen. Beispielhaft sei an dieser Stelle auf die hervorragenden Anmerkungen zu dem Muster einer notariellen Niederschrift über die Beschlüsse der or-

dentlichen Hauptversammlung einer börsennotierten Aktiengesellschaft (Kapitel 10.17) hingewiesen. Alle erdenklichen Eventualitäten werden hier praxisorientiert abgehandelt und erläutert. Nicht ganz stimmig sind allein Kleinigkeiten in anderen Teilen des Werkes. So wird etwa in Kapitel 14.08 (Einziehung von Stückaktien) behauptet, der durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz eingefügte § 237 Abs. 3 Nr. 3 AktG sehe keine Möglichkeit der Ermächtigung des Vorstandes zur Einziehung von Stückaktien ohne Herabsetzung des Grundkapitals vor (Rdnr. 4). Dies ist sicherlich unzutreffend, denn nicht nur die Gesetzesmaterialien gehen von einer derartigen Einziehungsermächtigung aus (vgl. BT-Drucks. 14/8769, S. 24), sondern auch der Wortlaut der Vorschrift setzt eine solche ausdrücklich voraus (vgl. § 237 Abs. 3 Nr. 3 Hs. 2 AktG). Fraglich ist vielmehr bei dieser etwas unglücklichen Gesetzesnovelle, ob die Erleichterungen des vereinfachten Einziehungsverfahrens gelten (ausführlich zum Ganzen *Terbrack*, DNotZ 2003, 734 ff.). Den hervorragenden Gesamteindruck des Werkes vermögen derartige Marginalien jedoch nicht zu trüben.

Das Werk ist optisch ansprechend und benutzerfreundlich gestaltet, unter anderem auch wegen der neuerdings erfolgten Übernahme der Rechtsprechungs- und Schrifttumsnachweise in die Fußnoten.

Die Anschaffung des von *Happ* herausgegebenen Werkes sei jedem mit dem Aktienrecht befassten Praktiker nachdrücklich empfohlen. Da gerade das Aktienrecht wie kaum ein anderes Rechtsgebiet stetigen Veränderungen unterworfen ist, bleibt nur ein Wunsch offen: Hoffentlich dauert es bis zum Erscheinen der nächsten Auflage nicht wieder acht Jahre!

Notar Dr. *Christoph Terbrack*, Aachen

Schwab: Die Nachgründung im Aktienrecht: Tatbestand, Rechtsfolgen und Verfahren. Duncker & Humblot, Berlin 2003, 329 S., 76 €

Anzuzeigen ist die vom Kollegen *Martin T. Schwab* gefertigte und von Prof. Dr. *Bayer*, Jena, betreute Dissertation zur Nachgründung im Aktienrecht. Nach einer Einführung in die Problematik gliedert sich die Arbeit in insgesamt neun Kapitel, die das Institut der Nachgründung umfassend behandeln und auch Gestaltungsmöglichkeiten und die Rechtslage in anderen europäischen Staaten berücksichtigen.

Eine Nachgründung liegt nach § 52 Abs. 1 AktG nunmehr vor, wenn eine Aktiengesellschaft innerhalb von zwei Jahren nach ihrer Eintragung mit Gründern oder mit an der Gesellschaft zu mehr als 10 % beteiligten Aktionären Verträge über den Erwerb von Vermögensgegenständen gegen eine Vergütung schließt, die 10 % des Grundkapitals übersteigt. Die Vorschrift hat in jüngerer Zeit insbesondere Vorständen und Beratern von Unternehmen der sog. New Economy im Rahmen einer Due-diligence-Prüfung zur Vorbereitung eines Börsengangs schlaflöse Nächte bereitet. In ihrer noch bis zum 1.1.2000 geltenden Fassung waren nämlich auch Verträge mit Dritten erfasst. Mit dem Silvestertag 2001 ist jedoch in weitem Umfang durch Art. 7 des NaStraG und § 10 EGAktG rückwirkend Rechtsfrieden eingetreten.

Naturgemäß können an dieser Stelle nur einige wenige Ergebnisse der Arbeit näher herausgehoben werden. So stellt *Schwab*

zunächst die Entwicklung der Nachgründungsvorschriften dar unter besonders ausführlicher Berücksichtigung des Art. 11 der zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, der sog. Kapitalrichtlinie, und dem NaStraG. Sodann untersucht er ihren Regelungszweck, den er recht weit in einem vorläufigen und allgemeinen Schutz sämtlicher Vermögensgüter der Gesellschaft sieht.

Zur in der notariellen Beratungspraxis wichtigen Frage des Anwendungsbereichs des § 52 AktG führt er u. a. aus, dass bei einer Vorrats-AG die Gründer und nicht die übernehmenden Aktionäre der aktivierten Vorrats-AG „Gründer“ im Sinne der Norm seien. Sei die Mantelgesellschaft bereits mehr als zwei Jahre eingetragen, soll die Vorschrift gleichwohl analog ab dem Tag der Eintragung des für die Mantelverwendung erforderlichen Beschlusses anwendbar sein.

Zu den nachgründungspflichtigen Verträgen sind nach Auffassung des Autors auch Dienstleistungsverträge zu zählen. Ferner sei die Herkunft der von der Gesellschaft zu leistenden Vergütung für die Anwendbarkeit ohne Bedeutung.

Zur Frage der Zurechnung im Rahmen der Beteiligungsschwelle von 10 % lehnt *Schwab* die häufig vertretene Anknüpfung an die Vorschrift des § 32 a Abs. 3 Satz 2 GmbHG ab. Vielmehr möchte er die zu § 57 AktG im Rahmen der entdeckten Sacheinlage entwickelten Zurechnungsgrundsätze anwenden. In den Fällen einer Zurechnung sei eine Umgehung zu vermuten mit entsprechenden Folgen für Darlegungs- und Beweislast. Speziell zur Frage der Zurechenbarkeit ande-

rer Anteile befürwortet er eine Zusammenrechnung der Beteiligungen entsprechend § 16 Abs. 4 AktG, wobei auch Stimm-bindungsvereinbarungen zur Zurechnung führen könnten.

Für die Bestimmung der Reichweite der Ausnahme nach § 52 Abs. 9 AktG will der Verfasser den Maßstab des gewöhnlichen Betriebs des Handelsgewerbes nach § 116 HGB heranziehen. Freigestellt werden sollen alle laufenden Geschäfte im Rahmen des Unternehmensgegenstandes, wobei dies weit auszulegen sei. Bei einer Holding-AG sei demgemäß auch der Erwerb von Beteiligungen ausgenommen.

Im Rahmen des Kapitels zu den praktisch sehr bedeutsamen Umwandlungsfällen schließt sich *Schwab* der ganz herrschenden Auffassung an, wonach die Nachgründungsvorschriften auch auf eine durch Formwechsel einer GmbH entstandene junge AG anwendbar sind und ferner, falls eine Gesellschaft auf eine seit weniger als zwei Jahren eingetragene AG verschmolzen wird gegen Ausgabe von Aktien in Höhe von mehr als 10 % des Grundkapitals. Gleiches gelte im Einklang mit der ganz herrschenden Meinung auch für eine Sachkapitalerhöhung innerhalb von zwei Jahren nach Eintragung der

Gesellschaft, sofern Aktien im Betrag von mehr als 10 % des Grundkapitals gewährt würden.

Ob man jedem Ergebnis der Arbeit zustimmen will, bleibt – wie immer – dem Leser überlassen. Nicht nur in den vorstehend aufgeführten Punkten sind gewichtige Gegenstimmen zu beachten, vgl. *Krieger*, Festschrift für Claussen 1997, S. 223 ff.; *Priester*, DB 2001, S. 467 ff.; *Reichert*, ZGR 2001, S. 254 ff.; *Pentz*, NZG 2001, S. 346 ff.

Die Dissertation stellt jedoch insgesamt eine sorgfältig verfasste und durchweg gut begründete Arbeit dar, welche alle wesentlichen Aspekte der Nachgründung ausführlich behandelt. Den Rechtsvergleicher erfreuen die Hinweise auf die Rechtslage in anderen europäischen Staaten. Die Arbeit ist demgemäß nicht nur dem wissenschaftlich Interessierten zu empfehlen, sondern jedem häufiger mit dem Aktienrecht befassten Kollegen, dem sie als umfassendes Nachschlagewerk dienen kann.

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

Winkler: Beurkundungsgesetz. Kommentar. 15., neubearb. Aufl., Beck, 2003. 713 S., 90 €

Die 14. Auflage des wohl bekanntesten Kommentars zum Beurkundungsgesetz war im Jahr 1999 noch unter den Namen *Keidel/Winkler* erschienen, obwohl sie bereits allein von *Winkler* bearbeitet worden war. Die 15. Auflage trägt nunmehr zu Recht nur noch den Namen *Winkler*. Eine Neubearbeitung war notwendig geworden, weil der Gesetzgeber mit dem OLG-Vertretungsänderungsgesetz vom 23.7.2002 die Amtspflichten des Notars zur Gestaltung des Beurkundungsverfahrens bei Verbraucherverträgen in § 17 Abs. 2 a BeurkG konkretisierte und schreib- und sprechunfähigen Personen unter bestimmten Voraussetzungen die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung ermöglicht wurde. Einzuarbeiten waren auch die im Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16.2.2001 enthaltenen Änderungen des BeurkG und die umfangreiche Literatur und Rechtsprechung, die seit der letzten Auflage zu den durch die Berufsrechtsnovelle von 1998 geänderten Bestimmungen des BeurkG erschienen sind.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: *Winkler* wird mit seiner Neubearbeitung der gestellten Aufgabe hervorragend gerecht.

In den Anmerkungen zum Berufsrecht (Einl. Rdnr. 34 und 109) fehlt allerdings der Hinweis, dass die Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis vom 20.6.1990, die nach dem Einigungsvertrag in den neuen Bundesländern zunächst in Kraft blieb, durch das 3. Gesetz zur Änderung der BNotO aufgehoben worden ist und die BNotO nunmehr auch in den neuen Bundesländern gilt.

Das Schwergewicht der neuen Kommentierung liegt selbstverständlich beim § 17 BeurkG, der zentralen Vorschrift für die Beurkundungstätigkeit des Notars. Durch die Berufsrechtsnovelle von 1998 hatte § 17 mit Abs. 2 a Satz 1 BeurkG bereits eine Ergänzung erfahren, die wenig glücklich formuliert war. Da der Notar im Beurkundungsverfahren grundsätzlich nur Pflichten gegenüber den am Beurkundungsverfahren teilnehmenden Personen hat, geht § 17 Abs. 2 a Satz 1 BeurkG

mit der Verpflichtung des Notars „das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist“, nach seinem Wortlaut ins Leere. Denn die vom Gesetzgeber in § 17 Abs. 2 a Satz 1 BeurkG neu statuierte Pflicht des Notars zur sachgerechten Gestaltung des Beurkundungsverfahrens soll nicht die am Beurkundungsverfahren formell Beteiligten, sondern die an den beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften materiell Beteiligten schützen. Wie § 17 Abs. 2 a Satz 1 BeurkG deshalb auszulegen ist, ergibt sich am besten aus den Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer Abschnitt II, die *Winkler* im Anhang seines Kommentars auch abgedruckt hat.

Zu Widerspruch reizt allerdings, wenn *Winkler* die in § 17 Abs. 2 a Satz 1 BeurkG verankerte Pflicht des Notars zur sachgerechten Gestaltung des Beurkundungsverfahrens deshalb in Frage stellt, weil das Verfahrensrecht dem materiellen Recht zu dienen und die Aufgabe habe, es durchzusetzen, nicht aber es einzuschränken. Unter Bezugnahme auf *Brambring* heißt es bei *Winkler* (§ 17 Rdnr. 26): „Eine verfahrensrechtliche Vorschrift kann nicht die nach dem materiellen Recht eröffnete Möglichkeit, Erklärungen durch einen Bevollmächtigten oder Vertreter oder im Rahmen von Angebot und Annahme abzugeben, für beurkundungsbedürftige Geschäfte außer Kraft setzen.“ Wäre dieser Satz dahingehend zu verstehen, dass es dem Gesetzgeber verwehrt ist, in das BeurkG eine Norm aufzunehmen, durch die dem Notar untersagt wird, bestimmte materiell-rechtlich wirksame Rechtsgeschäfte zu beurkunden, so wäre ihm zu widersprechen. Ob der Gesetzgeber bestimmte ihm missfallende Gestaltungen bei formbedürftigen Rechtsgeschäften dadurch unterbindet, dass er die im materiellen Recht enthaltene Formvorschrift ergänzt, oder dadurch, dass er die Beurkundung solcher Rechtsgeschäfte untersagt, ist ihm überlassen. Gemäß den Vorschriften des BGB kann sich z. B. ein Ehepartner beim Abschluss eines Ehevertrages vertreten lassen. Sollten solche materiell-rechtlich zulässigen Vertretungen beispielsweise bei Beteiligung eines Ausländers überhand nehmen, so könnte der Gesetzgeber das entweder durch eine Ergänzung des § 1410 BGB un-

terbinden oder dadurch, dass er den Notaren die Vornahme solcher Beurkundungen untersagt. Welcher der beiden Möglichkeiten sich der Gesetzgeber bedienen will, ist ihm durch die Verfassung nicht vorgeschrieben.

Durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz wurde nunmehr der § 17 BeurkG ein weiteres Mal ergänzt, und dem Notar wurden im neu eingefügten § 17 Abs. 2 a Satz 2 BeurkG für die Beurkundung von Verbraucherverträgen genau umrissene Verpflichtungen für die Gestaltung des Rechtsgeschäfts und die Durchführung des Beurkundungsverfahrens auferlegt. Erschreckend ist es, wenn man bei *Winkler* liest (§ 17 Rdnr. 75), wie das Gesetzgebungsverfahren abgelaufen ist. Innerhalb von weniger als vier Wochen wurden vier unterschiedliche Entwürfe diskutiert und vom Bundestag beschlossen. In der Sache selbst gehen die Verpflichtungen des Notars im Großen und Ganzen – von der im Regelfall vorgeschriebenen Frist für die Vorabinformation des Verbrauchers von zwei Wochen abgesehen – nicht über das hinaus, was der sorgfältige, sich an die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer haltende Notar schon immer getan hat. Der Bedeutung des § 17

Abs. 2 a Satz 2 BeurkG für die tägliche Arbeit des Notars wird *Winkler* durch eine außerordentlich sorgfältige, alle Probleme aufgreifende und eigenständige Kommentierung gerecht, die den Umfang seines Kommentars zu § 17 BeurkG von bisher 40 Seiten auf 80 Seiten glatt verdoppelt. Die zu den konkretisierten Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Verbraucherverträgen veröffentlichte, reichhaltige Literatur ist ohne Ausnahme berücksichtigt.

Für die gesamte Kommentierung von *Winkler* gilt: Alle einschlägigen Urteile und Aufsätze sind erfasst und sorgfältig eingearbeitet worden. Da sich *Winkler* am Ende seines Vorworts Anregungen wünscht, will ich mit einer solchen schließen: Angesichts der zunehmenden Lebenserwartung und der Tatsache, dass Demenz wegen Alzheimer-Krankheit bereits bei 20 % der 80-Jährigen auftritt, gewinnen die Feststellungen des Notars über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift immer mehr an Bedeutung. Eine ausführliche Kommentierung des § 28 BeurkG könnte dem Rechnung tragen.

Notar Dr. Jürgen Vollhardt, Hersbruck

Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger: BauGB. 71. Ergänzungslieferung, Stand Mai 2003, Beck. Ca. 780 S., 44 €

Mit der 71. Ergänzungslieferung wurde der Großkommentar zum BauGB auf den neuesten Stand der städtebaulichen Gesetzgebung gebracht. *Grziwotz* hat im Zuge dessen § 124 BauGB neu bearbeitet. Zu Recht darf die notarielle Praxis eine Kommentierung durch den Autor erwarten, die sich vor allem an ihren vertragsgestalterischen Bedürfnissen ausrichtet. So sei denn auch an erster Stelle auf die im Anhang neuerdings niedergelegten ausführlichen Vertragsmuster und Musterformulierungen (einschließlich der zugehörigen Bürgschaften!) hinzuweisen. Dies auch deshalb, weil die beiden führenden Monographien in diesem Bereich, der „Driehaus“ (Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001) und – immer noch – der „Grziwotz“ (Baulanderschließung, 1993) diesen Service bislang nicht bieten.

Beim Notar anfragende Gemeindevertreter wünschen häufig Auskunft über den Zwang zur Durchführung eines Vergabeverfahrens. Diese vor allem durch das Europarecht bestimmte Problematik wird von *Grziwotz* umfassend aufgearbeitet und nachgewiesen (Rdnr. 90 f.). Für den Notar unmittelbar interessant ist die Frage nach einem Beurkundungserfordernis (Stichwort: Beurkundungszusammenhang). Mit drastischen Worten geht *Grziwotz* gegen dem Notar angesonnene Aufspaltungslösungen an und wappnet ihn gegen entsprechende „Argumente“ der Beteiligten (Rdnr. 99 ff.). Dankbar dürfte der Praktiker auch für den Hinweis auf die einkommensteuerrechtliche Relevanz sein (aktive Mitwirkung an der Baulanderschließung als Beginn eines steuerpflichtigen gewerblichen Grundstückshandels, Rdnr. 121).

Bei der Diskussion um die Person des „Dritten“ als Vertragspartner des Erschließungsvertrages (Rdnr. 92 ff.) wäre für eine künftige Neubearbeitung ein tieferes Eingehen auf die Umgehungsproblematik wünschenswert, auch was gemeindliche Tochtergesellschaften angeht. Denn für die Gemeinde

könnte sich so die Möglichkeit ergeben, unter Aufrechterhaltung ihrer Kontrolle ihre Eigenbeteiligung zu vermeiden, was vor dem Hintergrund der Abgabengerechtigkeit problematisch ist (so zutreffend *Grziwotz*, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, Rdnr. 231 – statt in der Kommentierung auf diese [eigene] Fundstelle als vorgeblichen „Sonderfall“ nur zu verweisen, hätte man das Problem in der Kommentierung gleich mitbehandeln können).

In einer auch für den erschließungs(betrags)rechtlichen Laien verständlichen Weise bringt *Grziwotz* ferner das leidige Thema der Fremdanlieger und die dahinter stehenden bzw. daraus folgenden Interessenkonflikte und Lösungsmöglichkeit auf den Punkt (Rdnr. 69 ff.). Die Lösung der Fremdanliegerproblematik über einen „echten Erschließungsvertrag“, der sich dadurch auszeichnet, dass ein Unternehmer von der Gemeinde die Erschließung eines bestimmten Gebietes im eigenen Namen und auf eigene Rechnung übernimmt und die fertiggestellten Anlagen ohne unmittelbare Gegenleistung auf die Gemeinde überträgt, ist zwar unter Wertungsgesichtspunkten geboten (vgl. Rdnr. 73 a. E.), jedoch dogmatisch nicht haltbar. Bei einem echten Erschließungsvertrag kann der Gemeinde schon voraussetzungsgemäß kein umlage- und verrechnungsfähiger Aufwand entstehen (OVG Saarlouis, DÖV 1989, 861, 863; OVG Münster, NWVB 1999, 262). Die Formulierung der Fremdanliegerklausel durch *Grziwotz* (Rdnr. 126, S. 72) ist denn auch dementsprechend entlarvend. Das BVerwG hat allerdings – im Sinne des Autors – anders und somit für die Praxis maßgebend entschieden (Urt. vom 22.3.1996, MittBayNot 1996, 387, 390).

Leider sind die Ausführungen *Grziwotz* zu § 124 BauGB eingebettet in einen fünfbändigen Großkommentar, den sich allein um des Erschließungs(betrags)rechts willen kaum ein Kollege anschaffen wird. Vor diesem Hintergrund ist zu hoffen, dass die „Baulanderschließung“ des Autors demnächst eine Neuauflage erfährt und bei dieser Gelegenheit mit entsprechenden Mustern ausgestattet wird.

Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

Söffing/Völkers/Weinmann: Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht. 2., neu bearb. Aufl., Beck, 2003. 515 S., 49 €

Das nach fünf Jahren in 2. Auflage erschienene Werk besteht aus zwei Teilen. In dem ersten, rund 40 Seiten umfassenden Teil wird eine knappe systematische Einführung in das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht gegeben. Der lexikalische Hauptteil besteht aus einer nach Stichworten sortierten Kommentierung von wichtigen Problemen des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts. Die Strukturierung nach Stich- und Schlagworten erleichtert das Auffinden der Lösung des jeweiligen Rechtsproblems wesentlich. Jedes Stichwort ist in drei Unterpunkte gegliedert: Zunächst wird die zivilrechtliche Problematik erläutert, anschließend die erbschaft- und schenkungsteuerrechtliche; schließlich werden Gestaltungshinweise gegeben. Besonders für die notarielle Praxis ist stets der dritte Gliederungspunkt von entscheidender Bedeutung. Hier findet der Leser zahlreiche, fundierte und gut überlegte Gestaltungsempfehlungen. Formulierungsvorschläge werden keine gegeben. Die gut nachvollziehbaren Berechnungsbeispiele erleichtern es dem sonst mit der Erbschaftsteuer nicht befassten Notar, die Vorteilhaftigkeit einzelner Gestaltungen in Heller und Cent ausdrücken und so dem Mandanten besser erläutern zu können.

Das Buch ist erbschaftsteuerrechtlich auf dem neuesten Stand. Insbesondere die neuen Erbschaftsteuerrichtlinien 2003 sind bereits eingearbeitet und im vollständigen Abdruck im Anhang des Buches wiedergegeben. Lediglich die neueste Erbschaftsteuerreform vom 18.12.2003 (Kürzung der erbschaftsteuerlichen Privilegien der §§ 13 a, 19 a ErbStG) konnte aufgrund des deutlich früheren Erscheinungstermins noch nicht berücksichtigt werden. Da die Verfasser sich an den beratenden Praktiker wenden, verwundert es nicht, dass die Fußnotennachweise im Wesentlichen aus Hinweisen auf die Meinung der Finanzverwaltung und der Steuerrechtsprechung bestehen. Dies steigert die Verlässlichkeit des Werkes für den Praktiker.

Inhaltlich sind folgende Aspekte hervorzuheben: Unter dem Stichwort „Auflage“ erläutern die Verfasser die Gestaltungsmöglichkeiten und Auswirkungen des Einsatzes von Auflagen. Auch Erläuterungen über die Behandlung internationaler Erbschaftsteuerfälle sind unter dem Stichwort „Auslandsvermögen“ dargestellt. Für den Praktiker immer wieder erwägenswert sind die Gestaltungshinweise zur Nutzung einer Ausschlagung, um Erbschaftsteuervorteile zu nutzen (vgl. „Ausschlagung“ Rdnr. 10 ff.). Sehr hilfreich ist die kurze Darstellung des Stuttgarter Verfahrens zur Ermittlung des gemeinen Wertes von nichtbörsennotierten Kapitalgesellschaftsanteilen einschließlich eines Berechnungsbeispiels (S. 72 ff.). Auch die zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Vererbung von Personengesellschaften einschließlich Nachfolge- und Fortsetzungsklauseln werden erläutert. Dabei wird insbesondere auf die steuerlichen Konsequenzen bei herabgesetzten Abfindungen hingewiesen. Ebenfalls findet der Leser auf S. 77 f. den zutreffenden Hinweis, dass eine Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen steuerlich nachteilig ist gegenüber der alternativen Abtretung an Mitgesellschafter (vgl. ebenso Weinmann/Geck, ZEV 2003, 185 f.). Zur Problematik der Kettenschenkung empfehlen die Verfasser die Einhaltung einer Schamfrist von „einem Jahr, besser jedoch drei Jahren“ (S. 201). Dies erscheint als übervorsichtige Übererfüllung der Maßstäbe der Rechtsprechung (vgl. BFH vom 13.10.1993, II R 92/91, BStBl II 1994, 128; Fromm, DStR 2000, 453; Jülicher, DStR 1994, 926; Rautenberg/Korezkij, DStR 1999, 81). Die Auswirkung von Umwandlungen und die dort ermöglichte Rückwirkung bei der Erbschaftsteuer werden ebenso verständlich erläutert wie das Recht der Stiftung und der Familienstiftung.

Nach alledem ist der aktualisierte Söffing/Völkers/Weinmann ein fantastisches Nachschlagewerk, das dem interessierten Notar in kürzester Zeit erlaubt, eventuelle Wissenslücken im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht zu schließen und Anleihen für Gestaltungsideen zu nehmen. Das Buch kann jedem Notar zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 134, 171, 172, 173; RBerG Art. 1 § 1 Satz 1; WEG § 16 Abs. 2 (*Nichtigkeit eines Bauträgervertrages bei nichtigem zugrunde liegendem Treuhandvertrag*)

1. Die Nichtigkeit eines Treuhandvertrags gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG hat die Unwirksamkeit auch des vom Treuhänder namens des Erwerbers abgeschlossenen Vertrags mit dem Bauträger zur Folge, sofern dieser, wie in der Regel, in die maßgebliche Konzeption des Geschäftsvorgangs mit eingebunden ist. Der Bauträger kann sich in diesem Fall auch nicht auf §§ 171, 172 BGB berufen.

2. Ein Bedürfnis für die Anwendung der Regeln über die werdende Wohnungseigentümergeinschaft kann jedenfalls für Zeiträume geboten sein, die vor dem Bekanntwerden der verschärften Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nichtigkeit von Treuhandverträgen im Rahmen eines Bauträgermodells liegen.

BayObLG, Beschluss vom 17.7.2003, 2Z BR 45/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Die Beteiligten sind die Erwerber von Wohnungseigentum. Die Anlage besteht aus einem in Appartements als Sondereigentum aufgeteilten Hotelgebäude. Die Errichtung vollzog sich im Wesentlichen folgendermaßen: Zwischen den Erwerbern auf der einen Seite und einer Steuerberatungsgesellschaft als so genanntem Treuhänder auf der anderen Seite wurde ein Treuhandvertrag abgeschlossen, in dem dem Treuhänder zugleich Auftrag und Vollmacht erteilt wurden, für die Erwerber einen Bauträgerkaufvertrag (im Folgenden Bauvertrag) über ein Hotelappartement, einen Gesellschaftsvertrag zur Gründung einer Hotelbetriebsgesellschaft, einen Mietvertrag mit dieser Gesellschaft sowie einen Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der Gesellschaft und einem für diese tätigen Geschäftsbesorger abzuschließen. Der Treuhänder wurde demgemäß tätig. Das Hotelgebäude ist errichtet. Die Teilungserklärung stammt vom 15.12.1994. Für die Antragsgegner als Erwerber wurde am 22.5.1995 im Grundbuch eine Eigentumsvormerkung eingetragen. Nach dem Kaufvertrag gehen Besitz, Nutzen, Lasten, Steuern, Abgaben und Gefahr am Tag der Abnahme auf den Käufer über. Abzunehmen ist das Objekt vor Bezug bei einer gemeinsamen Besichtigung durch Verkäufer und Käufer. Weil die Antragsgegner vorgeschlagenen Abnahmeterminen nicht nachkamen, ließ der Bauträger das Wohnungseigentum, wie vertraglich vorgesehen, von einem vom Treuhänder beauftragten Bausachverständigen am 2.8.1996 abnehmen. Eine Eigentumsumschreibung auf die Erwerber hat bisher in keinem Fall stattgefunden.

Die Antragsteller verlangen nunmehr von den Antragsgegnern als Gesamtschuldern die Zahlung rückständigen Wohngelds aus den beschlossenen Jahresabrechnungen 1998 (1.919,73 DM), 1999 (1.923,57 DM) sowie Vorauszahlungen gemäß dem bestandskräftigen Wirtschaftsplan für das Jahr 2000 (1.949,26 DM). Die Antragsgegner stellen in Abrede, wirksam Mitglieder einer (werdenden oder in Vollzug gesetzten) Eigentümergemeinschaft geworden zu sein. Sie behaupten insbesondere, die Vollmacht für den Treuhänder schon vor der Abnahme wirksam widerrufen gehabt zu haben.

Das Amtsgericht hat am 10.6.2002 die Antragsgegner samtverbindlich antragsgemäß verpflichtet, an die Antragsteller Wohngeldrückstände in Höhe von 2.961,69 € zuzüglich Zinsen zu entrichten. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegner blieb erfolglos. Gegen den Beschluss des Landgerichts vom 15.11.2002 richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Antragsgegner.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Landgericht erkannt, dass die Antragsgegner dann, wenn sie Mitglieder einer werdenden (oder faktischen) Wohnungseigentümergeinschaft geworden sind, entsprechend § 16 Abs. 2 WEG auch zur Zahlung von Wohngeld verpflichtet wären. Voraussetzung dafür ist, dass die Wohnungsgrundbücher angelegt sind, für einen Ersterwerber die Eigentumsvormerkung eingetragen ist und er an „seiner“ Wohnung, z. B. durch die vereinbarte Abnahme, Besitz erlangt hat (BayObLGZ 1990, 101/103; KG, NZM 2003, 400/401; OLG Karlsruhe, ZMR 2003, 374/375; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdnr. 292). Erst mit der Möglichkeit, das Wohnungseigentum auch bewohnen zu können und damit tatsächlich zu nutzen oder durch Dritte, etwa innerhalb eines Besitzmittlungsverhältnisses (§ 868 BGB), nutzen zu lassen, entsteht das Bedürfnis zur Anwendung der wohnungseigentumsrechtlichen Regelungen. Ist die Wohnung zwar bewohnbar, aber vom Erwerber nicht in Besitz genommen, fehlt es noch an einer hinreichend klaren Eingliederung in die werdende Gemeinschaft. In diesem Fall gebietet es die Interessenlage nicht, den Erwerber so zu stellen, als wäre er Teilhaber der werdenden Gemeinschaft geworden (siehe auch BGH, NJW 1994, 3352).

b) Nach dem Bauvertrag sollte das Vertragsobjekt vor Bezug bei einer gemeinsamen Besichtigung durch den Verkäufer, also den Bauträger, und die Antragsgegner als Käufer abgenommen werden. Kommt es nicht zum gemeinsamen Abnahmetermin, wird das Kaufobjekt von einem vom Treuhänder zu beauftragenden Bausachverständigen abgenommen. Diese Verfahrensweise wurde hier für die Abnahme gewählt. Sie findet ihre Grundlage im Bauvertrag. Ist aber der Bauvertrag unwirksam (§ 134 BGB), lässt sich mit der gewählten Abnahmeform eine Inbesitznahme durch die Antragsgegner in Form der Erlangung tatsächlicher Gewalt nicht begründen.

c) Das Landgericht hat die Abnahmewirkung gegenüber den Antragsgegnern im Wesentlichen mit der Wirksamkeit des Bauvertrags begründet. Dies ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells besorgt, der Genehmigung nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG; verfügt er darüber nicht, ist ein solcher Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 134 BGB nichtig (BGH, NJW 2001, 70). Die Nichtigkeit erstreckt sich auch auf die dem Treuhänder erteilte rechtsgeschäftliche Vollmacht (BGH, NJW 2002, 2325/2326; BGH, ZfIR 2003, 556), sei es, dass das Grundgeschäft und die Vollmacht ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinn von § 139 BGB bilden (BGH, NJW 2002, 2325/2326), sei es, dass die Zweckrichtung des Rechtsberatungsgesetzes, Rechtssuchende vor unsachgemäßer Erledigung ihrer Rechtsangelegenheiten zu schützen, die Erstreckung ohnehin gebietet (BGH, NJW 2002, 60; BGH, ZfIR 2003, 556/557; 2003, 560/561 f.). Geschäftspartnern gegenüber kann eine nicht wirksam erteilte Vollmacht über die in §§ 171, 172 BGB geregelten Fälle hinaus aus allgemeinen Rechtsscheingesichtspunkten als wirksam zu behandeln sein, sofern das Vertrauen des Dritten auf

den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als die Vollmachtsurkunde anknüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint (BGH, NJW 2002, 2325 ff.). Während die Frage der Schutzwürdigkeit von Vertragspartnern hauptsächlich mit Blick auf die vom Treuhänder zur Finanzierung eingeschalteten Kreditinstitute diskutiert wird (siehe BGH, NJW 2002, 2325; *Derleder*, ZfIR 2003, 177; *Nittel*, NJW 2003, 2599), ist es im Wesentlichen unbestritten, dass sich jedenfalls ein Bauträger, der auf die Absatzorganisation einschließlich des unwirksamen Geschäftsbesorgungsvertrags wesentlichen Einfluss genommen (*Derleder*, ZfIR 2003, 177/188) oder die maßgebliche Konzeption gar selbst entwickelt hat (*Nittel*, NJW 2003, 2599/2602), wegen § 173 BGB nicht auf den Schutz der §§ 171, 172 BGB berufen kann. In diesem Fall ist die enge Zusammenarbeit des Dritten (Bauträger) mit dem Rechtsbesorger als Beteiligung an der unzulässigen Rechtsbesorgung zu werten (BGH, NJW 1998, 1955), so dass auch die Berufung auf einen Rechtschein ausscheidet.

aa) Die Wirksamkeit des Treuhandvertrags ist am Maßstab des Rechtsberatungsgesetzes zu messen (BGH, NJW 2003, 1594). Nach dem Vertrag, den der Senat selbst auslegen kann, hat der Treuhänder die Erwerber umfassend beim Erwerb und der sonstigen Abwicklung des Vertragsobjekts zu vertreten und insoweit seine Interessen wahrzunehmen, die unmittelbar oder mittelbar mit der Durchführung des Vorhabens und des Erwerbs zusammenhängen. Insbesondere hat er in diesem Rahmen sämtliche grundbuchrechtlichen Bewilligungen und Anträge abzugeben, darf mit der Eigentumsvormerkung hinter Finanzierungsgrundpfandrechte zurücktreten und bei einer Änderung der Teilungserklärung mitwirken. Er hat die dingliche Absicherung der Finanzierungsdarlehen zu übernehmen und darf den Erwerber persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen sowie gegenüber Banken Zweckbestimmungserklärungen abgeben. Er darf auch im Interesse der Durchführung des Gesamtobjekts für den Erwerber abgeschlossene Verträge wieder auflösen, falls die Finanzierung nicht nachgewiesen ist, und ist sogar berechtigt, die Löschung der Eigentumsvormerkung zugunsten des Erwerbers zu bewilligen und zu beantragen. Die steuerlichen Angelegenheiten übernimmt vollständig ein vom Treuhänder zu beauftragender Steuerberater. Der Treuhandauftrag hebt schließlich ausdrücklich hervor, dass er sich auf den Abschluss der erforderlichen Verträge und die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Erwerbers gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner erstreckt. Vor allem bei Schwierigkeiten in der Durchführung des Vorhabens bringt die Vertragsgestaltung erheblichen Beratungsbedarf mit sich. Wesentliche Aufgabe des Treuhänders ist es, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen und konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Die Dienstleistungen verlangen damit, sofern sie sachgerecht erbracht werden sollen, erhebliche Rechtskenntnisse. Der entsprechende Vertrag unterliegt demnach dem Rechtsberatungsgesetz.

bb) Die bei den Akten befindlichen und ersichtlich einheitlich entwickelten und aufeinander abgestimmten Vertragsunterlagen sprechen dafür, dass der Bauträger als Eigentümer des Grundstücks von Anfang an in die maßgebliche Errichtungs- und Vertriebskonzeption eingebunden war. Zudem haben die Antragsgegner bislang unwidersprochen vorgetragen, dass der bevollmächtigte Treuhänder den einzelnen Interessenten der Wohnanlage vom Eigentümer des Grundstücks, also dem Bauträger, vorgeschlagen wurde. Ohne entgegenstehenden Vortrag tatsächlicher Art wird das Landgericht deshalb von einer Unwirksamkeit auch des abgeschlossenen Bauträgervertrags auszugehen haben.

cc) Auf die vertraglich vorgesehene Form der Abnahme käme es hingegen nicht an, sofern die Antragsgegner die Wohnung tatsächlich in Besitz genommen haben, etwa durch eigenen Bezug oder durch willentliche Nutzungsüberlassung an dritte Personen (vgl. § 868 BGB). Dazu würde es genügen, dass die Antragsgegner, wie vorgesehen, die Wohnung der damals noch zu gründenden Hotelbetriebesgesellschaft als Mieterin überlassen haben und im Gegenzug die monatliche Miete vereinnahmen. Die Antragsteller haben dazu einerseits nur unsubstantiiert vorgebracht, das Teileigentum werde auch genutzt, und andererseits erklärt, die Antragsgegner könnten ihr Teileigentum an die jetzige Betreiberin verpachten. Ob und wie die Wohnung genutzt wird, insbesondere wer Nutznießer ihrer Erträge ist, wird in einer mündlichen Verhandlung (§ 44 Abs. 1 WEG) aufzuklären sein (§ 12 FGG). Entgegen dem Vorbringen der Antragsgegner ist es nicht erheblich, ob diese selbst an Eigentümerversammlungen teilgenommen und Beschlüsse mitgetragen oder abgelehnt haben.

d) Sollten sich die Voraussetzungen einer Inbesitznahme des Teileigentums feststellen lassen, bestehen keine Bedenken, den Antragstellern die für den fraglichen Zeitraum 1998 bis 2000 begehrten Hausgeldförderungen zuzusprechen. Dem stünde insbesondere nicht die Unwirksamkeit der Erwerbsverträge entgegen. Im Gegensatz zu der Fallgestaltung, die der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6.10.1994 (BGH, NJW 1994, 3352) zugrunde lag, geht es hier nicht um die Haftung des faktischen Mitglieds einer in Vollzug gesetzten Wohnungseigentümergeinschaft, sondern um die Haftung des Mitglieds einer faktischen Gemeinschaft. Ob anderes ab dem Zeitpunkt gilt, in dem das Entstehen einer Eigentümergeinschaft endgültig unmöglich geworden ist, kann dahinstehen. Solange das Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft noch bezweckt war, ist die Anwendung von § 16 Abs. 2 WEG sachgerecht. Davon kann jedenfalls bis zum Bekanntwerden der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur rechtlichen Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells (BGH, NJW 2001, 70) ausgegangen werden.

2. Richtlinie 85/577/EWG Art. 3 Abs. 2 lit. a), Art. 5 Abs. 2; HWiG §§ 1, 3 (*Vorlagebeschluss wegen möglichen Verstoßes der deutschen Rechtslage beim Widerruf eines Realkredits gegen die Haustürgeschäfterrichtlinie*)

Gemäß Art. 234 EGV werden dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Werden von Art. 3 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 85/577/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen vom 20.12.1985 auch solche Kaufverträge über Immobilien erfasst, die lediglich als Bestandteil eines kreditfinanzierten Kapitalanlagemodells anzusehen sind und bei dem die bis zum Vertragsabschluss durchgeführten Vertragsverhandlungen sowohl hinsichtlich des Immobilienkaufvertrages als auch des ausschließlich der Finanzierung dienenden Darlehensvertrages in einer Haustürsituation nach § 1 Haustürwiderrufgesetz erfolgen?
2. Entspricht eine nationale Rechtsordnung bzw. deren Auslegung, die die Rechtsfolgen des Widerrufs der Darlehenserklärung auch im Rahmen solcher Kapi-

talanlagemodelle, bei denen das Darlehen ohne Erwerb der Immobilie überhaupt nicht gewährt worden wäre, lediglich auf die Rückabwicklung des Darlehensvertrages beschränkt, den Anforderungen des Gebotes des hohen Schutzniveaus auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes (Art. 95 Abs. 3 EG-Vertrag) sowie der von der Richtlinie 85/577/EWG gewährleisteten Effektivität des Verbraucherschutzes?

3. **Genügt eine nationale Regelung der Rechtsfolge des Widerrufs des Darlehensvertrages dergestalt, dass der widerrufende Verbraucher die Darlehensvaluta an die finanzierende Bank zurückzahlen muss, obwohl das Darlehen nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich der Finanzierung der Immobilie dient und unmittelbar an den Verkäufer der Immobilie ausbezahlt wird, dem Schutzzweck der Widerrufsregelung in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577/EWG?**
4. **Verstößt eine nationale Rechtsfolge des Widerrufs in der Form, dass der Verbraucher nach Widerrufserklärung zur sofortigen Rückzahlung der – auf Grundlage des für die Kapitalanlage entwickelten Konzeptes – bisher überhaupt noch nicht getilgten Darlehensvaluta nebst deren marktüblichen Verzinsung verpflichtet ist, gegen das Gebot des hohen Schutzniveaus auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes (Art. 95 Abs. 3 EG-Vertrag) sowie gegen den in der Richtlinie 85/577/EWG verankerten Grundsatz der Effektivität des Verbraucherschutzes?**

LG Bochum, Beschluss vom 29.7.2003, 1 O 795/02

Die Kläger begehren im Wege der Vollstreckungsabwehrklage, die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde des Notars S. in H. vom 8.5.1992 für unzulässig zu erklären. Die Beklagte finanziert seit Ende der 80er Jahre in erheblichem Umfang den Erwerb von gebrauchten Eigentumswohnungen. Bei diesen Wohnungen handelt es sich in der Regel um im sozialen Wohnungsbau der 60er und 70er Jahre erstellte Mietshäuser, die von der A.-AG in H. angekauft, teilrenoviert, in Wohnungseigentum geteilt und anschließend angeboten wurden. Der eigentliche Vertrieb der Eigentumswohnungen sowie die Vermittlung der Finanzierung erfolgte sodann ausschließlich über das mit der Vermittlung von Immobilien- und Finanzdienstleistungen befasste Unternehmen „H. GmbH“ in D., das sich wiederum einer Vielzahl bundesweit tätiger Untervermittler bediente.

Im Rahmen des geschilderten Vertriebskonzeptes trat im Februar 1992 ein Untervermittler der Firma „H. GmbH“ an die Kläger heran und erläuterte ihnen das Anlagemodell des kreditfinanzierten Immobilienerwerbs. Aus Gründen der Steuerersparnis sah das Modell eine vollständige Fremdfinanzierung der angebotenen, fremdgenutzten Eigentumswohnung vor, wobei Tilgungen während der Laufzeit des Darlehensvertrages ausgeschlossen waren. Die Kläger erwarben daraufhin am 28.4.1992 eine Eigentumswohnung als Kapitalanlage zum Preis von 90.519 DM (46.281,63 €). Ausschließlich zur Finanzierung des Kaufpreises nahmen die Kläger mit Vertrag vom 7.4.1992 bei der Beklagten ein Darlehen über 105.000 DM (53.685,65 €) auf, das durch eine mit notarieller Urkunde vom 8.5.1992 bestellte Grundschuld an dem erworbenen Wohnungseigentum in derselben Höhe abgesichert wurde. Weiterhin übernahmen die Kläger in dieser Urkunde die persönliche Haftung für die Zahlung des Grundschuldbeitrages und unterwarfen sich diesbezüglich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Darüber hinaus mussten sich die Kläger auf Verlangen der Beklagten nach einem von ihr entwickelten Konzept gemäß § 3 des Darlehensvertrages zum Beitritt in eine Mieteinnahmegemeinschaft verpflichten, durch die eine gleichmäßige Verteilung der gesamten Mieteinnahmen in dem Wohnkomplex gewährleistet sein sollte. Des Weiteren verpflichteten sich die Kläger, bei der Beklagten zwei Bausparverträge abzuschließen, und zwar über jeweils 50 % der Darlehenssumme. Gemäß § 1 des Darlehensvertrages wurde vereinbart, dass eine Tilgung des Darlehens erst mit der Zuteilung des ersten Bausparvertrages erfolgen sollte. Eine

Widerrufsbelehrung nach dem HWiG des Inhalts, dass die auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung innerhalb einer bestimmten Frist widerrufen werden kann, enthielt der Darlehensvertrag nicht.

Nach Abschluss sämtlicher Verträge und der Bestellung der im Darlehensvertrag geforderten Sicherheiten zahlte die Beklagte die Darlehensvaluta in Höhe des Nettokreditbetrages von 101.850 DM (52.075,08 €) aufgrund formularmäßiger Anweisung der Kläger unmittelbar an die Verkäuferin der Immobilie aus. Nachdem die Kläger ihren monatlichen Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensvertrag nicht mehr nachkamen, kündigte die Beklagte den Darlehensvertrag, stellte das Darlehen zur sofortigen Rückzahlung fällig und betreibt nunmehr – da Zahlungen seitens der Kläger nicht erfolgten – mittels eines am 11.7.2002 erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses die Zwangsvollstreckung aus der genannten notariellen Urkunde. Insoweit hat sie bereits beim Amtsgericht die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung durch die Kläger beantragt. Die Kläger haben gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 8.11.2002 unter Hinweis auf § 1 HWiG den Darlehensvertrag widerrufen.

Aus den Gründen:

(...)

B. Darstellung des nationalen Rechts:

Die Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage und – gegebenenfalls – über die Widerklage hängt in erster Linie davon ab, welche Rechtsfolgen sich bei der Annahme eines wirksam ausgeübten Widerrufsrechts nach § 1 HWiG ergeben. Denn sollten die Kläger in diesem Fall tatsächlich nach § 3 Abs. 1 und 3 HWiG zur Rückzahlung der an die Immobilienverkäuferin ausbezahlten Darlehensvaluta zuzüglich einer angemessenen Verzinsung verpflichtet sein, kann letztendlich dahingestellt bleiben, ob die Beklagten den Darlehensvertrag wirksam gekündigt oder die Kläger ihre auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung wirksam mit ex-tunc-Wirkung nach dem HWiG widerrufen haben. In beiden Fällen wären die Kläger zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet, und zwar entweder aus Vertrag gemäß § 607 Abs. 1 BGB oder aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung, §§ 812, 818 BGB.

1. Nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13.12.2001 (Rs. C 481/99) besteht in der nationalen Rechtsprechung Einvernehmen, dass alle Darlehensverträge, die in einer Haustürgeschäftssituation abgeschlossen wurden, nach § 1 Abs. 1 HWiG widerrufen werden können (BGH, Urteile vom 21.1.2003, XI ZR 125/02, NJW 2003, 1390, 1391; vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, NJW 2003, 885, 886; vom 12.11.2002, XI ZR 47/01, NJW 2003, 422, 422 f.; vom 12.11.2002, XI ZR 3/01, NJW 2003, 424, 425; vom 12.11.2002, XI ZR 25/00, ZIP 2003, 160, 162; vom 10.9.2002, XI ZR 151/99, NJW 2003, 199; vom 9.4.2002, XI ZR 32/99, NJW 2002, 2029; vom 9.4.2002, XI ZR 91/99, NJW 2002, 1881, 1882; vom 9.4.2002, XI ZR 33/99, BGHR HWiG § 5 Abs. 2 Verbrauchercredit 1). Dieses Widerrufsrecht ist zeitlich unbefristet, soweit – wie im vorliegenden Fall – die gemäß § 2 HWiG vorgesehene Belehrung unterblieben ist (BGH, Urteile vom 20.5.2003, XI ZR 248/02, WM 2003, 1370, 1371, und vom 12.11.2002, XI ZR 3/01, NJW 2003, 424, 426).

2. Die Rechtsfolgen nach Ausübung des Widerrufsrechts bestimmen sich gemäß Artikel 7 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Haustürgeschäfte) grundsätzlich nach den Vorschriften des nationalen Rechts. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat in seinem oben genannten Urteil unter Ziff. 35 darüber hinaus ausdrücklich darauf hin-

gewiesen, dass sich die Folgen des Widerrufs der auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung auf den Kaufvertrag über die Immobilie und für die Bestellung des Grundpfandrechts nach den Vorschriften des nationalen Rechts richten.

Zwar bestreitet die Beklagte, dass der Darlehensvertrag vom 7.4.1992 in einer Haustürsituation zustande gekommen sei. Hierauf käme es jedoch unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH gar nicht mehr an, da die Kläger unabhängig davon, ob eine Haustürsituation vorgelegen hat, zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet wären, mithin die Klage abzuweisen wäre.

3. Gemäß § 3 Abs. 1 HWiG (in der entscheidungserheblichen Fassung des Gesetzes bis zum 30.9.2000) ist jede Vertragspartei verpflichtet, der anderen die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. § 3 Abs. 3 HWiG bestimmt zudem, dass für die Gebrauchsüberlassung bis zum Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufs deren Wert zu vergüten ist. Der Darlehensvertrag wird damit bei Ausübung des Widerrufs durch § 3 Abs. 1 HWiG in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt.

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (zuletzt noch BGH, Urteil vom 12.11.2002, XI ZR 47/01, NJW 2003, 422, 423) gilt ein Darlehen im Sinne des § 3 Abs. 1 HWiG auch dann als empfangen, wenn die Darlehensvaluta nicht an den Darlehensnehmer, sondern auf dessen Weisung an einen Dritten ausbezahlt wurde. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass eine solche Auslegung zur Begründung der Rückzahlungspflicht schon zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen hinsichtlich der Begründung eines Darlehensrückzahlungsanspruchs erforderlich sei. Denn ebenfalls nach höchstrichterlicher Rechtsprechung reicht es für die Begründung des Darlehensrückzahlungsanspruchs nach § 607 BGB a. F. aus, wenn die Darlehensvaluta vom Darlehensgeber unmittelbar an einen vom Darlehensnehmer bestimmten Dritten ausbezahlt wird, es sei denn, dieser Dritter wird lediglich als „verlängerter Arm“ des Darlehensgebers tätig (BGH, Urteil vom 12.11.2002, XI ZR 47/01, NJW 2003, 422, 423 mit weiteren Nachweisen).

Aufgrund dieser Auslegung des § 3 Abs. 1 HWiG steht den Darlehensgebern, hier also auch den Beklagten, bei Widerruf des Darlehensvertrages ein Anspruch auf Erstattung der ausgezahlten Nettokreditbeträge nebst marktüblicher Verzinsung zu (BGH, Urteile vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, NJW 2003, 885, 886, und vom 12.11.2002, XI ZR 47/01, NJW 2003, 422, 423). Dieser Anspruch besteht nach Widerruf mangels dann noch wirksamer Ratenzahlungsvereinbarung sofort und in voller Höhe.

4. Zu einem anderen Ergebnis käme man in diesen Fällen, wenn es sich bei dem von den Parteien geschlossenen Darlehensvertrag und dem Kaufvertrag über die Immobilie um ein verbundenes Geschäft handeln würde. Gemäß § 9 Abs. 2 VerbrKrG wäre der Darlehensnehmer aufgrund des Widerrufs auch nicht mehr an das finanzierte Immobiliengeschäft gebunden. Vielmehr würde der Darlehensgeber nach § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG bezüglich der Rückabwicklung in die Rechte und Pflichten des Verkäufers eintreten. Der Darlehensnehmer wäre damit nicht mehr zur Darlehensrückzahlung, sondern zur Herausgabe der mit dem Darlehen finanzierten Immobilie nebst Vergütung zwischenzeitlicher Nutzungen verpflichtet.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH, die auch in den Entscheidungen nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13.12.2001 (Rs. C 481/99) bestätigt wurde, kommt jedoch eine Anwendung des § 9 Verbr-

KrG wegen des Wortlauts des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG auf Realkreditverträge nicht in Betracht, so dass der Widerruf des Darlehensvertrages die Wirksamkeit des Kaufvertrages nicht berührt (BGH, Urteile vom 21.1.2003, XI ZR 125/02, NJW 2003, 1390, 1391 f.; vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, NJW 2003, 885, 886; vom 12.11.2002, XI ZR 47/01, NJW 2003, 422, 423; vom 12.11.2002, XI ZR 3/01, NJW 2003, 424, 426; vom 12.11.2002, XI ZR 25/00, ZIP 2003, 160, 162 f.; vom 10.9.2002, XI ZR 151/99, NJW 2003, 199, 199 f.; vom 9.4.2002, XI ZR 91/99, NJW 2002, 1881, 1884; vom 9.4.2002, XI ZR 33/99, BGHR HWiG § 5 Abs. 2 Verbraucherkredit 1).

5. Zwar wird vereinzelt auch ohne den Rückgriff auf § 9 VerbrKrG eine Rückzahlung der dem Immobilienverkäufer direkt ausbezahlten Darlehensvaluta mit der Begründung abgelehnt, dass Darlehensvertrag und Immobilienkaufvertrag aufgrund der Gesamtkonzeption der Kapitalanlage und ihrer Finanzierung als wirtschaftliche Einheit anzusehen seien (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.9.2002, 4 U 23/02, 2003, 163, 165). Hierfür spreche insbesondere, dass das Darlehen ausschließlich der Finanzierung des Erwerbs der Immobilie gedient habe und jeder der beiden Verträge ohne den anderen nicht abgeschlossen worden wäre.

Folge einer solchen wirtschaftlichen Einheit sei es, dass der Widerruf eines der beiden – rechtlich selbständigen – Verträge auch zur Unwirksamkeit des anderen Vertrages führe und es der Schutzzweck der Widerrufsregelung gebiete, den Darlehensnehmer nicht mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch zu belasten. Vielmehr habe eine Rückabwicklung unmittelbar zwischen dem Darlehensgeber und dem als Zahlungsempfänger tatsächlich begünstigten Verkäufer der Immobilie zu erfolgen.

Der BGH lehnt jedoch sowohl eine analoge Anwendung des § 9 VerbrKrG als auch eine Anerkennung der wirtschaftlichen Einheit von Immobilienkaufvertrag und Darlehensvertrag unter Zugrundelegung des Grundsatzes von Treu und Glauben mit der Begründung ab, dass bei einem Immobilienkauf auch der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie weiß, dass Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen seien (so ausdrücklich, jedoch ohne Begründung BGH, Urteil vom 9.4.2002, XI ZR 91/99, NJW 2002, 1881, 1884).

Als Konsequenz dieser herrschenden und gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung hat der Widerruf der Darlehensvertragserklärung keine Auswirkungen auf den Immobilienkaufvertrag. Ein direktes Widerrufsrecht scheidet wegen § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG aus, da Immobilienkaufverträge gemäß § 313 BGB a. F. bzw. § 311 b n. F. der notariellen Beurkundung bedürfen.

Unter Zugrundelegung dieser bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung wären die Kläger nach dem Widerruf ihrer Darlehensvertragserklärung zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst marktüblicher Verzinsung verpflichtet.

C. Erläuterung der Vorlagefragen:

Der Ausgang des Verfahrens hängt entscheidend davon ab, ob der Beklagten ein sofortiger Darlehensrückzahlungsanspruch in voller Höhe nach § 3 Abs. 1 HWiG zusteht. Hiergegen bestehen nach Auffassung des vorlegenden Gerichts unter Zugrundelegung der Ausführungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in seinem Urteil vom 13.12.2001 (Rs. C 481/99) erhebliche Bedenken, da diese Rechtsfolge dem Schutzzweck des Widerrufsrechts nicht gerecht wird.

Folgt man der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft-

ten vom 13.12.2001 (Rs. C 481/99), so hat die Ausübung des Widerrufsrechts für den Verbraucher zur Folge, dass er zwar nicht mehr die vertragliche Rückführung des Darlehens nach den vertraglich vereinbarten Ratenzahlungs- und Tilgungskonditionen schuldet, dafür aber nach der dortigen Auslegung des § 3 Abs. 1 HWiG nunmehr zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet ist. Dabei macht die Rechtsprechung keinen Unterschied, ob die Darlehensvaluta an den Verbraucher oder einen von diesem bestimmten Dritten ausbezahlt wurde. In beiden Fällen hat der Verbraucher als Darlehensnehmer den Darlehensbetrag empfangen und ist damit im Umkehrschluss auch zur Rückzahlung verpflichtet.

1. Nach Auffassung des Gerichts lässt sich der für § 3 Abs. 1 HWiG erforderliche Empfang der Darlehensvaluta im vorliegenden Fall nicht mit der dargestellten Begründung bejahen, da sie außer Acht lassen würde, dass zum einen das Darlehen nach dem auch der Beklagten bekannten Erwerbs- und Finanzierungsmodell ausschließlich der Finanzierung der Immobilie dienen sollte und auch die vorformulierten Darlehensverträge einen Abschluss ohne Abschluss des Immobilienkaufvertrages überhaupt nicht vorsahen. Zum anderen sahen die Vertragsbedingungen der Beklagten eine Darlehensauszahlung an die Kläger überhaupt nicht vor. Vielmehr war die unmittelbare Auszahlung der Darlehensvaluta an die Immobilienverkäuferin gerade Teil der von der Beklagten gewählten Vertragskonstruktion. Aus dem vorliegenden Darlehensvertrag wird vielmehr deutlich, dass die Darlehensgeberin erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Immobilienkaufvertrages hatte. Dies zeigt sich insbesondere in der Verpflichtung zum Beitritt in die Mieteinnahmegerinschaft, die auch nur mit Zustimmung des Darlehensgebers gekündigt werden kann.

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass das gesamte – auch auf Steuerminimierung ausgerichtete – Kapitalanlagemodell gerade eine Abstimmung bei der Ausgestaltung von Immobilienkaufvertrag und Darlehensvertrag voraussetzt. Dies bedingt letztendlich auch eine enge Kooperation zwischen Verkäufer und Darlehensgeber, so dass die Ausbezahlung der Darlehensvaluta an den Verkäufer jedenfalls nicht auf einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Darlehensnehmers beruhte.

2. Selbst wenn aber der Auffassung des Gerichts, dass in den Fällen, in denen die Auszahlung der Darlehensvaluta auf Betreiben des Darlehensgebers erfolgt, der für die Anwendung des § 3 Abs. 1 HWiG erforderliche Empfang der Darlehensvaluta nicht vorliegt, nicht gefolgt wird, stellt sich aufgrund der wirtschaftlichen Einheit von Kauf- und Darlehensvertrag die Frage, ob es nicht dem Schutzzweck der Widerrufsregelung nach § 1 HWiG widerspricht, dessen Anwendung auf Ratenkreditverträge vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gerade mit dem Erfordernis eines wirksamen Verbraucherschutzes begründet wurde, wenn der Widerrufende dem Darlehensgeber den an den Immobilienverkäufer ausbezahlten Darlehensbetrag erstatten muss. Der nationale Gesetzgeber hat in § 9 VerbrKrG die ausdrückliche Regelung getroffen, dass dem Darlehensgeber bei Vorliegen der wirtschaftlichen Einheit lediglich die Rechte des Verkäufers, mithin die Herausgabe des kreditfinanzierten Kaufgegenstandes, zusteht. Auch wenn diese Regelung wegen des eindeutigen Wortlauts des § 3 Abs. 2 Ziff. 1 VerbrKrG auf das vorliegende Anlagemodell wegen der vertraglich vorgegebenen Grundpfandrechtsabsicherung wohl keine Anwendung finden dürfte, muss der Rechtsgedanke dieser Regelung im Rahmen des Schutzzwecks der Widerrufsregelung Berücksichtigung finden.

Zwar ist dem BGH zuzugeben, dass bei Immobiliengeschäften „in der Regel“ Darlehensgeber und Immobilienverkäufer keine engere Verbindung miteinander haben. Wie bereits dargestellt, weist das vorliegende Anlagemodell jedoch die Besonderheit auf, dass dessen Zielsetzung der Steuerersparnis nur erreicht werden kann, wenn Erwerb und Finanzierung den steuerrechtlichen Vorschriften entsprechend aufeinander abgestimmt werden.

Auch wenn die Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs nach Art. 7 der Richtlinie 85/577/EWG dem nationalen Recht obliegen, dürfen sie nicht so ausgestaltet sein, dass sie dem Gebot der Effektivität des Verbraucherschutzes widersprechen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass dem Verbraucher zwar aus Gründen des wirksamen Verbraucherschutzes ein Widerrufsrecht zugestanden wird, dessen Rechtsfolgen diesen Verbraucherschutz nicht nur außer Acht lassen können, sondern sogar in sein Gegenteil verkehren.

3. Sollte die Auffassung des Gerichts, dass der Beklagten als Darlehensgeberin aus dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Einheit von Immobilienkaufvertrag und Darlehensvertrag lediglich ein Anspruch auf Übertragung der Immobilie zustehen kann, nicht geteilt werden, so bestehen jedoch nach Auffassung des Gerichts im Hinblick auf den zu gewährenden wirksamen Verbraucherschutz erhebliche Bedenken an der aus § 3 Abs. 1 HWiG folgenden Rückzahlungsverpflichtung nach Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher. Denn letztendlich steht ein Darlehensnehmer, der vor Jahren einen Darlehensvertrag ohne Widerrufsbelehrung abgeschlossen hat, und nunmehr sein nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13.12.2001 (Rs. C 481/99) zeitlich nicht befristetes Widerrufsrecht ausübt, wirtschaftlich schlechter da als bei Fortbestand des Darlehensvertrages.

Auch der BGH weist in seinem Urteil vom 12.11.2002, XI ZR 47/01, NJW 2003, 422, 423 f., auf diese Problematik hin und führt dazu aus, „dass mit der Pflicht zur sofortigen Rückzahlung und marktüblichen Verzinsung der Darlehensvaluta ein Widerruf der Darlehensvertragserklärung für viele Darlehensnehmer wirtschaftlich wenig oder nicht interessant ist“. Weiter führt er aus, „dass der in einer Haustürsituation überrumpelte Darlehensnehmer damit erheblich schlechter gestellt ist, als er vor In-Kraft-Treten des Haustürwiderrufsgesetzes gestanden hätte“.

Dass selbst die darlehensgebenden Banken nicht davon ausgingen, dass sie durch ein sich am Verbraucherschutz orientierendes Widerrufsrecht finanziell besser gestellt werden als bei Vertragsfortbestand, zeigt sich auch an der Erklärung der beklagten Bank in der Rechtssache des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften – Rs. C 481/99 – zur Frage der zeitlichen Wirkung des Urteils. Hier wurde ausdrücklich auf das erhebliche finanzielle Risiko hingewiesen, das mit der Anwendung des Widerrufsrechts auf Realkreditverträge für die Kreditinstitute entstehen würde.

Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts hat die Bundesrepublik Deutschland durch die dargestellte nationale Rechtslage nicht dafür Sorge getragen, dass „geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers“ vorliegen. Denn nach der innerstaatlichen Rechtsordnung ergeben sich für den Verbraucher erhebliche wirtschaftliche Nachteile, die ihn in vielen Fällen in die private Insolvenz treiben. Wie der Kammer nämlich aus einer Reihe von Verfahren bekannt ist, sind die vermittelten Wohnungen in vielen Fällen übersteuert, nicht zu vermieten und selbst im Wege der Zwangsversteigerung nicht zu veräußern.

„Geeignete“ Maßnahmen können aber nicht schon darin zu sehen sein, dass ein zeitlich im Wesentlichen unbefristetes Widerrufsrecht eingeräumt wird. Vielmehr misst sich die Geeignetheit der Maßnahmen durch die Verwendung des Wortes „zum“ am erzielten Schutz des Verbrauchers, das heißt an den rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen, die sich für den Verbraucher aus der Wahrnehmung der „geeigneten Maßnahmen“ ergeben. Wenn der Verbraucher, wie nach innerdeutschem Recht bei Wahrnehmung des ihm als „geeignete Maßnahme“ eingeräumten Widerrufsrechts, indessen sich erheblich schlechter stellt, als wenn er den unter – von dem anderen Vertragsteil verursachten – Verletzung innerdeutschen und europäischen Rechts zustande gekommenen Vertrag weiter erfüllt, so liegt nach Auffassung der Kammer gerade keine „geeignete Maßnahme zum Schutz des Verbrauchers“ vor.

Ob und welcher Mindeststandard durch die nationale Rechtsordnung gewährleistet sein muss, ob zum Beispiel die Rückzahlung jedenfalls weiter ratierlich zu erfolgen hat, sie sich auf den zur Finanzierung des üblichen Verkehrswertes des gekauften Objekts zur Zeit des Erwerbes oder des Widerrufs notwendigen Kreditbedarf erstreckt oder die Verbraucher die Rückzahlungsverpflichtung durch Übereignung des finanzierten Objekts an das Kreditinstitut erfüllen, liegt nicht in der Entscheidungskompetenz des vorliegenden Gerichts, sondern ist dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften anvertraut.

3. Richtlinie 87/102 EWG Art. 2 Abs. 1 a; Richtlinie 85/577 EWG Art. 7; HWiG §§ 1, 3; VerbrKrG § 3 Abs. 2 Nr. 2, § 9 (Kein Einwendungsdurchgriff bei Realkreditverträgen)

Realkreditvertrag und damit finanziertes Grundstücksgeschäft sind keine verbundenen Geschäfte im Sinne von § 9 VerbrKrG; eine Vorlage an den EuGH ist nicht veranlasst. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 16.9.2003, XI ZR 447/02

Aus den Gründen:

1. (...) Mit ihrem Antrag begehren die Kläger die Feststellung, dass „die Beklagte keinerlei Ansprüche aus den Darlehensverträgen ...218 und ...200 vom 6.11.1994 und ...342 vom 30.11.1999“ gegen sie hat. Diesem Antrag hätte das Berufungsgericht, da es die Darlehensverträge als nach § 1 Abs. 1 HWiG wirksam widerrufen angesehen hat, stattgeben müssen. Seine Begründung, die beklagte Bank habe mit einem den Zahlungsanspruch der Kläger aus § 3 Abs. 1, § 4 HWiG übersteigenden Rückzahlungsanspruch wirksam aufgerechnet, trägt die Abweisung des Feststellungsantrags nicht. Dieser bleibt ohne Rücksicht auf die Aufrechnung begründet.

2. Dagegen lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Bestehen des Gegenanspruchs der Beklagten entgegen der Ansicht der Kläger keine Rechtsfehler erkennen.

a) Wie der erkennende Senat in den erst nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen Entscheidungen vom 12.11.2002 (XI ZR 3/01, WM 2003, 61 ff., und XI ZR 47/01, WM 2002, 2501 ff. = BGHZ 152, 330 ff.) näher dargelegt hat, ist von der Bank in den Fällen des Widerrufs des Darlehensvertrages gemäß § 1 Abs. 1 HWiG der Nettokreditbetrag an den Vertragspartner geleistet und von ihm nach § 3 Abs. 1 HWiG zurückerstattet, wenn die Darlehenssumme weisungsgemäß direkt an den Wohnungsverkäufer ausgezahlt worden ist und

es sich bei dem Grundstückskaufvertrag und dem Kreditvertrag nicht um ein verbundenes Geschäft handelt. In beiden Fragen entsprechen die Ausführungen des Berufungsgerichts der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

b) Die von der Geschäftsbesorgerin namens der Kläger erteilte Weisung, die Darlehen an die Bauträgergesellschaft zu zahlen, ist der Beklagten gegenüber gemäß § 172 BGB als wirksam zu behandeln.

§ 171 und § 172 BGB sowie die allgemeinen Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind auch dann anwendbar, wenn die umfassende Bevollmächtigung des Geschäftsbesorgers – wie hier – unmittelbar gegen Art. 1 § 1 RBERG verstößt und gemäß § 134 BGB nichtig ist. Die §§ 171 bis 173 BGB sowie die Regeln über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind Anwendungsfälle des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dass derjenige, der einem gutgläubigen Dritten gegenüber zurechenbar den Rechtsschein einer Bevollmächtigung eines anderen setzt, sich so behandeln lassen muss, als habe er dem anderen wirksam Vollmacht erteilt (vgl. BGHZ 102, 60, 64; Senatsurteile vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274 f., und vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065 f.). Dies gilt, soweit gesetzgeberische Wertungen nicht entgegenstehen, grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gründen sich die Bevollmächtigung eines anderen im konkreten Einzelfall als nichtig erweist (vgl. BGHZ 144, 223, 230; Senatsurteil vom 22.10.1996, XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232). Nur so kann dem Schutz des Vertragsgegners und des Rechtsverkehrs, den die allgemeine Rechtsscheinhaftung bezweckt, ausreichend Rechnung getragen werden (Senatsurteile vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065 f., und vom 3.6.2003, XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1711). Die gegenteiligen Ausführungen der Kläger in ihrem Prozesskostenhilfegesuch enthalten keine neuen Gesichtspunkte und geben zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass.

c) Das Berufungsgericht hat auch zu Recht die Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts verneint.

aa) Wie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 9.4.2002 (BGHZ 150, 248, 262 f. m. w. Nachw.) ausgeführt hat, sind nach ständiger langjähriger Rechtsprechung mehrerer Senate des Bundesgerichtshofs der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen (vgl. auch Senatsurteil vom 21.1.2003, XI ZR 125/02, WM 2003, 483, 484 f.). Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt hat, dass die Regelungen über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) auf Realkredite im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung finden. Für Realkredite, die dieser Vorschrift unterfallen, gilt dies angesichts des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung ausnahmslos (Senatsurteile vom 12.11.2002, XI ZR 47/01, WM 2002, 2501, 2503, und vom 15.7.2003, XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1743). Das kann nur bedeuten, dass Realkreditverträge und Immobilienkaufverträge keine verbundenen Geschäfte sind. Daran hat der Gesetzgeber in Kenntnis der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften im Fall „H.“ vom 13.12.2001 (WM 2001, 2434) sowie des erkennenden Senats vom 9.4.2002 (XI ZR 91/99, BGHZ 150, 249, 253 ff.) im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung grundsätzlich festgehalten und Darlehensverträge und durch sie finanzierte Grundstückserwerbsverträge nur ausnahmsweise unter bestimmten engen Voraussetzungen als verbundene Geschäfte angesehen (§ 358 Abs. 3 Satz 3 BGB).

bb) Um Realkreditverträge handelt es sich auch hier. Eine etwaige Untersicherung der Beklagten fällt grundsätzlich in ihren Risikobereich und kann nach dem Zweck des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG nicht dazu führen, dass sie dem Einwendungsdurchgriff nach § 9 VerbrKrG ausgesetzt wird (Senatsurteil vom 18.4.2000, XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1247; Senatsbeschluss vom 5.2.2002, XI ZR 327/01, WM 2002, 588; siehe ferner Senatsurteile vom 18.3.2003, XI ZR 422/01, WM 2003, 916, 917, und vom 15.7.2003, XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1743).

cc) Ob es möglich ist, Realkredit- und Grundstückskaufvertrag jenseits des § 9 VerbrKrG ausnahmsweise nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) als wirtschaftliche Einheit zu behandeln, etwa wenn die kreditgebende Bank Funktionen des Verkäufers übernimmt und damit über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgeht (vgl. jetzt § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB), kann offen bleiben, da ein solcher Ausnahmefall nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vorliegt.

3. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist nach Auffassung des Senats nicht veranlasst.

Das Landgericht B. hat eine Sache, in der ein Realkreditvertrag zur Finanzierung des Kaufpreises einer Eigentumswohnung aufgrund einer Haustürsituation abgeschlossen worden sein soll, ohne Aufklärung des Sachverhalts dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit Beschluss vom 29.7.2003 (WM 2003, 1609 ff. = MittBayNot 2004, 117 [in diesem Heft]) vorgelegt. Seiner Ansicht nach gebietet der in der Haustürgeschäfte richtlinie verankerte Grundsatz der Effektivität des Verbraucherschutzes eine richtlinienkonforme Auslegung des § 3 Abs. 1 HWiG dahingehend, dass der Darlehensnehmer die kreditgebende Bank generell auf etwaige Ansprüche gegen den Wohnungskäufer verweisen kann. Dem ist nicht zu folgen.

Art. 7 der Richtlinie 85/577 EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl Nr. L 372/31 vom 31.12.1985, „Haustürgeschäfte richtlinie“) überlässt die Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs ausdrücklich dem „einzelstaatlichen Recht, insbesondere bezüglich der Rückerstattung von Zahlungen für Waren oder Dienstleistungen und der Rückgabe empfangener Waren“. Dies hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seinem zitierten „H.-Urteil“ (WM 2001, 2434, 2437) in Kenntnis der Rückabwicklungsprobleme im Zusammenhang mit verbundenen Geschäften unter Nr. 35 mit folgenden Worten hervorgehoben: „Für alle Fälle sei hinzugefügt, dass zwar ein Kreditvertrag wie der im Ausgangsverfahren fragliche somit unter die Haustürgeschäfte richtlinie fällt, sich die Folgen eines gemäß dieser Richtlinie erfolgten etwaigen Widerrufs dieses Vertrages für den Kaufvertrag über die Immobilie und die Bestellung des Grundpfandrechts aber nach nationalem Recht richten.“ Dies legt den Schluss nahe, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften – auch unter Beachtung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie (effet utile) – nicht verlangt, dass der Darlehensnehmer die direkt an den Wohnungsv Verkäufer ausgezahlte Darlehensvaluta im Falle eines Widerrufs des Darlehensvertrages nach der Haustürgeschäfte richtlinie nicht zurückzahlen muss, sondern er die kreditgebende Bank auf etwaige Ansprüche gegen den Wohnungsv Verkäufer verweisen kann. Hinzu kommt, dass die Haustürgeschäfte richtlinie keinerlei Vorschriften über verbundene Geschäfte enthält, sondern in Art. 3 Abs. 2 a bestimmt, dass sie für Verträge über den Kauf von Immobilien nicht gilt. Die Richtlinie 87/102 EWG des Rates vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und

Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit (ABl Nr. L 42/48 vom 12.2.1987, „Verbraucherkreditrichtlinie“) regelt in Art. 2 Abs. 1 a in gleicher Weise, dass sie auf Kreditverträge nicht anwendbar ist, die hauptsächlich zum Erwerb von Eigentumsrechten an einem Grundstück bestimmt sind. Angesichts dessen erscheint es aus Sicht des Senats ausgeschlossen, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zu dem Ergebnis gelangen könnte, nach einem wirksamen Widerruf des Darlehensvertrages sei der finanzierte Wohnungsverkaufvertrag auch bei Nichtvorliegen eines verbundenen Geschäfts in die Rückabwicklung einzubeziehen.

Dessen ungeachtet wäre es nach deutschem Recht, dem die Haustürgeschäfte richtlinie die Regelung der Rechtsfolgen eines Widerrufs explizit überlässt, auch nicht möglich, eine abweichende Ansicht des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften im Wege richtlinienkonformer Auslegung umzusetzen. Nach der eindeutigen Regelung des § 3 Abs. 1 HWiG haben die Vertragsparteien nach einem Widerruf „die empfangenen Leistungen zurückzugewähren“. Diese Rechtsfolge tritt nach geltendem Recht nur dann nicht ein, wenn der Kreditnehmer die Darlehenssumme durch Zahlung der finanzierenden Bank an den Wohnungsv Verkäufer nicht empfangen hat oder wenn Darlehens- und Wohnungsverkaufvertrag nach dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien verbundene Geschäfte sind. Davon kann im vorliegenden Streitfall aus den dargelegten Gründen nicht ausgegangen werden.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. auch den ähnlichen Beschluss des BGH vom 23.9.2003, XI ZR 325/02, abgedruckt in DB 2003, 2644.

4. VerbrKrG §§ 3 Abs. 2 Nr. 2, 9 Abs. 1 und 3 (*Verbundenes Geschäft bei Immobilienkauf und nicht grundpfandrechtlich gesichertem Kredit*)

Auch ein finanziertes Immobiliengeschäft kann mit dem der Finanzierung dienenden Verbraucherkreditvertrag ein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG bilden, sofern der Kreditvertrag dem Verbraucherkreditgesetz unterfällt und die Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG nicht greift.

BGH, Urteil vom 23.9.2003, XI ZR 135/02

Die Parteien streiten über wechselseitige Ansprüche im Zusammenhang mit einem Darlehen, das die Beklagten im Jahr 1998 bei der klagenden Bank aufnahmen.

Durch notariellen Vertrag vom 15.10./11.11.1998 erwarben die Beklagten im Rahmen eines Steuersparmodells von der A. AG in V. eine Eigentumswohnung in einem Sanierungsobjekt zu einem Kaufpreis von 201.932,50 DM. Diesen finanzierten sie in Höhe von 165.000 DM über ein grundpfandrechtlich gesichertes Annuitätendarlehen der R-Bank, in Höhe von 40.000 DM über einen grundpfandrechtlich nicht gesicherten Kredit der Klägerin, der bereits im August 1998 auf einem Formular der Klägerin beantragt wurde. Der Abschluss der Kreditverträge erfolgte, ohne dass die Klägerin selbst Kreditverhandlungen mit den Beklagten führte, über den für die M. GmbH auftretenden Vermittler L., der auch den Verkauf der Immobilie vermittelt hatte. Die Klägerin zahlte die Darlehensvaluta auf das im Kreditantrag benannte Konto des Beklagten zu 1) aus.

Nachdem die Beklagten Ende Mai 1999 die Zins- und Tilgungsleistungen an die Klägerin eingestellt hatten, kündigte diese das Darlehen. Mit der Klage über 41.199,52 DM verlangt sie dessen Rückzahlung zuzüglich Zinsen und Bearbeitungsgebühr sowie Konto-

führungsgebühren. Die Beklagten begehren im Wege der Widerklage die Freistellung von sämtlichen Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag mit der R-Bank sowie die Rückzahlung der von ihnen an die Klägerin geleisteten Darlehensraten in Höhe von 2.075 DM nebst Zinsen. Sie machen geltend, es sei kein wirksamer Darlehensvertrag zustande gekommen, weil die Klägerin das Vertragsangebot der Beklagten mit Schreiben vom 4.12.1998 lediglich gegenüber dem Beklagten zu 1) angenommen habe. Die Klägerin sei ihnen ferner aus vorvertraglichem Aufklärungsverschulden zum Schadensersatz verpflichtet und hafte für Falschangaben des Vermittlers. Schließlich könnten sie der Klägerin gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG auch Einwendungen aus dem Grundstückskaufvertrag entgegen halten, der formnichtig, wirksam angefochten und zudem sittenwidrig sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgen sie ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:

(...)

B.

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Der Darlehensvertrag sei wirksam zwischen den Parteien zustande gekommen. Die schriftliche Annahmeerklärung der Klägerin sei dahin auszulegen, dass die Annahme auch gegenüber der Beklagten zu 2) habe erklärt werden sollen. Eine Haftung der Klägerin aus eigenem oder zugerechnetem vorvertraglichen Aufklärungsverschulden bestehe nicht. Die Beklagten könnten sich auch nicht mit Erfolg auf einen Einwendungsdurchgriff nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG berufen. Ein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG liege nicht vor. Entgegen einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht, die § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG als unwiderlegliche Vermutung und den Begriff des Sichbedienens im Sinne dieser Vorschrift objektiv-technisch verstehe, sei der Begriff aus der Sicht der beteiligten Verkehrskreise und nach Art des in Rede stehenden Geschäfts wertend auszulegen. Danach komme in den Fällen des Erwerbs von Immobilien/Anteilen im Rahmen eines Anlage- oder Steuersparmodells die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne des § 9 VerbrKrG nicht in Betracht, weil selbst der rechtsunkundige Laie wisse, dass die kreditgebende Bank und der Grundstücksveräußerer regelmäßig verschiedene Rechtsträger seien, die ihre eigenen, jeweils verschiedenen Interessen wahrnehmen. Abgesehen davon fehle es im vorliegenden Fall für die Annahme eines verbundenen Geschäfts an der von der ganz überwiegenden Meinung verlangten Zweckbindung des Darlehens.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ist das Berufungsgericht allerdings im Wege der Auslegung der Erklärungen der Parteien zu dem Ergebnis gelangt, dass beide Beklagte Vertragspartner des Darlehensvertrags mit der Klägerin waren. Die tatrichterliche Auslegung einer Individualvereinbarung unterliegt im Revisionsverfahren nur der eingeschränkten Überprüfung darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen wurde (BGH, Urteile vom 29.3.2000, VIII ZR 297/98, WM 2000, 1289, 1291 f., und vom 3.4.2000,

II ZR 194/98, WM 2000, 1195, 1196; Senatsurteil vom 25.6.2002, XI ZR 239/01, WM 2002, 1687, 1688). Das ist hier nicht der Fall.

Entgegen der Auffassung der Revision widerspricht die Auslegung des Berufungsgerichts insbesondere nicht dem ausdrücklichen Wortlaut der Vertragserklärungen. Die Kreditzusage der Klägerin vom 4.12.1998 enthält keine ausdrückliche und eindeutige Erklärung, dass der von den Beklagten beantragte Kredit nur dem Beklagten zu 1) gewährt werden sollte. Den Umstand, dass dieses Schreiben ausschließlich an den Beklagten zu 1) adressiert und nur dessen Name in der Anrede enthalten ist, hat das Berufungsgericht bei der Auslegung der Vertragserklärungen berücksichtigt, ohne dass ihm hierbei revisionsrechtlich beachtliche Fehler unterlaufen wären.

2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der von den Beklagten geltend gemachte Einwendungsdurchgriff gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG scheide aus, hält rechtlicher Überprüfung hingegen nicht stand.

a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann auch ein finanziertes Immobiliengeschäft mit dem der Finanzierung dienenden Verbraucherkreditvertrag ein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG bilden, sofern der Kreditvertrag dem Verbraucherkreditgesetz unterfällt und – wie hier mangels grundpfandrechtlicher Absicherung des Kredits – die Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG nicht greift.

Zwar hat der Bundesgerichtshof zur Rechtslage vor Inkraft-Treten des Verbraucherkreditgesetzes die Auffassung vertreten, Immobilienkredite und das jeweils finanzierte Grundstücksgeschäft seien grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen, weil bei einem Immobilienkauf auch der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie wisse, dass Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen seien (BGH, Urteile vom 18.9.1970, V ZR 174/67, WM 1970, 1362, 1363, vom 12.7.1979, III ZR 18/78, WM 1979, 1054, vom 13.11.1980, III ZR 96/79, WM 1980, 1446, 1447 f., vom 9.10.1986, III ZR 127/85, WM 1986, 1561, 1562, und vom 31.3.1992, XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 906; ebenso für einen nicht dem Verbraucherkreditgesetz unterfallenden Immobilienkredit: BGH, Urteil vom 19.5.2000, V ZR 322/98, WM 2000, 1287, 1288).

Diese Grundsätze gelten auch nach Inkraft-Treten des Verbraucherkreditgesetzes fort, soweit es um Realkreditverträge im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG geht. Auf diese finden nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG die Regelungen über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) keine Anwendung (Senat, BGHZ 150, 248, 263, sowie Urteile vom 10.9.2002, XI ZR 151/99, WM 2002, 2409, 2410, und vom 12.11.2002, XI ZR 3/01, WM 2003, 61, 63 f.).

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lassen sich die genannten Grundsätze auf den vorliegenden Fall aber nicht ohne weiteres übertragen. Hier wurde ein Verbraucherkredit zum Erwerb einer Immobilie gewährt, bei dem es sich mangels grundpfandrechtlicher Absicherung nicht um einen Realkredit im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG handelt. In einem solchen Fall bleibt § 9 VerbrKrG angesichts der gesetzlichen Regelung der §§ 3, 9 VerbrKrG anwendbar.

Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes in den §§ 1–3 VerbrKrG ausdrücklich geregelt. Obwohl es ihm nach Art. 11 der Richtlinie des Rates vom 22.12.1986 – 87/102/EWG, ABl. Nr. L 42/48 vom 12.2.1987, in der Fassung der Änderungsrichtlinien des

Rates vom 22.2.1990 – 90/88/EWG, ABI Nr. L 61/14 vom 10.3.1990, und des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.1998 – 98/7/EG, ABI Nr. L 101/17 vom 1.4.1998 (Verbraucherkreditrichtlinie), offen gestanden hätte, eine Durchgriffsregelung nur für Kredite, die für den Bezug von Waren oder Dienstleistungen vereinbart werden, vorzusehen und sämtliche Immobilienkredite auszunehmen (Ott in Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG, 2. Aufl., § 9 Rdnr. 35), hat er von einer generellen Ausnahme für sämtliche Immobilienkredite abgesehen. Er hat vielmehr in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG lediglich die sog. Realkredite vom Anwendungsbereich des § 9 VerbrKrG ausgenommen, zu denen der hier zu beurteilende – grundpfandrechtlich nicht gesicherte – Kredit nicht gehört. Seine Entscheidung, nicht alle zur Finanzierung von Grundstücksgeschäften dienenden Verbraucherkredite von der Anwendung des § 9 VerbrKrG auszunehmen, sondern nur die Realkredite im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG, hat der Gesetzgeber dabei ausdrücklich auch in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BT-Drucks. 11/5462, S. 12, 23) getroffen. Damit hat er eine bewusste und abschließende, von der Rechtsprechung zu respektierende Regelung darüber geschaffen, auf welche Verbraucherimmobilienkredite § 9 VerbrKrG nicht anwendbar sein soll. Für die Auffassung des Berufungsgerichts, die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne des § 9 VerbrKrG scheide über § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG hinaus bei Immobilienkrediten generell aus, ist deshalb kein Raum mehr (in diesem Sinne auch bereits Senatsurteile vom 18.4.2000, XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1247, und vom 18.3.2003, XI ZR 422/01, WM 2003, 916, 917).

b) Nach dem Vorbringen der Beklagten bilden Kauf- und Kreditvertrag hier ein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG.

aa) Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings für zweifelhaft gehalten, ob Kreditvertrag und Kaufvertrag hier nach § 9 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind.

Dazu müssten die Verträge eine so enge Verbindung aufweisen, dass sich beide als Teilstücke einer rechtlichen oder wenigstens wirtschaftlich-tatsächlichen Einheit eng ergänzen (BT-Drucks. 11/5462, S. 23; BGH, Urteil vom 6.12.1979, III ZR 46/78, WM 1980, 159, 160). Hiergegen bestehen Bedenken. Weder sind Kauf- und Kreditvertrag zeitgleich abgeschlossen (zu diesem Indiz: Senatsurteil vom 18.3.2003, XI ZR 422/01, WM 2003, 916, 917) noch formulärmäßig einheitlich ausgestaltet. Konkrete wechselseitige Hinweise auf den jeweils anderen Vertrag fehlen. Der bloße Umstand, dass die in dem Kreditvertrag enthaltene Widerrufsbelehrung eine Belehrung über verbundene Geschäfte enthält, genügt hierfür schon deshalb nicht, weil es sich um einen Formularvertrag handelt, der für unterschiedliche Vertragsgestaltungen offen sein muss. Insbesondere sieht der Darlehensvertrag keine Zweckbindung der Darlehensvaluta vor, die den Darlehensnehmern folgerichtig auf einem Konto zur Verfügung gestellt wurde, über das sie frei verfügen konnten. Soweit der Überschrift des Begleitschreibens der Klägerin zur Kreditzusage „Finanzierung der von Ihnen erworbenen Immobilie ...“ und dem nachfolgenden Text zu entnehmen ist, dass das Darlehen zur Finanzierung des Kaufpreises aus einem bestimmten Grundstücksgeschäft aufgenommen worden ist, geht dies nicht über die regelmäßig einem Kreditgeschäft innewohnende Zweckbestimmung hinaus.

bb) Letztlich kann offen bleiben, ob die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG vorliegen. Die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit folgt hier nämlich aus § 9 Abs. 1 Satz 2

VerbrKrG, da sich die Klägerin nach dem Vortrag der Beklagten bei Abschluss des Kreditvertrages jedenfalls der Mitwirkung der Vertriebsbeauftragten der Verkäuferin bedient hat.

Wie der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 21.7.2003 (II ZR 387/02, WM 2003, 1762, 1763) entschieden hat, wird die wirtschaftliche Einheit nach § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG unwiderleglich vermutet, wenn der Kreditvertrag nicht aufgrund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt, der von sich aus eine Bank um Finanzierung seines Anlagegeschäfts ersucht, sondern deshalb, weil der Vertriebsbeauftragte des Anlagevertreibers dem Interessenten zugleich mit den Anlageunterlagen einen Kreditantrag des Finanzierungsinstituts vorgelegt hat, das sich zuvor dem Anlagevertreiber gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hatte.

Diese Voraussetzungen sind hier nach dem Vorbringen der Beklagten gegeben. Danach war die M. GmbH, für die der Vermittler L. tätig geworden ist, von der Verkäuferin der Eigentumswohnungen mit deren Vertrieb beauftragt. Dies soll der Klägerin bekannt gewesen sein. Zudem sollen zwischen der Klägerin und der Verkäuferin bzw. der M. GmbH ständige Geschäftsbeziehungen bestanden haben, in deren Rahmen die Klägerin eine allgemeine Zusage zur Finanzierung der Wohnungskäufe erteilt habe. Die M. GmbH war gleichzeitig auf Provisionsbasis für die Klägerin als Kreditvermittlerin tätig und besaß deren Kreditantragsformulare. Unter Verwendung eines solchen Formulars hat sie bzw. der für sie handelnde Vermittler L. schon vor Abschluss des Wohnungsvertrages den Kreditantrag aufgenommen und der Klägerin, die keinerlei eigene Verhandlungen mit den Beklagten geführt hat, zugeleitet. Dabei ist der Kreditantrag, wie im Antragsformular der Klägerin vorgesehen, auch für die „Verkäuferfirma“ unterzeichnet worden. Die M. GmbH ist danach nicht auf Initiative der Beklagten tätig geworden. Vielmehr liegt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken zwischen der Klägerin und der Vertriebsbeauftragten der Verkäuferin vor.

Da die Parteien zu den Kontakten zwischen der Klägerin und der M. GmbH bzw. dem Vermittler L. streitig und unter Beweisanspruch vorgetragen haben, bedarf es noch Feststellungen des Berufungsgerichts zum Vorliegen eines verbundenen Geschäfts im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG.

5. BGB § 1018 (Keine Nutzung eines Wegerechtes für zu herrschendem Grundstück hinzugepachtete weitere Grundstücke)

Wird ein auf dem herrschenden Grundstück unterhaltener Betrieb durch Hinzupachten von Flächen erweitert, so erlaubt eine Grunddienstbarkeit in Form eines Wegerechts grundsätzlich keine Nutzung, die dem Betrieb auf den Pachtflächen dient. Nur soweit der durch die Erweiterung des Betriebs erhöhte Bedarf auch bei einer an sich möglich gewesen Erweiterung auf dem herrschenden Grundstück entstanden wäre und dies auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung vorhersehbare Bedarfssteigerung, in der Sache aber gleichbleibende Nutzung zurückzuführen ist, kann eine andere Betrachtung geboten sein.

BGH, Urteil vom 6.6.2003, V ZR 318/02

Der Kläger ist seit 1983 Eigentümer des in B. gelegenen Grundstücks O-Straße 125 C. Das in der Nähe liegende Grundstück O-Straße 135 A, zu dem das 12 335 m² große Flurstück 92 gehört, steht seit 1985 im Miteigentum der Beklagten. Da dieses Grundstück über keinen eige-

nen Zugang zum öffentlichen Straßennetz verfügt, wurde zu Lasten des Grundstücks des Klägers im Jahre 1931 eine Grunddienstbarkeit (Wegerecht) eingetragen, die den jeweiligen Eigentümer des Flurstücks 92 dazu berechtigt, das nunmehr im Eigentum des Klägers stehende Grundstück „mit Fuhrwerk“ zu überwegen. Bei Bestellung der Grunddienstbarkeit wurde das Flurstück 92 als Ackerland genutzt. Der Beklagte zu 1 betreibt dort jetzt eine Gärtnerei, in der Blumen und Zierpflanzen aufgezogen und an Groß- und Einzelhändler veräußert werden. Zu diesem Zweck pachtete er weitere Grundstücke mit einer Fläche von insgesamt 14 927 m² hinzu.

Die Beklagten errichteten im Jahre 1986 auf dem Flurstück 92 Gewächshäuser mit einer Gesamtfläche von 2 000 m² und in den Jahren 1995/96 ein Wohnhaus (Betriebsleiterhaus). Die Zuwegung zu den Baulichkeiten wurde durch die Eintragung von Grunddienstbarkeiten (Geh- und Fahrrechte mit Ausnahme der Benutzung zu gewerblichen Zwecken) zu Lasten der im Eigentum Dritter stehenden Flurstücke 60, 62 und 67 gesichert.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Nutzung des über sein Grundstück laufenden Wegs anders als zu landwirtschaftlichen Zwecken insbesondere für Zwecke des Gartenbaubetriebs und des auf dem Flurstück 92 befindlichen Wohnhauses sowie zugunsten der hinzugepachteten Grundstücke sei durch die Grunddienstbarkeit nicht gedeckt. Insoweit hat er die Beklagten auf Unterlassung in Anspruch genommen. Das – sachverständig beratene – Landgericht hat den Beklagten untersagt, das Grundstück des Klägers mit Lastwagen zu überwegen oder überwegen zu lassen, die ein zulässiges Gesamtgewicht von 7,5 t überschreiten (mit Ausnahme von Heizöl- und Flüssiggasanlieferungen für das Flurstück 92).

Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht den Beklagten verboten, dessen Grundstück für Fahrten zu und von den Gewächshäusern und dem Betriebsleiterhaus zu überwegen, und ihnen aufzugeben, derartige Fahrten Dritter zu verhindern. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Gewichtsbeschränkung für den Lkw-Verkehr zu den Freilandkulturen aufgehoben.

Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Der Kläger erstrebt mit seiner Revision eine generelle Untersagung des Verkehrs „anders als zu landwirtschaftlichen Zwecken“.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, dass sowohl die Hinzupachtung von Flächen als auch die Errichtung der Gewächshäuser und des Betriebsleiterhauses zu einem höheren Verkehrsaufkommen auf dem über das Grundstück des Klägers laufenden Weg geführt hat. Dabei hält es die mit der räumlichen Ausweitung des Gartenbaubetriebs verbundene Bedarfssteigerung für eine vorhersehbare, nicht willkürliche Nutzungsänderung, die von dem Wegerecht gedeckt sei. Die mit der Errichtung der Gebäude auf dem Flurstück 92 verbundene Nutzungsausweitung übersteige hingegen das zulässige Maß, da sie auf Umständen beruhe, die bei Begründung des Wegerechts auch unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung nicht vorhersehbar gewesen sei. Diese Nutzung könne der Kläger daher nach § 1004 Abs. 1 BGB verbieten. Soweit er den Verkehr zu dulden habe, müsse er grundsätzlich auch das Befahren mit Lastkraftwagen, selbst mit einem Gesamtgewicht von mehr als 7,5 t, hinnehmen. Die Beklagten seien allerdings wegen des Gebots der möglichst schonenden Ausübung des Wegerechts gemäß § 1120 BGB verpflichtet, Materiallieferungen nach Möglichkeit auf mehrere kleinere Lastwagen zu verteilen.

II.

Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die auf dem Grundstück des Klägers lastende Dienstbarkeit ihn nicht zur Duldung des durch die Bebauung des Flurstücks 92 hervorgerufenen gesteigerten Verkehrsaufkommens verpflichte (§§ 1004

Abs. 2, 1018 BGB), hält rechtlicher Prüfung stand. Der Senat hat hierzu in dem insoweit gleichgelagerten Verfahren, in dem die Beklagten ebenfalls Revisionskläger waren und mit denselben Argumenten das Urteil des Berufungsgerichts bekämpften, mit Urteil vom 11.4.2003 (V ZR 323/02, zur Veröffentlichung bestimmt) im einzelnen Stellung genommen. Hierauf wird Bezug genommen. Der Umstand, dass in jenem Verfahren das Wegerecht, das auf einem anderen dienenden Grundstück lastet, „zu landwirtschaftlichen Zwecken“ bestellt wurde, während eine solche nähere inhaltliche Zweckbestimmung hier bis auf den Zusatz, dass „mit Fuhrwerk“ gefahren werden dürfe, fehlt, führt zu keiner anderen Beurteilung. Lage und Verwendungsart des herrschenden Grundstücks zum Zeitpunkt der Eintragung des Wegerechts lassen mit der erforderlichen Klarheit erkennen, dass die Grunddienstbarkeit dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks lediglich ermöglichen soll, dort Landwirtschaft zu betreiben.

III.

Den Angriffen der Revision des Klägers hält das Berufungsurteil nur teilweise stand.

1. Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, er brauche auch insoweit die gesteigerte Nutzung des Wegs auf seinem Grundstück nicht zu dulden, als sich diese auf die auf dem herrschenden Grundstück verbliebenen Freiflächen beziehe. Diese Wegenutzung wird nämlich von der eingetragenen Grunddienstbarkeit erfasst.

Da sie – wie ausgeführt – dazu dient, Landwirtschaft auf dem herrschenden Grundstück betreiben zu können, erlaubt sie auch den erwerbsgärtnerischen Anbau von Blumen und Zierpflanzen in Freilandkulturen. Denn diese Bodennutzung ist der Landwirtschaft zuzuordnen (Senat, BGHZ 8, 109, 112 f.; Senat, Urt. v. 11.4.2003, V ZR 323/02, Umdruck S. 6 m. w. N., zur Veröffentlichung bestimmt).

Soweit es um ihren Inhalt und Umfang geht, so liegen diese bei einer – wie hier – zeitlich unbegrenzten Dienstbarkeit nicht in jeder Beziehung von vornherein für alle Zeiten fest, sondern sind Veränderungen unterworfen, die sich aus der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung ergeben. Maßgeblich ist nicht die augenblickliche, bei Bestellung der Dienstbarkeit gerade bestehende Nutzung. Vielmehr kommt es auf den allgemeinen, der Verkehrsauffassung entsprechenden Charakter des betroffenen Grundstücks an sowie auf das Bedürfnis, von dem Wegerecht in diesem Rahmen Gebrauch zu machen (vgl. Senat, Urt. v. 11.4.2003, V ZR 323/02, Umdr. S. 7 f. m. w. N., zur Veröffentlichung bestimmt). Ausgehend hiervon umfasst das 1931 zum Befahren „mit Fuhrwerk“ bestellte Wegerecht heute ein Befahren mit Lastkraftwagen auch über 7,5 t. Die damit verbundene Bedarfssteigerung hält sich in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung des Grundstücks und stellt keine willkürliche Nutzungsänderung dar. Einem Befahren mit Fuhrwerk entspricht heute ein Befahren mit Liefer- und Lastkraftwagen, nicht – wie die Revision meint – mit Traktoren und modernem Erntegerät. Fuhrwerke dienten gerade auch der Anlieferung von Gerät, Saatgut, Dünge- oder Futtermitteln oder dem Abtransport von Erzeugnissen. Diese Aufgaben haben heute Last- und Lieferwagen übernommen. Auf einen solchen Fahrzeugverkehr erstreckt sich bei vernünftiger Betrachtung die Grunddienstbarkeit.

2. Berechtigt ist hingegen der Einwand des Klägers, das Berufungsgericht habe zu Unrecht auch die Bewirtschaftung der zugepachteten Flächen zu den Vorteilen des herrschenden Grundstücks gerechnet.

Die Grunddienstbarkeit auf dem Grundstück des Klägers ist nur zugunsten des im Eigentum der Beklagten stehenden Flurstücks 92 eingeräumt. Die hinzugepachteten Grundstücke gehören nicht dazu. Eine Benutzung des dienenden Grundstücks auch für Zwecke dieser Pachtflächen ist widerrechtlich (vgl. Senat, BGHZ 44, 171, 175). Daran ändert nichts die Erwägung des Berufungsgerichts, dass die Bedarfssteigerung wegen der hinzugepachteten Flächen angesichts dessen, dass Bodennutzung für Gartenbau flächenintensiv ist, vorhersehbar gewesen und daher noch der von dem Wegerecht gedeckten normalen wirtschaftlichen Entwicklung zuzurechnen sei. Die Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung dient der Anpassung der Grunddienstbarkeit an die sich wandelnden, der Entwicklung Rechnung tragenden Zwecke des herrschenden Grundstücks. Nur um dessen Vorteil geht es (§ 1019 BGB). Sie dient hingegen nicht der Ausweitung des Rechts auch auf andere Grundstücke. Zieht der Eigentümer des herrschenden Grundstücks aus der Dienstbarkeit auch Vorteile für andere Grundstücke, weil er etwa seinen Betrieb auf diese Grundstücke erweitert hat, so kann eine damit verbundene Bedarfssteigerung nur im Wege einer hypothetischen Einschätzung berücksichtigt werden (Senat, a. a. O., S. 177; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1018 Rdnr. 15). Das heißt, der erhöhte Bedarf wird insoweit noch von der Grunddienstbarkeit gedeckt, als er, wenn der Betrieb nur auf dem herrschenden Grundstück in vorhersehbarer Weise ausgedehnt worden wäre, zu einer Bedarfssteigerung geführt hätte (Senat, a. a. O., S. 177; vgl. auch BayObLG, NJW-RR 1998, 304, 307).

Für solche Überlegungen gibt es im konkreten Fall keine Anhaltspunkte, so dass der Kläger den durch die Hinzupachtung der Flächen verursachten erhöhten Nutzungsbedarf nicht zu dulden braucht. Eine Duldungspflicht kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht deswegen bejaht werden, weil sich das Verkehrsaufkommen noch stärker erhöhen würde, wenn sich das Pachtland nicht in unmittelbarer Nachbarschaft, sondern weit verstreut befände. Denn der Kläger braucht lediglich einen dem herrschenden Grundstück zum Vorteil reichenden erhöhten Verkehr – soweit er im Rahmen vorhersehbarer wirtschaftlicher Entwicklung liegt – zu dulden. Jede weitere Bedarfssteigerung, sei es durch benachbarte, sei es durch entfernte Grundstücke, wird in § 1018 BGB nicht geschützt.

Insoweit unterliegt das angefochtene Urteil daher der Aufhebung. Es ist Sache des Tatrichters, Feststellungen dazu zu treffen, in welchem Umfang die Benutzung des Weges durch die Beklagten allein den zugepachteten Flächen zugute kommt und auf welche Weise dem berechtigten Unterlassungsbegehren des Klägers – quantitativ oder qualitativ – Rechnung getragen werden kann. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass eine von der Dienstbarkeit nicht gedeckte Nutzung des Weges auch dann vorliegt, wenn Fahrten dem Abtransport von Waren dienen, die die Beklagten zunächst von den hinzugepachteten Flächen auf das herrschende Grundstück verbracht haben, oder wenn es um Lieferungen geht, die zunächst auf dem herrschenden Grundstück gelagert werden, aber für die Pachtflächen bestimmt sind. Ob hier eine Bestimmung der erlaubten Wegenutzung nach der Häufigkeit oder nach Tonnagewerten am ehesten der Praktikabilität entspricht, wird das Berufungsgericht, unter Umständen nach sachverständiger Beratung, zu entscheiden haben.

6. BGB §§ 242, 313 a. F.; WEG §§ 3, 4, 10 (*Verpflichtung zur Zustimmung zur Änderung einer Teilungserklärung nach Treu und Glauben*)

Nach Treu und Glauben kann sich die Verpflichtung eines Wohnungseigentümers ergeben, einer Änderung des Teilungsvertrags einschließlich der Zuweisung von Sondernutzungsrechten zuzustimmen, wenn er zunächst Mitglied einer Bauherrengemeinschaft war und der Bau mit seiner Zustimmung abweichend vom Teilungsvertrag ausgeführt wurde.

BayObLG, Beschluss vom 31.7.2003, 2Z BR 24/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Der Antragsteller, die Antragsgegnerin und die weiteren Beteiligten waren mit Ausnahme der Beteiligten zu 10 bei Einleitung des Verfahrens die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage. Die weiteren Beteiligten zu 4 und 5 veräußerten ihr Wohnungseigentum an die weitere Beteiligte zu 10. Der weitere Beteiligte zu 1, der zunächst gemeinsam mit dem weiteren Beteiligten zu 2 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildete, ist zwischenzeitlich aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschieden. Die ursprünglichen Miteigentümer hatten sich in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu einer Bauherrengemeinschaft zusammengeschlossen. Grundlage ist der Gesellschaftsvertrag vom 29.12.1987 in Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrag vom 27.7.1987. Der Beteiligte zu 8 war bei Abschluss des Vertrages vom 29.12.1987 Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks. Die übrigen ursprünglichen Miteigentümer haben am 29.12.1987 Miteigentumsanteile gekauft.

Zweck der Gesellschaft war die gemeinsame umfassende Sanierung, Renovierung und teilweise bauliche Neuerrichtung der vorhandenen Altbausubstanz in Bauherrengemeinschaft. Ebenfalls am 29.12.1987 begründeten die Miteigentümer Wohnungs- und Teileigentum mit insgesamt zehn Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten nebst zusätzlichen Kellerräumen, oberirdischen Stellplätzen und sonstigen gemeinschaftlichen oder im Sondernutzungsrecht stehenden Nebenräumen. Im Teilungsvertrag wurde der Antragsgegnerin Teileigentum an den Gewerbeeinheiten Nr. 3 und 4 nebst Sondernutzungsrechten an den oberirdischen Stellplätzen Nr. 8 und 9 zugewiesen. Der Teilungsvertrag ist im Grundbuch am 30.5.1988 vollzogen worden.

Noch vor grundbuchamtlichem Vollzug wurde von der Bauherrenversammlung bzw. vom Beirat eine Kellererweiterung in einem der beiden Gebäude beschlossen und in der Folgezeit durchgeführt. Außerdem wurde ein Kellervorraum, der als Sondereigentum vorgesehen war, für Armaturen und für die Anbringung des Wasserzählers in Anspruch genommen. Zum Ausgleich dafür sollte der betroffene Wohnungseigentümer ein Sondernutzungsrecht im großen Kellerflur erhalten. Außerdem wurden drei neue, im ursprünglichen Teilungsvertrag nicht vorgesehene, Stellplätze geschaffen. Von diesen Stellplätzen sollte einen der weitere Beteiligte zu 2 und zwei die Antragsgegnerin erhalten. Der Kaufpreis von jeweils 3.000 DM wurde auch von der Antragsgegnerin bezahlt.

Zur Anpassung der Teilungserklärung an die neu geschaffenen Gegebenheiten wurde am 3.7.1989 eine notarielle Urkunde errichtet. Die Antragsgegnerin weigert sich, der Änderung der Teilungserklärung zuzustimmen.

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

2. (...)

b) Die Antragsgegnerin ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, der Änderung des Teilungsvertrags zuzustimmen. Ein Anspruch auf Zustimmung zur Änderung der Gemeinschaftsordnung besteht, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, die ein Festhalten an der bisherigen Regelung als grob unbillig und damit als gegen Treu und Glauben

verstoßend erscheinen lassen. Bei der Prüfung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist ein strenger Maßstab anzulegen (st. Rspr. des Senats; vgl. z. B. BayObLGZ 1987, 66; ZMR 2001, 997, und zuletzt Beschluss vom 30.5.2003, 2Z BR 35/03). Dies gilt im Grundsatz auch für eine Änderung eines Teilungsvertrags. Außergewöhnliche Umstände in diesem Sinne liegen hier vor.

(1) Die Antragsgegnerin hat, vertreten durch ihren Ehemann, den Baumaßnahmen und der Neuregelung mündlich zugestimmt. Das hat das Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Der Senat ist an diese Feststellung gebunden (§ 27 Abs. 1 FGG). Dass durch die Änderung des Teilungsvertrags auch Sondereigentum verändert wird und deshalb im Fall einer vertraglichen Regelung die Form des § 313 BGB a. F. i. V. m. § 4 Abs. 3 WEG zu beachten gewesen wäre, ist unerheblich. Der Senat leitet die Verpflichtung der Antragsgegnerin nämlich nicht unmittelbar aus ihrer Zustimmung ab, sondern wertet diese lediglich als einen Umstand im Rahmen der Beurteilung der Verpflichtungen der Antragsgegnerin nach Treu und Glauben. Davon abgesehen ist eine Berufung auf die fehlende Form unbeachtlich, wenn ein Fall des Rechtsmissbrauchs vorliegt (vgl. z. B. BGH, NJW 1984, 607).

(2) Die neu geschaffenen Stellplätze wurden von der Antragsgegnerin bezahlt. Sie nutzt die Stellplätze und den Keller tatsächlich so, wie es in der Änderungsvereinbarung vorgesehen ist. Die Antragsgegnerin manifestiert deshalb durch ihr tatsächliches Verhalten, dass sie zumindest in Teilbereichen mit der geschaffenen baulichen Situation einverstanden ist und zieht hieraus auch Vorteile. Es ist rechtsmissbräuchlich, wenn jemand, der über längere Zeit aus einer Regelung Vorteile gezogen hat, sich nunmehr seinen Verpflichtungen unter Berufung auf den Formmangel entziehen will (BGH, NJW 1996, 1467/1469). Ebenso ist es rechtsmissbräuchlich, aus einer beabsichtigten Vereinbarung Vorteile zu ziehen, die zu Grunde liegende Regelung aber gleichwohl in Frage zu stellen.

(3) Bei einer Verpflichtung zur Änderung von Teilungserklärung oder Gemeinschaftsordnung ist auch der Vertrauensgrundsatz zu berücksichtigen (BayObLG, ZMR 2001, 997; Beschluss des Senats vom 30.5.2003, 2Z BR 35/03). Der Vertrauensschutz ist in der Regel ein gewichtiges Argument für die Beibehaltung der einmal getroffenen Regelung, da sich jeder Wohnungseigentümer grundsätzlich darauf verlassen kann, dass wohnungseigentumsrechtlich getroffene Regelungen nicht ohne seine Zustimmung geändert werden. Dieser regelmäßig bestehende Vertrauensschutz kommt der Antragsgegnerin jedoch hier nicht zugute. Nach dem Gesellschaftsvertrag vom 27.7.1987, der Grundlage des Gesellschaftsvertrags vom 29.12.1987 ist, war noch eine Festlegung der endgültigen Bauplanung und Baubeschreibung auf der Grundlage der vorläufigen Bauplanung und Baubeschreibung erforderlich (§ 2 Nr. 2 Buchst. b des Vertrags). Die Antragsgegnerin konnte sich deshalb von vornherein nicht auf eine bestimmte Bauausführung verlassen. Darüber hinaus stellt die Antragsgegnerin auch im Rechtsbeschwerdeverfahren den Kellerausbau als solchen ausdrücklich nicht in Frage.

(4) In diesem Zusammenhang ist auch die gesellschaftsrechtliche Treupflicht der Antragsgegnerin heranzuziehen. Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht der Mitglieder einer Bauherrengemeinschaft gehört es auch, bei einer Veränderung der tatsächlichen Gegebenheiten die rechtlichen Regelungen diesen anzupassen. Dies ist in § 2 Nr. 1 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags vom 27.7.1987 zudem ausdrücklich normiert. Die Beteiligten verpflichten sich dort unter anderem, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlich und zweckdienlich sind.

(5) Dass ein Auseinanderfallen von tatsächlichen Gegebenheiten und rechtlichen Regelungen für alle Wohnungseigentümer nachteilig ist und dass deshalb ein Interesse eines jeden einzelnen Wohnungseigentümers daran besteht, die tatsächlichen Verhältnisse und die rechtlichen Regelungen in Einklang zu bringen, bedarf keiner weiteren Erörterung.

(6) Schließlich hat die Antragsgegnerin auch nicht aufgezeigt, dass die in der Änderungsvereinbarung enthaltenen Regelungen unbillig sind. Sie beruft sich lediglich darauf, dass sich der Beteiligte zu 2 die „Filetstücke“ sichern wolle. Wie das Landgericht für den Senat bindend festgestellt hat, ist die Antragsgegnerin zu den durch den Kellerausbau entstandenen Mehrkosten nicht herangezogen worden. Vielmehr seien diese Kosten vom Beteiligten zu 2 an die jeweiligen Handwerker bezahlt worden. Es ist deshalb nicht unbillig, dass der Beteiligte zu 2 aus der Änderungsvereinbarung möglicherweise größere Vorteile zieht als die Antragsgegnerin.

(7) Unerheblich ist, ob zum Vollzug der Änderungsvereinbarung die Zustimmung anderer Wohnungseigentümer erforderlich ist. Das könnte die Antragsgegnerin von ihrer Zustimmungsverpflichtung nur dann befreien, wenn bereits feststünde, dass die neuen Wohnungseigentümer der Änderungsvereinbarung nicht zustimmen werden. Hierfür ist aber nichts vorgetragen und auch sonst nichts ersichtlich. Der Antragsteller kann gegebenenfalls die übrigen Wohnungseigentümer gesondert auf Zustimmung in Anspruch nehmen.

7. BGB § 892; GBO § 46 Abs. 2 (*Gutgläubiger lastenfreier Erwerb bei Nichtmitübertragung eines dinglichen Rechts*)

Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb ist möglich, wenn zugleich mit der Eintragung des Erwerbers eines Grundstücks ein dingliches Recht versehentlich nicht mitübertragen wird.

BayObLG, Beschluss vom 14.8.2003, 2Z BR 111/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin des Grundstücks Flst. 250/1 (neu), das durch Teilung aus dem Grundstück Flst. 250/1 (alt) entstanden ist. Für den jeweiligen Eigentümer dieses Grundstücks wurde am Grundstück Flst. 250/2 (alt) ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall im Grundbuch eingetragen. Nach Teilung des belasteten Grundstücks verkaufte der Eigentümer das neu gebildete Grundstück 250/18 an die Beteiligte zu 2; sie wurde am 13.6.2000 als Eigentümerin auf einem neuen Grundbuchblatt im Grundbuch eingetragen. Bei der Übertragung des Grundstücks auf das neue Grundbuchblatt am 13.6.2000 wurde das Vorkaufsrecht nicht mitübertragen, obwohl die Eigentümer des zwischenzeitlich gleichfalls geteilten Grundstücks 250/2 (alt) das Vorkaufsrecht weder aufgehoben noch seine Löschung bewilligt hatten.

Die Beteiligte zu 1 hat beantragt, gegen die Löschung des Vorkaufsrechts an dem Grundstück Flst. 250/18 einen Amtswiderspruch im Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat den Antrag abgelehnt; das Landgericht hat die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. (...)

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

Nach § 53 Abs. 1 GBO ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. An Letzterem fehlt es hier.

a) Wird bei der Übertragung eines Grundstücks auf ein anderes Blatt ein eingetragenes Recht nicht mitübertragen, so gilt es gemäß § 46 Abs. 2 GBO in Ansehung des Grundstücks als gelöscht. Die Nichtmitübertragung von Belastungen steht in ihren rechtlichen Wirkungen also der Eintragung eines Lösungsvermerks gleich. Die Folge der Nichtmitübertragung eines Rechts ist allerdings lediglich die, dass das Recht als gelöscht gilt. Die Nichtmitübertragung ersetzt nur die Löschung, nicht aber die außer der Löschung zur Aufhebung des Rechts noch erforderliche materielle Erklärung nach § 875 BGB. Aus § 46 Abs. 2 GBO folgt somit nicht ohne weiteres, dass das Recht materiell erloschen ist; es ist nur nicht mehr gebucht. § 46 Abs. 2 GBO hat keine materiell-rechtliche Bedeutung im Sinn eines Untergangs des Rechts. Wenn daher eine Übertragung des Rechts, wie hier, nur aus Versehen des Grundbuchrechtspflegers unterblieben ist, so hat dies nicht ein Erlöschen des Rechts, sondern lediglich die Unrichtigkeit des Grundbuchs zur Folge, die den Grundbuchrechtspfleger verpflichtet, einen Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO einzutragen. Ist also die Mitübertragung sachlich zu Unrecht unterblieben, so besteht das Recht außerhalb des Grundbuchs weiter und kann im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) wieder eingetragen werden, soweit nicht etwa ein inzwischen eingetretener Erwerb unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs entgegensteht (*Meikel/Böhringer*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 46 Rdnr. 105 ff. m. w. N.). Letzteres ist hier der Fall.

b) Maßgebend für die einen gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB hindernde Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ist der Zeitpunkt, in dem sich der Rechtserwerb vollendet. Der Erwerber muss daher grundsätzlich auch noch im Zeitpunkt der Eintragung gutgläubig sein. Dabei wird der gute Glaube auch an die Richtigkeit einer Eintragung geschützt, die gleichzeitig mit der Eintragung des Erwerbers vorgenommen wird. Daher ist ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb möglich, wenn zugleich mit der Eintragung des Erwerbers eines Grundstücks ein dingliches Recht versehentlich nicht mitübertragen wird (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 13 Rdnr. 12; *Staudinger/Gursky*, BGB, 2002, § 892 Rdnr. 170). Hier wurden alle Einschreibungen auf dem neuen Grundbuchblatt in derselben Verfügung angeordnet und unter demselben Datum vollzogen; der der Beteiligten zu 2 günstige Grundbuchstand wurde somit gleichzeitig mit ihrer eigenen Eintragung herbeigeführt; dies genügt für den gutgläubigen Erwerb (*Staudinger/Gursky*, § 892 Rdnr. 170).

c) Das Landgericht ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Beteiligte zu 2 zum maßgeblichen Zeitpunkt gutgläubig war. Die Feststellungen wurden rechtsfehlerfrei getroffen; sie sind nach § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 559 Abs. 2 ZPO für das Rechtsbeschwerdegericht bindend.

8. GBO §§ 53 Abs. 1 Satz 1, 71 Abs. 2; EGBGB Art. 184, 187, 189 Abs. 3; Code Civil von 1804 Art. 688, 691, 703 ff. (*Fortbestehen eines Wegerechts nach Code Civil*)

Zu den Voraussetzungen der Begründung einer Wegedienstbarkeit nach dem pfälzischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts (Code Civil von 1804) und zum Nachweis des (Fort-)Bestehens eines solchen Rechts.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 26.6.2003, 3 W 79/03; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat

Die Beteiligten sind Eigentümer aneinander grenzender Grundstücke im südpfälzischen B. Zu dem im Grundbuch eingetragenen Grundbesitz der erstbeteiligten Eheleute gehören die Gebäude- und Freiflächen Flurstück Nrn. 62/2 und 61 mit unmittelbarem Zugang zur öffentlichen H-Straße; die Grundstücke der Beteiligten zu 2) (Gebäude- und Freiflächen Flurstück Nrn. 58/2, 62/1, 92/3) liegen hinter dem vorbezeichneten Grundbesitz der Erstbeteiligten und haben keinen eigenen Zugang zur Straße.

Die Zufahrt zum Grundbesitz des Beteiligten zu 2) ist in der Vergangenheit von der H-Straße her über die Hoffläche auf den Grundstücken der Erstbeteiligten erfolgt. Nachdem sich die Verfahrensbeteiligten zerstritten hatten, beantragte der Beteiligte zu 2) beim Grundbuchamt, an dem betroffenen Grundbesitz der Beteiligten zu 1) eine nach seinem Vorbringen aus der Zeit vor Anlegung des Grundbuchs herrührende altrechtliche Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) zu Gunsten seines Grundbesitzes einzutragen. Dazu hat er sich auf entsprechende Eintragungen in den die fraglichen Grundstücke betreffenden Protokollen über „Liquidation und Declaration des Besitzstandes, zugleich Grundsteuer-Kataster“ der Steuergemeinde/Ortschaft B. vom Dezember 1839 berufen. Am 10.10.2001 hat das Grundbuchamt gegen den Widerspruch der Beteiligten zu 1) an deren Grundbesitz Flurstück Nrn. 61 und 62/2 zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers der Flurstück Nrn. 58/2, 62/1, 92/3 eine Grunddienstbarkeit (Durchfahrrecht) mit Rang vom 13. bzw. 23.12.1839 eingetragen.

Die von den Beteiligten zu 1) dagegen mit dem Ziel der Löschung, hilfsweise der Eintragung eines Amtswiderspruchs eingelegte Beschwerde ist beim Landgericht ohne Erfolg geblieben. Den auf Löschung der Eintragung gerichteten Hauptantrag hat die Zivilkammer als unzulässig angesehen. Im Übrigen hat sie die Auffassung vertreten, dass die Grunddienstbarkeit zwar unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eingetragen worden sei, ein Amtswiderspruch dagegen nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO aber deshalb nicht in Betracht komme, weil eine durch die Eintragung bewirkte Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht glaubhaft gemacht sei. Für die Kammer sei es vielmehr überwiegend wahrscheinlich, dass die gebuchte Grunddienstbarkeit nach den auf sie zur Anwendung kommenden Bestimmungen des französischen Code Civil entstanden und auch nicht später erloschen sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) mit dem Begehren, das Grundbuchamt anzuweisen, gegen die Grunddienstbarkeit einen Amtswiderspruch in das Grundbuch einzutragen.

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

In der Sache bleibt die weitere Beschwerde ohne Erfolg.

Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 78 Satz 1 GBO, § 546 ZPO).

Im Einzelnen gilt dazu Folgendes:

1. Die Zivilkammer hat die Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1), soweit diese für zulässig erachtet worden ist, mit Recht als (unbefristete) beschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO behandelt. Wegen der Möglichkeit eines gutgläu-

bigen Erwerbs des an den (dienenden) Grundstücken der Beteiligten zu 1) gebuchten Fahrrechts zusammen mit dem (herrschenden) Grundbesitz des Beteiligten zu 2) (vgl. insoweit BayObLGZ 1986, 513, 516 = NJW-RR 1987, 789; *Palandt/Bassenge*, BGB, 62. Aufl., § 892 Rdnr. 11) ist entsprechend dem Grundsatz des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO eine Beschwerde gegen die Eintragung der Grunddienstbarkeit selbst nicht zulässig; jedoch greift § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO ein, wonach mit der Beschwerde verlangt werden kann, dass das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 53 GBO einen Widerspruch einzutragen.

2. Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Die Vorschrift will bei Eintragungen, die am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilhaben – hierunter fällt auch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit im Grundbuch des belasteten Grundstücks, siehe vorstehend 1) –, möglichen Schadenersatzansprüchen gegen den Staat als Folge eines gutgläubigen Erwerbs vorbeugen. Ein Amtswiderspruch kann nur eingetragen werden, wenn *beide* Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO vorliegen. Dabei muss die Gesetzesverletzung durch das Grundbuchamt feststehen. Dagegen braucht die Unrichtigkeit des Grundbuchs – wegen der Funktionsgleichheit des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO mit § 899 BGB – nur glaubhaft zu sein (BayObLG, Rpfleger 1981, 397, 398; BayObLGZ 1986, 513, 515, jew. m. w. N.); hierfür reichen indes bloße Vermutungen und gedachte Möglichkeiten nicht aus, auch nicht ein *non liquet*; wenn ebenso viel für die Richtigkeit wie für die Unrichtigkeit des Grundbuchs spricht, kommt ein Amtswiderspruch nicht in Betracht (*Meikel/Streck*, a. a. O., § 53 Rdnr. 75 m. w. N.; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1976, 313).

3. In welchem Umfang das Grundbuchamt im vorliegenden Fall gegen gesetzliche Eintragungsvorschriften verstieß, indem es die altrechtliche Grunddienstbarkeit an dem Grundbesitz der Beteiligten zu 1) im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) lediglich auf der Grundlage von Fotokopien aus dem Urkataster und zudem ohne Nachweise über das Fortbestehen des Rechts (vgl. insoweit BayObLG, NJW-RR 1990, 724, 725; BayObLGZ 1991, 139, 144; BayObLGZ 1988, 102, 109) eingetragen hat, muss nicht vertieft werden.

Denn jedenfalls hält die tatsächliche Würdigung der Zivilkammer dahin, dass die Behauptung einer dadurch eingetretenen Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht glaubhaft im Sinne von „überwiegend wahrscheinlich“ (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, 23. Aufl., § 294 Rdnr. 6) sei, der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Nach der zutreffenden Auffassung des Landgerichts sind Entstehen und Erlöschen der hier in Rede stehenden Grunddienstbarkeit (Wegerecht) nach dem französischen Code Civil (CC) von 1804 als dem vor In-Kraft-Treten des BGB in der damals bayerischen Pfalz geltenden Recht zu beurteilen.

Die einschlägigen Vorschriften unterscheiden für den Erwerb von Grunddienstbarkeiten zwischen ständigen und nichtständigen Grunddienstbarkeiten (Art. 688 Abs. 1 CC: *servitudes continues ou discontinues*) und zwischen sichtbaren und nicht sichtbaren Grunddienstbarkeiten (Art. 689 Abs. 1 CC: *servitudes apparentes ou non apparentes*). Das Recht, über ein fremdes Grundstück seinen Weg zu nehmen, ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 688 Abs. 3 CC eine nichtständige Dienstbarkeit. Nichtständige Dienstbarkeiten konnten, ob sie sichtbar waren oder nicht, nicht durch dreißigjährigen Besitz (Art. 690 CC) und auch nicht durch unvordenkliche

Verjährung erworben werden. Nach Art. 691 CC konnten sie vielmehr rechtsgeschäftlich nur durch „einen Titel“ („*par titre*“) erworben werden. Dieser Gesetzeswortlaut ist – nicht amtlich – mit „schriftlicher Verstattung“ übersetzt worden (etwa bei *Stern*, Der Code Civil mit den Abänderungen durch Reichs- und bayerisches Landesrecht, 2. Aufl. 1891). Es entspricht indes der ganz überwiegend vertretenen Auffassung, dass eine „Verstattung“ im Sinne von „*par titre*“ keine Schriftform voraussetzte, sondern formfrei möglich war. Eine notarielle Form für die Bestellung der Dienstbarkeit war erst mit dem In-Kraft-Treten von Art. 219 BayAGZPO vom 1.10.1879 an erforderlich (vgl. *Stern*, a. a. O., Anmerkung vor Art. 691).

Nach Art. 695 CC konnte der für den Nachweis der Begründung der Grunddienstbarkeit fehlende „*titre constitutif*“ durch einen „*titre récongnitif*“, ein Anerkenntnis des Eigentümers, ersetzt werden. Auch dieser „*titre récongnitif*“ erfordert keine Form, kann also auch aus konkludenten Handlungen gefolgert werden (vgl. zum Ganzen Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 27.5.2002, 7 U 218/01; OLG Köln, OLGR 1993, 208; OLG Düsseldorf, OLGR 2000, 138, 139, BayObLGE, Band 11 Nr. 61, S. 295 m. w. N.; RGZ 20, 348; 351; OLG Köln, Urteil vom 28.9.1882, abgedruckt in *Puchelt*, Zeitschrift für französisches Zivilrecht, Band 15, S. 96 f.; *Meisner/Ring*, Nachbarrecht in Bayern, 5. Aufl. 1961, § 32 B 1 [S. 499]; *Zachariä/Crome*, Handbuch des französischen Zivilrechts, 8. Aufl. 1894, S. 660).

b) Eine unter der Geltung des Code Civil – wie vorbeschrieben – entstandene „altrechtliche“ Grunddienstbarkeit blieb auch nach In-Kraft-Treten des BGB ohne Eintragung in das neu angelegte Grundbuch fortbestehen (Art. 184 EGBGB); eine Grundbucheintragung war zwar möglich, aber nicht – auch nicht zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs – notwendig (Art. 187 EGBGB; vom Vorbehalt abweichender Regelung in Absatz 2 haben weder Bayern noch später Rheinland-Pfalz Gebrauch gemacht); solange die Grunddienstbarkeit nicht in das Grundbuch eingetragen war, bestand mithin für einen Erwerber des belasteten (dienenden) Grundstücks nicht die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs nach § 892 BGB (vgl. BGHZ 104, 139, 142 = NJW 1988, 2037, 2038; OLG Düsseldorf, OLGR 2000, 138, 139; BayObLGZ 1989, 203, 207).

c) Nach Art. 703 CC hörten Dienstbarkeiten nach dem pfälzischen Zivilrecht auf („*cessent*“), wenn infolge des Zustandes des dienenden oder des herrschenden Grundstücks die Dienstbarkeit nicht mehr ausgeübt werden konnte; nach Art. 704 CC lebten die Dienstbarkeiten, abgesehen von zwischenzeitlicher (dreißigjähriger) Verjährung, indes wieder auf („*revivent*“), wenn die Sachen wieder so hergestellt waren, dass man sie (die Dienstbarkeit) gebrauchen konnte (vgl. BGH, LM Code Civil Nr. 5 = WM 1966, 739, 740).

Im Übrigen erloschen („... *est éteinte* ...“) Wegerechtsdienstbarkeiten gemäß Art. 706, 707 CC durch dreißigjährigen Nichtgebrauch (*Stabel*, Institutionen des Französischen Zivilrechts [Code Napoleon], 3. Aufl. 1893, S. 180).

Diese altrechtlichen Bestimmungen galten auch nach dem Zeitpunkt, zu welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (für B. der 1.6.1903; vgl. Justizministerialblatt für das Königreich Bayern 1904, S. 4, 9) gemäß Art. 189 Abs. 3 EGBGB fort; denn letztere Vorschrift bezieht sich nicht nur auf die rechtsgeschäftliche Aufhebung uneingetragener Altrechte, sondern auch auf sonstige Gründe ihres Erlöschens wie etwa den Untergang durch Nichtausübung (BGH, LM Code Civil Nr. 5 = WM 1966, a. a. O.; BayObLGZ 1985, 225, 229; 1988, 102/109, jew. m. w. N.).

Allerdings ist für Bayern die Aufhebung und das Erlöschen altrechtlicher Dienstbarkeiten nach Anlegung des Grundbuchs auf Grund Art. 218 EGBGB in den Art. 11 bis 18 ÜbergangsG vom 9.6.1899 (BayBS III S. 101; abgedruckt in GVBl Rheinland-Pfalz 1966, Sondernummer Pfalz, S. 46) besonders geregelt worden. Nach Art. 13 ÜbergangsG erlosch eine nicht eingetragene Grunddienstbarkeit mit dem Ablauf von zehn Jahren nach der letzten Ausübung (vgl. BayObLGZ 1988, 102, 109). Für das Land Rheinland-Pfalz sind diese bayrischen Rechtsvorschriften des Übergangsgesetzes erst mit Wirkung vom 1.7.1977 aufgehoben worden durch § 27 Abs. 1 Nr. 1 c des AGBGB vom 18.11.1976 (GVBl 1976, S. 259 ff.).

d) In dem dargestellten rechtlichen Rahmen hält die angefochtene Entscheidung der Zivilkammer der rechtlichen Kontrolle stand; gegen die Überzeugungsbildung der Tatrichter, es spreche mehr für als gegen das (Fort-)Bestehen der in das Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit, ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern.

Das Bestehen altrechtlicher Dienstbarkeiten aus der Zeit vor Anlegung der Grundbücher kann heutzutage infolge Zeitablaufs oftmals nur noch sehr schwer festgestellt werden. Das gilt umso mehr, wenn dafür besondere schriftliche Erwerbstitel nicht vorliegen und solche Titel – wie in der Pfalz nach dem Code Civil bis zum 1.10.1879 – für die Entstehung des Rechts auch nicht erforderlich waren.

Im Hinblick darauf begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, dass das Beschwerdegericht hier die Eintragungen in das im Dezember 1839 aufgestellte Urkataster als gewichtiges Beweiszeichen für das schon damalige Bestehen eines Wegerechtes zu Gunsten des (herrschenden) Grundbesitzes des Beteiligten zu 2) über den (dienenden) Grundbesitz der Beteiligten zu 1) gewertet hat.

In dem vorliegend zu entscheidenden Fall haben bei den Liquidationsverhandlungen zur Aufstellung des Urkatasters im Dezember 1839 die damaligen Besitzer sowohl der herrschenden als auch der dienenden Grundstücke eine „Dienstbarkeit“ in Gestalt eines „Durchfahrtsrechts“ durch den Hofraum des Grundbesitzes der Beteiligten zu 1) angegeben.

Wenngleich die entsprechenden übereinstimmenden Eintragungen in das Grundsteuer-Kataster selbst keine rechtsbegründende Wirkung haben, können sie doch als Indiz dafür gewertet werden, dass ein solches Wegerecht damals tatsächlich bestellt war, und eine Vermutung für den Bestand des Rechts begründen (vgl. Pfälz. OLG Zweibrücken, Urteil vom 27.5.2002, 7 U 218/01, U. A. 5 f.; BayObLGZ 1989, 203, 210; 1982, 400/405; OLG Düsseldorf, OLGR 2000, 138, 140). Denn es ist ohne weiteres anzunehmen, dass die betreffenden Grundstückseigentümer damals die Belastung mit der „Dienstbarkeit“ als ihrer Rechtsüberzeugung nach richtig angegeben haben. Dann liegt es aber nahe, dass es vor Dezember 1839 zu einer zumindest formlosen Bestellung der entsprechenden „Servitut“ gekommen sein muss.

Auch zu weiteren Ermittlungen gemäß § 12 FGG hinsichtlich eines etwaigen späteren Wegfalls der Grunddienstbarkeit, etwa durch dreißigjährige Nichtausübung vor bzw. zehnjährige Nichtausübung nach Anlegung des Grundbuchs, musste sich die Zivilkammer nicht gedrängt sehen, weil es sich dabei nach Aktenlage nur um ganz entfernt liegende, rein theoretische Möglichkeiten handelt (vgl. BayObLGZ 1988, 102, 109 = DNotZ 1989, 164; BayObLGZ 1991, 139, 144). Denn ein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass der Beteiligte zu 2) oder einer seiner Rechtsvorgänger das in Anspruch genommene Fahrrecht über derart lange Zeiträume nicht ausgeübt hätten, ist nicht ersichtlich. Nach dem Vorbringen des Beteiligten

zu 2) war die in Rede stehende Hofdurchfahrt vielmehr von jeher die alleinige Zufahrtsmöglichkeit zu dem herrschenden Grundbesitz. Dem sind die Beteiligten zu 1) in den Tatsacheninstanzen nicht mit substantiiertem Vortrag entgegengetreten. Soweit von ihnen hierzu erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren gegenteiliger Sachvortrag gehalten wird, kann dieser für die Entscheidung des Senats nicht verwertet werden (BayObLG, NJW-RR 1990, 724, 725).

9. GBO §§ 22, 84 (Amtslöschung einer gegenstandslosen Benutzungsbeschränkung)

Eine gegenstandslose Benutzungsbeschränkung ist von Amts wegen zu löschen. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG München I, Beschluss vom 26.6.2003, 13 T 8650/03; mitgeteilt von Notar *Helmut Frhr. v. Oefele*, München

Die Beteiligte zu 1) war Alleineigentümerin des im Grundbuch von ... eingetragenen Grundstücks. Durch notarielle Urkunde wurde Wohnungs- und Teileigentum an der Wohnanlage „Falken-Residenz“ begründet. In der zweiten Abteilung des Grundbuchs sind unter laufenden Nummern 3 und 4 folgende Beschränkungen eingetragen: „Benützungsbefugnis – Verbot von Kirchengeläute – für den jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts an dem Flst. ... gemäß Bewilligung vom 18.2.1966; Gleichrang mit Abt. II/4“ sowie „Baubeschränkung sowie Verbot, die Ausgangs- und Notausgangstür nicht für Be- und Entlüftungszwecke offen zu halten, für den jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts an Flst. ... gemäß Bewilligung vom 18.2.1966; Gleichrang mit Abt. II/3“.

In der notariellen Bestellsurkunde vom 18.2.1966 ist festgestellt, dass der vorverstorbene A. T. Eigentümer eines Erbbaurechts war, das vom 1.2.1962 an auf die Dauer von 60 Jahren bestellt worden ist. Zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Erbbaurechts wurde die Verpflichtung des dienenden Grundstückes festgestellt, dass auf diesem kein Kirchengeläute, sei es durch Glocken, sei es durch irgendwie geartete Tonübertragungen stattfinden dürfe, dass auf der gesamten Ostseite der Kirche – ausgenommen der Ausgangstüre und des Notausgangs, wie im Bauplan vorgesehen – keine weiteren Türen oder zu öffnende Fenster oder sonstige Öffnungen (z. B. Be- und Entlüftungsanlagen und dergleichen) angebracht werden dürften, aus welchen Schall aus dem Kircheninneren entweichen könnte. Die beiden vorgenannten Türen seien jeweils nach Benutzung zu schließen und dürften nicht für Be- und Entlüftungszwecke offen gehalten werden.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) beantragte die Löschungen der in Abt. II laufende Nummern 3 und 4 eingetragenen Rechte. Hierzu legte er Löschungsbewilligungen von A. T., der H-GmbH und der HV-AG vor. Daneben ist das herrschende Erbbaurecht noch mit Wohnrechten der Beteiligten zu 2) und 3) sowie Geh- und Fahrrechten für die Landeshauptstadt München, E. A. und F. K. belastet. Der Rechtspfleger lehnte die Löschung der Grunddienstbarkeit ab; es seien noch die Zustimmungen der Beteiligten zu 2) und 3) sowie der Landeshauptstadt München, F. K. und E. A. vorzulegen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1).

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

Die Beschwerde hat Erfolg, weil im vorliegenden Fall gemäß §§ 22, 84 GBO die Benutzungsbeschränkung von Amts wegen zu löschen ist. Denn infolge der Aufteilung des dienenden Grundstücks und der Errichtung der Wohnanlage „Falken-Residenz“ steht fest, dass dieses bis zum Ablauf des Erbbaurechts

rechts im Jahre 2022 nicht als Kirche genutzt werden wird, so dass ein Aufrechterhalten der auf die Nutzung des Grundstücks als Kirche abgestimmten Benutzungsbeschränkung nicht in Betracht kommt.

Es bedarf daher der förmlichen Zustimmung der Beteiligten zu 2) und 3) nicht, diese haben im Übrigen auf ihre vorsorgliche Beteiligung am Verfahren hin erklärt, dass sie der Löschung unter Aufrechterhaltung ihres bisher eingenommenen Rechtsstandpunktes zustimmen. Einer Beteiligung der Landeshauptstadt München, F. K. und E. A. bedurfte es nicht, da deren Rechte durch die zu ihren Gunsten eingetragenen Geh- und Fahrrechte auf dem herrschenden Grundstück durch die immissionschutzrechtlichen Benutzungsbeschränkungen nicht beeinträchtigt werden und diese im Übrigen aus den geschilderten Gründen ohnehin gegenstandslos sind.

10. GBO § 5 Abs. 1 (*Keine Besorgnis der Verwirrung bei Grundstücksvereinigung ohne katastermäßige Verschmelzung*)

Werden unterschiedlich belastete Grundstücke vereinigt, ohne katastermäßig verschmolzen zu werden, so ist keine Verwirrung im Sinne des § 5 Abs. 1 GBO zu besorgen. (Leitsatz des Einsenders)

LG München I, Beschluss vom 19.8.2003, 13 T 15066/03; mitgeteilt von Notar Dr. Peter Schubert, München

Die Beteiligte ist Eigentümerin der im Grundbuch von ... Blatt ... vorgetragenen Grundstücke. Die Beteiligte bewilligte und beantragte die Eintragung der unter den laufenden Nummern 1 bis einschließlich 15 des Bestandsverzeichnisses vorgetragenen Grundstücke und der Flurstücke Nrn. ... als ein Grundstück i. S. v. § 5 Abs. 1 GBO.

Mit Zwischenverfügung gab das Amtsgericht der Beteiligten auf, eine Pfanderstreckung auf alle beteiligten Grundstücke (Ziffer 2. der Zwischenverfügung) sowie eine Rangbestimmung der eingetragenen Rechte (Ziffer 3. der Zwischenverfügung) zu bewirken. Hiergegen legte die Beteiligte Beschwerde ein und trug vor, die bestehenden Belastungen würden sich nicht auf den jeweils anderen Grundstücksteil des neuen Grundstücks erstrecken. Eine Verwirrung sei nicht zu besorgen. Das Grundbuchamt half der Beschwerde nicht ab, da die Frage, ob in der vorliegenden Fallgestaltung Verwirrung zu besorgen sei, strittig ist.

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

2. Die Beschwerde ist begründet, weil von der rechtlichen Vereinigung der betroffenen Grundstücke keine Verwirrung i. S. d. § 5 Abs. 1 GBO zu besorgen ist.

a) Voraussetzung für eine Vereinigung mehrerer Grundstücke i. S. d. § 5 GBO ist das Vorliegen einer sachlich-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Vereinigungserklärung (vgl. *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 5 Rdnr. 9 ff.). Diese Erklärungen sind hier unproblematisch gegeben.

b) Zusätzlich soll die Vereinigung nach § 5 GBO nur dann erfolgen, wenn hiervon eine Verwirrung nicht zu besorgen ist. Verwirrung in diesem Sinne ist dann zu besorgen, wenn die Eintragungen derart unübersichtlich und schwer verständlich würden, dass der gesamte grundbuchliche Rechtszustand des Grundstücks nicht mehr mit der für den Grundbuchverkehr

notwendigen Klarheit und Bestimmtheit erkennbar ist und die Gefahr von Streitigkeiten von Realberechtigten untereinander oder mit Dritten oder von Verwicklungen namentlich im Fall der Zwangsversteigerung besteht (*Demharter*, § 5 Rdnr. 13). Dabei ist umstritten, ob für die Prognose der Verwirrung die Sachlage im Zeitpunkt der Entscheidung des Grundbuchamts einschließlich des Vollzugs bereits gestellter weiterer Anträge maßgeblich ist und die Möglichkeit einer Verwirrung durch spätere Veränderungen, etwa auch eine erst bevorstehende katastermäßige Flurstücksverschmelzung, außer Betracht bleibt oder auch eine mögliche oder jedenfalls bevorstehende Flurstücksverschmelzung die Besorgnis der Verwirrung rechtfertigen kann.

aa) *Schöner/Stöber* gehen davon aus, dass nicht darauf abzustellen ist, ob die zu vereinigenden Grundstücke sogleich belastungsmäßig verschmolzen werden sollen. Auch wenn erst nach Vereinigung die katastermäßige Verschmelzung erfolgen kann, werden unterschiedliche Belastungen immer die Besorgnis der Verwirrung begründen. Dem sei bereits bei der Vereinigung nach § 5 GBO Rechnung zu tragen, da die Bestimmung nicht verlange, dass Verwirrung bereits durch Eintragung der Vereinigung entsteht, sondern dass durch die Vereinigung Verwirrung nicht zu besorgen ist. Unerheblich bleibe daher auch, dass die künftige Entwicklung einen anderen Verlauf nehmen könne (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 639).

bb) Die wohl herrschende Meinung – vor allem in der Rechtsprechung – geht demgegenüber davon aus, dass bei der Beurteilung der Frage, ob Verwirrung zu befürchten ist, spätere Veränderungen i. S. weiterer Anträge außer Betracht bleiben. Sollen die vereinigten Grundstücke später verschmolzen werden, kann dies ein Grund dafür sein, die Verschmelzung abzulehnen. Eine Vereinigung der Grundstücke nach § 5 GBO dürfe mit dieser Begründung allerdings nicht verweigert werden (vgl. *Demharter*, § 5 Rdnr. 13, 14; OLG Düsseldorf, Rpfleger 2000, 211; OLG Hamm, Rpfleger 1968, 121).

cc) Die Kammer schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Es ist zwar richtig, dass die Verwendung des Ausdrucks „besorgen“ in § 5 GBO es vom Wortlaut auch zuließe, zukünftige Entwicklungen zu berücksichtigen. Wenn aber zur Begründung der Besorgnis der Verwirrung ein prognostizierter Verschmelzungsantrag herangezogen werden darf, müsste mit dem gleichen Recht berücksichtigt werden, dass die unterschiedlichen Belastungen der einzelnen Grundstücke in Zukunft möglicherweise abgelöst werden. In diesem Falle wäre dann selbst bei einer Verschmelzung keine Verwirrung mehr zu befürchten. Zudem wäre eine derartige „prognostische“ Anwendung des § 5 GBO nach Ansicht der Kammer nicht sachgerecht. Bei der hier gegebenen Sachlage sind keine Anhaltspunkte für weitere Anträge (z. B. Verschmelzung) der Eigentümerin vorhanden. Gleichwohl müsste das Grundbuchamt bei seiner fiktiven Prognose, ob Verwirrung zu erwarten sei, derartige Anträge unterstellen, auch wenn diese möglicherweise niemals gestellt werden. Daher darf nach Ansicht der Kammer eine Vereinigung im vorliegenden Fall nicht von den vom Grundbuchamt geforderten Bedingungen abhängig gemacht werden. Die Zwischenverfügung war daher in Punkt 2. und 3. aufzuheben.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. AktG §§ 102 Abs. 1, 104 Abs. 2, 112, 120 Abs. 1 und 2; ZPO § 171 Abs. 3 (*Beendigung der Aufsichtsratsmitgliedschaft bei nicht fristgemäßem Entlastungsbeschluss*)

- a) **Fasst die Hauptversammlung über die Entlastung eines Aufsichtsratsmitgliedes in der gesetzlichen oder einer in der Satzung vorgesehenen geringeren Frist keinen Beschluss, endet seine Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat spätestens in dem Zeitpunkt, in dem die Hauptversammlung über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr seit seinem Amtsantritt hätte beschließen müssen.**
- b) **Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates wird durch die Regelung des § 104 AktG gewährleistet.**

BGH, Urteil vom 24.6.2002, II ZR 296/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger, im Jahre 1988 zum Mitglied des Vorstandes der Beklagten berufen, wendet sich gegen den Widerruf seiner Organbestellung mit Beschluss des Aufsichtsrates vom 30.1.1995. Er bestreitet das Vorliegen eines wichtigen Grundes.

Das Landgericht hat der Klage durch Versäumnisurteil stattgegeben. Den dagegen eingelegten Einspruch der Beklagten hat es als unzulässig verworfen. Es hat eine wirksame Prozessvertretung der Beklagten verneint. Der Beschluss des Aufsichtsrates vom 25.5.2000, mit dem die Prozessführung des Rechtsanwaltes Dr. Me. genehmigt und Rechtsanwältin Dr. Mi. Prozessvollmacht erteilt worden sei, sei nichtig, weil M. G., der mit Hauptversammlungsbeschluss vom 17.12.1992 gemäß § 8 Nr. 3 der Satzung nur „bis zur Beendigung der Hauptversammlung, die über die Entlastung des Aufsichtsrates für das Geschäftsjahr 1993 beschließt“, zum Aufsichtsratsmitglied gewählt worden sei, dem Aufsichtsrat zu diesem Zeitpunkt nicht mehr angehört habe.

Das Berufungsgericht hat das Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Es vertritt die Ansicht, M. G. sei bei der Beschlussfassung am 25.5.2000 noch Mitglied des Aufsichtsrates gewesen, weil ein Beschluss der Hauptversammlung über seine Entlastung, der nach § 102 Abs. 1 AktG Voraussetzung für sein Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat sei, nicht vorgelegen habe.

Der Kläger erstrebt mit seiner Revision die Wiederherstellung des Landgerichtsurteils.

Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers ist begründet. (...)

Die Genehmigung der Prozessführung des ohne wirksames Mandat für die Beklagte vor dem Landgericht im Termin vom 25.1.2000 aufgetretenen Rechtsanwaltes Dr. Me. war ebenso unwirksam wie die Erteilung der Prozessvollmacht, auf die sich Rechtsanwältin Dr. Mi. in den Verhandlungsterminen vom 15.8.2000 und 13.9.2001 berufen hat. Genehmigung und Mandatserteilung beruhen auf dem Beschluss des Aufsichtsrates der Beklagten vom 25.5.2000, an dem M. G., der mit Beschluss des Amtsgerichts C. vom 3.4.2000 nach § 104 Abs. 2 AktG rechtskräftig zum Aufsichtsratsmitglied bestellte Rechtsanwalt J. V. und der Arbeitnehmervertreter A. B. mitgewirkt haben. Dieser Beschluss ist nichtig, weil zumindest M. G. im Zeitpunkt der Beschlussfassung kein Aufsichtsratsmitglied mehr war. Das folgt aus einer die Regelung des § 120 Abs. 2 AktG berücksichtigenden Auslegung des § 102 Abs. 1 AktG.

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob M. G. bereits am 31.8.1994 aus dem Aufsichtsrat ausgeschieden ist, also dem Zeitpunkt, bis zu dem die Hauptversammlung der Beklagten nach § 8 Nr. 3 der Satzung spätestens über seine Entlastung mit der Folge hätte beschließen müssen, dass er nach der Beschlussfassung aus dem Aufsichtsrat ausgeschieden wäre. Die Formulierung der an den Wortlaut des § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG angelehnten Satzungsregelung spricht allerdings eher dafür, dass Voraussetzung für ein Ausscheiden die Fassung eines die Entlastung bestätigenden oder versagenden Beschlusses sein sollte.

b) Auf jeden Fall ist M. G. jedoch in dem Zeitpunkt aus dem Aufsichtsrat der Beklagten ausgeschieden, in dem die Hauptversammlung nach § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG über seine Entlastung hätte beschließen müssen. Das war der Beschluss über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn seiner Amtszeit. Da M. G. sein Amt im Dezember 1992 angetreten hatte, hätte der Beschluss bis zum 31.8.1997 gefasst werden müssen (§ 120 Abs. 1 Satz 1 AktG).

Zwar können Aufsichtsratsmitglieder auch nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung nur bis zur Beendigung der Hauptversammlung bestellt werden, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit „beschließt“. Aufgrund dieser Formulierung nimmt die überwiegende Meinung im Schrifttum an, trotz des zwingenden Charakters der Regelung (§ 23 Abs. 5 AktG) dauere die Stellung als Aufsichtsratsmitglied solange an, bis ein Beschluss über die Entlastung gefasst worden sei (AG Essen, MDR 1970, 336; *Baumbach/Hueck*, AktG, 13. Aufl., § 102 Rdnr. 3; *Geßler* in *Geßler/Hefermehl/Eckert/Kropff*, AktG, § 102 Rdnr. 8; v. *Godin/Wilhelmi*, AktG, 4. Aufl., § 102 Anm. 3; *Meyer-Landrut* in *Großkomm. z. AktG*, 3. Aufl., § 102 Anm. 1; *Hoffmann-Becking* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 4, AktG, 2. Aufl., § 30 Rdnr. 37; *Nirk/Reuter/Bächle*, Handbuch des Aktiengesetzes, Bd. 1, Rdnr. 856; *Henn*, Handbuch des Aktienrechts, 6. Aufl., Rdnr. 643). Dem vermag der Senat jedoch nicht zu folgen.

Die heutige Regelung findet sich bereits in § 243 Abs. 3 des Handelsgesetzbuches vom 10.5.1897 (RGBl 1897, S. 219). Sie hing eng mit der Wirkung der Entlastung der Organmitglieder (§ 263 Abs. 1 HGB a. F.) zusammen, die damals noch den Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen umfasste und der insoweit die Funktion einer Klarstellung zukam, die mit dem Ausscheiden des Organmitgliedes getroffen werden sollte. Da die Entlastung nach geltendem Aktienrecht keinen Verzicht auf Schadensersatzansprüche mehr enthält (§ 120 Abs. 2 Satz 2 AktG) und rechtlich nur noch eine weitgehend folgenlose Billigung der Organtätigkeit darstellt, hat auch die Verknüpfung von Entlastungsbeschluss und Ausscheiden aus dem Organ ihren Sinn verloren (vgl. *Mertens* in *Kölner Kommentar z. AktG*, 2. Aufl., § 102 Rdnr. 5). Es erscheint daher gerechtfertigt, die Vorschrift des § 102 Abs. 1 AktG unter Berücksichtigung der zur Entlastung vorgenommenen Änderung dahin auszulegen, dass die Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat spätestens in dem Zeitpunkt endet, in dem die Hauptversammlung über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr seit Amtsantritt hätte beschließen müssen (vgl. AG Augsburg, MDR 1957, 233 mit Anm. *Soyka*; *Mertens* in *Kölner Kommentar z. AktG*, 2. Aufl., § 102 Rdnr. 5; im Ergebnis ebenso, wenn auch mit abweichenden Fristen, *Hüffer*, AktG, 5. Aufl., § 102 Rdnr. 3; *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, § 6 Rdnr. 30; *Ulmer* in *Hanau/Ulmer*, Mitbestimmungsgesetz, 1981, § 6 Rdnr. 67). Die Festlegung des in § 120 Abs. 1 AktG bestimmten Zeitpunktes als Termin für das Ausscheiden des Aufsichtsratsmitgliedes, soweit kein Beschluss über die Entlastung des Aufsichtsratsmitgliedes ge-

fasst wird, entspricht entgegen der Ansicht der Revisionserweiterung dem Gebot der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.

Eine solche Auslegung ist auch geboten. Die Verknüpfung von Entlastungsbeschluss und Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat birgt die Gefahr in sich, dass Aufsichtsratsmitglieder entgegen dem Zweck der gesetzlichen Höchstdauer, die Hauptversammlung zu veranlassen, die Wahl des Mitgliedes zu überdenken, in dem Organ belassen werden. Das widerspricht dem Bestreben des heutigen Gesetzgebers, die Verwaltungsorgane und ihre Mitglieder, insbesondere die Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder, einer strengeren Kontrolle zu unterziehen. In Fällen einer noch ausstehenden Sonderprüfung der Verantwortlichkeit von Aufsichtsratsmitgliedern kann die übliche Vertagung der Entlastung die Organzugehörigkeit sogar erheblich verlängern.

c) Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates wird durch § 104 AktG gewährleistet. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift sind Vorstand, ein Mitglied des Aufsichtsrates oder ein Aktionär berechtigt, bei Gericht einen Antrag auf Ergänzung des Aufsichtsrates zu stellen, wenn dem Aufsichtsrat die zur Beschlussfassung erforderliche Anzahl von Mitgliedern nicht angehört. Sie ist mit der für den Vorstandsbereich bestehenden Regelung des § 85 AktG vergleichbar, die der Senat als hinreichende Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Vorstandes angesehen hat (BGH, Urt. v. 12.11. 2001, II ZR 225/99, ZIP 2002, 172, 173).

d) Im vorliegenden Fall hat diese Auslegung des Gesetzes zur Folge, dass M. G. spätestens mit Ablauf des 31.8.1997 aus dem Aufsichtsrat der Beklagten ausgeschieden ist. Der Aufsichtsratsbeschluss vom 25.5.2000 war somit nichtig. Eine wirksame Genehmigung der Prozessführung von Rechtsanwalt Dr. Me. und ein Rechtsanwältin Dr. Mi. erteiltes wirksames Mandat sind daher nicht gegeben. Das Landgericht hat somit den Einspruch gegen das Versäumnisurteil zu Recht verworfen.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Aufsatz von *Macht*, MittBayNot 2004, 81 (in diesem Heft).

12. GmbHG § 7 Abs. 2, 3; § 8 Abs. 2; § 11 Abs. 1, 2 (*Mantelkauf als wirtschaftliche Neugründung*)

a) **Auf die wirtschaftliche Neugründung durch Verwendung des „alten“ Mantels einer existenten, im Rahmen ihres früheren Unternehmensgegenstands tätig gewesen, jetzt aber unternehmenslosen GmbH sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden (Fortführung von BGH, Beschluss vom 9.12.2002, II ZB 12/02, ZIP 2003, 251 – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).**

b) **Die Tatsache der Wiederverwendung eines zwischenzeitlich leer gewordenen Gesellschaftsmantels ist gegenüber dem Registergericht offen zu legen. Diese Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung ist mit der – am satzungsmäßigen Stammkapital auszurichtenden – Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden.**

c) **Die reale Kapitalaufbringung ist sowohl bei der Mantelverwendung als auch bei der Aktivierung einer Vorratsgesellschaft durch entsprechende Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung – bezogen auf den Stichtag der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht – sicherzustellen.**

d) **Neben der Unterbilanzhaftung kommt auch eine Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht, wenn vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufgenommen werden, ohne dass alle Gesellschafter dem zugestimmt haben.**

BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beschluss ist abgedruckt in DNotZ 2003, 951.

Anmerkung:

Mit seinem Beschluss vom 7.7.2003 setzt der 2. Zivilsenat des BGH seine jüngste Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Neugründung von Kapitalgesellschaften konsequent fort. Nachdem der BGH bereits entschieden hatte, dass der Erwerb der Geschäftsanteile an einer Vorrats-GmbH im Hinblick auf die Grundsätze der persönlichen Haftung und der realen Kapitalaufbringung als Neugründung zu behandeln sei,¹ wird dies nun auch für die Verwendung eines GmbH-Mantels so gesehen. Die Entscheidung trägt in jedem Fall zur Klärung der Rechtslage bei, da bislang umstritten war, ob die für die Vorrats-GmbH entwickelten Grundsätze auch auf den Erwerb eines GmbH-Mantels übertragen werden können.²

Nunmehr vertritt der BGH auch für diese Konstellation explizit die entsprechende Anwendung der formellen Gründungsvorschriften des GmbH-Rechts. Insbesondere soll die Wiederverwendung eines Gesellschaftsmantels dem Registergericht gegenüber offen gelegt werden müssen, um eine präventive richterliche Kontrolle der realen Kapitalaufbringung zu ermöglichen. Weiter sollen zum Schutz des Rechtsverkehrs die Grundsätze der Unterbilanzhaftung sowie die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG entsprechend herangezogen werden. Insgesamt ist der Beschluss des 2. Senats damit deutlich von Gläubiger- und Verkehrsschutzerwägungen motiviert.

1. Zunächst ist begrifflich zu klären, in welchen Konstellationen von einer wirtschaftlichen Neugründung durch Mantelverwendung auszugehen ist. Im Leitsatz spricht der BGH nur von einer „existenten, ... jetzt aber unternehmenslosen GmbH“. Der Beschluss greift aber selbst die Problematik auf, dass Abgrenzungsschwierigkeiten insbesondere zur Umstrukturierung oder geschäftlichen Neuausrichtung von Unternehmen bestehen würden.³ Aus dieser Problematik versucht sich der BGH mit der Formulierung zu retten, es komme darauf an, ob die Gesellschaft, deren Anteile übertragen werden sollen, „noch ein aktives Unternehmen“ betrieben habe, an das eine neue wirtschaftliche Tätigkeit anknüpfen könne. Allein das Vorhandensein einer unternehmerischen Infrastruktur aus Betriebsgebäude, Maschinen usw. wird nicht ausreichen kön-

1 BGH, NJW 2003, 892 (für den Erwerb eines AG-Mantels bereits BGHZ 117, 323 ff.); anders noch BayObLG, DNotZ 2000, 227, 229; vgl. zur Problematik etwa *Schaub*, DNotZ 2003, 447 ff.

2 Dafür z. B. *Peetz*, GmbHR 2003, 229, 230; dagegen *Altmeyden*, NZG 2003, 145, 147.

3 Auf diese Probleme geht u. a. *Meilicke*, BB 2003, 857 ff., ein.

nen, um eine Abgrenzung zur rechtlichen Neugründung einer GmbH vornehmen und eine wirtschaftliche Neugründung im Sinne der Rechtsprechung ablehnen zu können. Denn diese Vermögensgegenstände stehen den Gesellschaftern typischerweise auch bei einer tatsächlichen rechtlichen Neugründung einer GmbH bereits zur Verfügung. Entscheidend wird vielmehr sein, ob mit den entsprechenden Mitteln im Zeitpunkt der Mantelverwendung tatsächlich auch noch Umsatz und wirtschaftliche Wertschöpfung getätigt werden. Ist dies nicht mehr der Fall, sondern nur noch eine Verwertung der Rechtsform der GmbH z. B. durch Anteilsübertragung intendiert, wird man mit dem BGH von einer wirtschaftlichen Neugründung ausgehen müssen.

2. Folgt man der Prämisse des BGH, wonach die Wiederverwendung eines nicht mehr mit einem aktiven Unternehmen ausgestatteten und damit „leer gewordenen“ GmbH-Mantels als wirtschaftliche Neugründung einzustufen ist, so stellt sich in der Tat die Frage, ob diese dem Registergericht gegenüber offen zu legen ist und zusätzlich die Geschäftsführer die Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHHG abzugeben haben.

Die Vorschrift des § 8 GmbHHG bezieht sich angesichts des gesetzlichen Regelungszusammenhangs, in dem sie steht, unmittelbar zunächst nur auf die formelle Neugründung einer GmbH. Beim ersten Auftritt einer GmbH auf dem Markt sollen die Gläubiger und der Rechtsverkehr allgemein durch die Geschäftsführerversicherung und die Schadensersatzverpflichtung aus § 9 a Abs. 1 GmbHHG vor einer unterkapitalisierten Gesellschaft geschützt werden.

Grundsätzlich denkbar ist allerdings eine analoge Anwendung auf die wirtschaftliche Neugründung, wenn die Nichterwähnung der Mantelverwendung in §§ 7, 8 GmbHHG eine planwidrige Regelungslücke darstellen würde und man von einer inhaltlichen Vergleichbarkeit der Sachverhalte ausgehen könnte. § 8 Abs. 2 GmbHHG soll in Verbindung mit der Strafbewehrung falscher Angaben bei der GmbH-Gründung nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHHG den für das GmbH-Recht zentralen Grundsatz der realen Kapitalaufbringung gewährleisten sowie gegenwärtige und künftige Gläubiger der Gesellschaft schützen.⁴ Dem Vorteil der grundsätzlichen Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen steht die Notwendigkeit gegenüber, das Stammkapital im Interesse der Gesellschaftsgläubiger tatsächlich zu sichern. Die Haftungsprivilegierung des GmbH-Gesellschafters im Verhältnis zur persönlichen Haftung bei den Personengesellschaften rechtfertigt sich inhaltlich letztlich nur aus den Kautelen, die das GmbHHG zur Sicherung des Stammkapitals vorsieht. Hierbei ist die Interessenlage bei einer wirtschaftlichen Neugründung durch Reaktivierung eines GmbH-Mantels sowohl beim Erwerber der Anteile als auch bei den Gläubigern der Gesellschaft weitgehend identisch mit derjenigen bei einer formellen Neugründung. Denn auch bei einer Mantelverwendung tritt ein Unternehmen erstmals am Markt auf, das den zukünftigen Gläubigern die Sicherheit eines garantierten Haftungsfonds bieten muss. Wirtschaftlich entspricht der Erwerb der Anteile an einer inaktiven, „stillgelegten“ GmbH einer rechtlichen Neugründung. Eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist somit gegeben.

Fraglich und vom BGH nicht problematisiert ist aber, ob insoweit tatsächlich eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Denn das GmbHHG enthält für den Zeitraum nach der wirk-

samen Gründung einer GmbH alternative Schutzvorschriften zu Gunsten der Gläubiger und des Rechtsverkehrs. Dazu zählen z. B. die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG sowie die Regelungen zur Rückzahlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in §§ 32 a, 32 b GmbHG.⁵ Der Gläubigerschutz findet nach dem gesetzlichen Konzept in diesem Stadium aber nicht mehr durch die registergerichtliche Kontrolle statt, sondern durch die Statuierung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, die durch Gläubiger pfändbar sind. Daher kann man mit Fug und Recht an der Planwidrigkeit der Regelungslücke in §§ 7, 8 GmbHHG und damit am Vorliegen der methodologischen Voraussetzungen für eine Analogie zweifeln.⁶

In einem Punkt allerdings ist dem BGH uneingeschränkt beizupflichten: Die Gefahr, dass das bei der Gründung der Gesellschaft geleistete Stammkapital nicht mehr vorhanden ist, besteht beim Mantelkauf in deutlich höherem Maße als etwa beim Erwerb einer Vorrats-GmbH. Letztere ist nämlich von vornherein nicht darauf angelegt, wirtschaftlich aktiv zu werden und etwa Umsatzgeschäfte zu tätigen. Deshalb wird hier in der Regel das Stammkapital auch unangetastet bzw. lediglich durch die Gründungskosten belastet vorhanden sein. Anders stellt sich dies bei einer wirtschaftlich inaktiven GmbH dar, deren Stammkapital unter Umständen aufgrund der vorangegangenen Geschäfte auch bilanziell nicht mehr vorhanden ist. Daher erscheint es zwar teleologisch folgerichtig, wenn bei der Konstellation eines Mantelkaufs die Geschäftsführer die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHHG, bezogen auf den Zeitpunkt der Äußerung gegenüber dem Registergericht, abgeben. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Annahme einer Analogie liegen aber aufgrund des ausdifferenzierten Gläubigerschutzsystems des GmbHHG nicht vor.

3. Auch für die Beratungspraxis ist von zentraler Bedeutung, worauf sich die von den Geschäftsführern abzugebende Versicherung bezieht. Zunächst wäre denkbar, dass die Versicherung aufgrund der vom BGH angenommenen Analogie zur rechtlichen Neugründung nur auf das gesetzlich vorgesehene Mindeststammkapital abzielt, das für die Gründung einer GmbH erforderlich wäre. Dies würde allerdings dem Schutzzweck der Versicherung der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 GmbHHG gegenüber dem Geschäftsverkehr und insbesondere den Gläubigern der Gesellschaft nicht ausreichend gerecht werden.⁷ Denn durch die Eintragung des satzungsmäßigen Stammkapitals im Handelsregister wird bei Dritten der Eindruck erweckt, dass das Stammkapital in der sich aus dem Register ergebenden Höhe gesichert sei.

Der BGH stellt in seinem Beschluss klar, dass sich die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHHG auf das satzungsmäßige Stammkapital und nicht lediglich auf das gesetzliche Mindeststammkapital zu beziehen hat. Es ist somit zu versichern, dass bei einer Mehrpersonen-GmbH auf jede Stammeinlage mindestens ein Viertel, insgesamt aber mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals und somit 12.500 € einbezahlt sind und zur freien Verfügung der Geschäftsführung stehen. Aus der Formulierung des BGH, dass die Gesellschaft im

⁴ So z. B. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Auflage 2000, § 82 Rdnr. 27.

⁵ In diese Richtung argumentiert auch Schaub, DNotZ 2003, 447, 448.

⁶ Auch das BayObLG hatte eine Analogie abgelehnt und argumentiert, dass „bei einer Mantel- oder Vorratsgesellschaft bereits eine Prüfung der Kapitalaufbringung stattgefunden“ habe, „bei der die gesetzlichen Gründungsvorschriften ohne Abstriche beachtet werden mussten“ (MittBayNot 1999, 389, 390).

⁷ Vgl. auch Schubert, NotBZ 2003, 383.

Zeitpunkt der Offenlegung der Mantelverwendung gegenüber dem Registergericht „noch ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer besitzen muss“, lässt sich schließen, dass das in der Satzung der Gesellschaft ausgewiesene Stammkapital bilanziell noch vorhanden sein muss. Die Aktiva der GmbH müssen also die Passiva (mit Ausnahme des Stammkapitals selbst) mindestens um die Höhe des satzungsmäßigen Stammkapitals übersteigen. Hier wird sich der Erwerber der Geschäftsanteile an einem GmbH-Mantel in Zukunft besonders intensiv mit den Unterlagen der Gesellschaft auseinandersetzen haben, wenn er sich nicht in die Gefahr einer Falschversicherung gegenüber dem Registergericht begeben will.

Ein vom Beschluss des BGH nicht erwähntes Problem stellt sich dann, wenn mehrere Personen Gesellschafter der inaktiven GmbH sind, ihre Geschäftsanteile auf einen Erwerber übertragen und dadurch eine Ein-Mann-GmbH entsteht. Bei der Ein-Mann-GmbH ist nicht nur die Versicherung durch den Geschäftsführer im Hinblick auf die Leistung der Stammeinlagen abzugeben. Zusätzlich ist bei der Ein-Mann-GmbH für den nicht geleisteten Teil der Geldeinlagen eine Sicherheit zu bestellen. Dies kann den Erwerber eines GmbH-Mantels vor erhebliche Probleme stellen, wenn die Gesellschaft ein sehr hohes satzungsmäßiges Stammkapital aufweist. Nach den Grundsätzen des BGH zur „wirtschaftlichen Neugründung“ wird man von diesem Erwerber der Geschäftsanteile verlangen müssen, dass er entweder das satzungsmäßige Stammkapital auf den Zeitpunkt der Offenlegung der Mantelverwendung hin einzahlt oder Sicherheiten in Höhe des gesamten Stammkapitals stellt, etwa indem er eine Bankbürgschaft in der entsprechenden Höhe beibringt. Die Problematik soll an einem Fallbeispiel verdeutlicht werden:

Die Satzung der inaktiven AB-GmbH sieht ein Stammkapital von 80.000 € vor. A und B sind mit Geschäftsanteilen von jeweils 40.000 € beteiligt. Erwirbt nun C die Anteile von A und B und wird damit Alleingesellschafter der GmbH, so muss er versichern, dass auf jede Stammeinlage mindestens ein Viertel, also 10.000 €, einbezahlt sind. Ist dies nicht der Fall, so muss er eine entsprechende Zahlung an die GmbH leisten. Für den Restbetrag, also insgesamt 60.000 €, muss er eine Sicherheit bestellen, soweit er zur Einzahlung nicht selbst in der Lage ist.

4. Flankierend zur Offenlegungspflicht und zur Geschäftsführerversicherung erklärt der 2. Zivilsenat nunmehr auch die Grundsätze der Unterbilanzhaftung⁸ sowie die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG für entsprechend anwendbar. Diese erhebliche Haftungsverschärfung für den Erwerber eines GmbH-Mantels ist die konsequente Fortführung der BGH-Sichtweise der Mantelverwendung als wirtschaftlicher Neugründung. Praktisch bedeutet dies, dass den Erwerber umfangreiche Nachforschungsobliegenheiten treffen, wenn er insbesondere der Gefahr einer Unterbilanzhaftung entgehen will. Diese droht bei der Mantelverwendung in höherem Maße als bei der formellen Neugründung. Die Gründungsgesellschafter einer GmbH werden nämlich in der Regel besser überblicken können, welche verlustträchtigen Geschäfte zwischen Anmeldung und Eintragung der GmbH getätigt wurden, als dies der Erwerber von Anteilen an einer inaktiven GmbH vermag, die unter Umständen jahrzehntelang gewirtschaftet hat, bevor sie den Geschäftsbetrieb eingestellt hat. Schon bislang wurde allerdings vertreten,⁹ dass ein Anspruch

der Gesellschaft aus Unterbilanzhaftung zu den Ansprüchen zählt, die sich nach § 16 Abs. 3 GmbHG auch gegen den Erwerber eines Geschäftsanteils richten. Insoweit bedeutet der BGH-Beschluss also nur eine Konkretisierung für die Fälle der Mantelverwendung.

5. Für die notarielle Praxis hat der BGH-Beschluss zum einen Auswirkungen auf die in die GmbH-Anteilsabtretungen aufzunehmenden Hinweise, zum anderen auf die Gestaltung von Handelsregisteranmeldungen bei Veräußerung von GmbH-Mänteln. In diesem Zusammenhang stellt sich natürlich die Frage, wie die Mantelverwendung in der Beurkundung für den Notar überhaupt erkennbar ist bzw. welche Nachforschungspflichten ihn treffen.

Mit hoher Wahrscheinlichkeit wird man auf eine Mantelverwendung und damit auf eine wirtschaftliche Neugründung im Sinne der BGH-Rechtsprechung schließen können, wenn für die Anteile an einer GmbH lediglich ein symbolischer Kaufpreis bezahlt wird und die Anteilsübertragung zudem mit einer Geschäftsführerneubestellung sowie einer Änderung von Firma, Sitz und Unternehmensgegenstand einhergeht. In den Konstellationen, in denen es an einem oder mehreren dieser Elemente fehlt (weil beispielsweise der Sitz oder Übergangsweise auch noch die Firma beibehalten werden sollen),¹⁰ wird der Notar aufgrund seiner Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung aus § 17 Abs. 1 BeurkG bei den Beteiligten nachzufragen haben, ob es sich um die Übertragung von Anteilen an einer wirtschaftlich inaktiven GmbH handelt und die Beteiligten in jedem Fall auf die Gefahren und Risiken einer GmbH-Mantelverwendung hinweisen müssen. Wenn die Mantelverwendung sich nicht schon eindeutig aus der Fallgestaltung ergibt, muss sich der Notar aber letztlich auf die Angaben der Beteiligten zum wirtschaftlichen Hintergrund der Anteilsabtretung verlassen dürfen. In der Urkundsgestaltung bietet es sich an, bei der Abtretung von GmbH-Anteilen zwei Gestaltungsalternativen vorzusehen:¹¹

Alternative 1:

„Nach Angabe der Beteiligten handelt es sich bei der gegenständlichen Anteilsübertragung um einen sog. GmbH-Mantelkauf. Die Gesellschaft ist derzeit nicht mit einem aktiven Unternehmen ausgestattet. Der Notar hat auf die damit verbundenen Gefahren und Risiken hingewiesen, insbesondere darauf,

- dass eine sog. Mantelverwendung dem Registergericht gegenüber offen zu legen ist und durch den/die Geschäftsführer die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG gegenüber dem Registergericht abgegeben werden muss,
- dass sich diese Versicherung auf das in der Satzung der Gesellschaft genannte Stammkapital bezieht und nicht lediglich auf das gesetzliche Mindeststammkapital von 25.000 €,
- dass der Erwerber für eine im Zeitpunkt der Offenlegung gegenüber dem Registergericht möglicherweise bestehende Unterbilanz der Gesellschaft persönlich haftet,
- dass diejenigen, die vor der Offenlegung gegenüber dem Registergericht ohne Zustimmung aller Gesellschafter im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, persönlich haften.“

¹⁰ Lindemeier, RNotZ 2003, 503, 510, weist auf den Fall hin, dass eine juristische Person ihr Unternehmen einstellt und mit denselben Gesellschaftern ein neues Unternehmen im Rahmen des ursprünglichen Geschäftsgegenstands aufnimmt.

¹¹ Vgl. auch die Formulierungsvorschläge von Schubert, NotBZ 2003, 383, 385 ff.

⁸ Entwickelt in BGHZ 134, 333.

⁹ Vgl. Lutter/Hommelhoff, § 16 Rdnr. 17 m. w. N.

Alternative 2:

„Der Notar hat auf die Gefahren und Risiken hingewiesen, die mit dem Erwerb eines GmbH-Mantels zusammenhängen. Die Beteiligten erklären, dass es sich bei der Gesellschaft nicht um ein inaktives Unternehmen handelt und somit kein Fall des Erwerbs eines GmbH-Mantels vorliegt.“

Neben den Hinweisen in der Abtretungsurkunde ist in die Handelsregisteranmeldung der Satzungsänderungen (Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand) die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG aufzunehmen und die Mantelverwendung offen zu legen. In den Fällen, in denen zwar eine Mantelverwendung vorliegt, diese aber zumindest vorerst noch nicht mit den entsprechenden Änderungen in der Satzung verbunden ist (etwa bei der Übertragung eines inaktiven Unternehmens in der Familie), ist nach dem Beschluss des BGH nun erstmals eine Registermitteilung mit Offenlegung der „wirtschaftlichen Neugründung“ und Geschäftsführerversicherung einzureichen.

6. Rechtspolitisch und wirtschaftlich betrachtet wird die dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einem deutlichen Rückgang der Übertragungen von GmbH-Mänteln führen. Ähnlich wie beim Erwerb von Vorratsgesellschaften wird diese Form der Anteilsübertragung häufig gewählt, weil der Erwerber den Aufwand und die längere Zeitdauer einer GmbH-Neugründung scheut. Die Mantelverwendung schien vielen Beteiligten bislang der effizientere und kostengünstigere Weg zu sein.

Aufgrund der Haftungsgefahren, zu denen die aktuelle BGH-Rechtsprechung führt, wird der Erwerb von GmbH-Mänteln in den Augen vieler potenzieller Unternehmensgründer deutlich an Attraktivität verlieren. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zu „Überseering“¹² und „Inspire Art“¹³, wonach im EU-Ausland wirksam gegründeten Gesellschaften weder bei der Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit abgesprochen werden kann noch die nationalen Rechtsordnungen besondere Gläubigerschutzregelungen im Hinblick auf Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften vorsehen dürfen. Zumindest kurzfristig dürften manche Unternehmensgründer daher auch verstärkt auf ausländische Unternehmensformen ausweichen.

Andererseits darf nicht übersehen werden, dass eine zuverlässige registergerichtliche Kontrolle von Unternehmensgründungen, ob nun als tatsächliche rechtliche oder eben als wirtschaftliche Neugründungen, für einen funktionierenden marktwirtschaftlichen Geschäftsverkehr von überragender Bedeutung ist.¹⁴ Insbesondere trägt die Rechtsprechung des BGH auch zur Sensibilisierung der Erwerber von GmbH-Mänteln bei, die sich in Zukunft der ökonomischen Risiken des von ihnen angestrebten Anteilerwerbs sicher deutlicher als bislang bewusst sein werden.

Notarassessor Tobias Fembacher, München

Beurkundungs- und Notarrecht

13. BNotO § 15; BeurkG § 53 (*Verhältnis von Umschreibungssperre und materiell-rechtlich möglicherweise unzulässiger Vorleistungspflicht*)

Eine übereinstimmende Weisung der Beteiligten, den Urkundsvollzug erst nach Kaufpreiszahlung zu betreiben, bindet den Notar auch dann, wenn sie materiell-rechtlich unwirksam sein sollte, dies aber nicht offensichtlich ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG München I, Beschluss vom 31.3.2003, 13 T 2418/03, 13 T 2419/03; mitgeteilt von Notar Dr. Wolfram Eckhardt, München

Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob der Notar den Beschwerdeführern zu Recht den Vollzug einer Urkunde verweigert hat. Mit notarieller Urkunde vom 21.10.1998 kaufte die Beschwerdeführerin zu 1) vom Beteiligten zu 3) (Verkäufer) eine noch fertig zu stellende Eigentumswohnung für 288.645 DM. Mit notarieller Urkunde vom gleichen Tag kaufte der Beschwerdeführer zu 2) vom Beteiligten zu 3) eine noch fertig zu stellende Eigentumswohnung für 471.425 DM im selben Anwesen. In beiden Urkunden wurde die Auflassung erklärt und zusätzlich jeweils unter Abschnitt I. 3. vereinbart: „Der Notar wird angewiesen, die Eigentumsumschreibung erst zu beantragen, wenn ihm die vollständige Kaufpreiszahlung (jedoch ohne etwaige Zinsen) nachgewiesen ist.“

In beiden Wohnungen wurden von den Beschwerdeführern Baumängel festgestellt. Sie beliefen sich bei der Beschwerdeführerin zu 1) auf 18.954,45 DM und beim Beschwerdeführer zu 2) auf 18.248,48 DM. Die Beschwerdeführer forderten den Verkäufer in mehreren Schreiben zur Mängelbeseitigung auf. Dies wurde aber vom Verkäufer unter Hinweis auf sein Zurückbehaltungsrecht wegen bislang nicht bezahlter Restbeträge auf die notariell vereinbarten Kaufpreissummen verweigert. Auf den vereinbarten Kaufpreis hat die Beschwerdeführerin zu 1) bislang einen Betrag von 278.297,20 DM bezahlt, so dass noch ein Betrag von 10.347 DM aussteht. Der Beschwerdeführer zu 2) hat einen Betrag von 467.546,04 DM geleistet, so dass noch ein Betrag von 3877,96 DM aussteht.

Gegen die Weigerung des Notars, die Eigentumsumschreibung zu beantragen, legten die Beschwerdeführer Beschwerde ein und begründeten diese damit, dass der Verkäufer zur Leistungsverweigerung nach Treu und Glauben nicht berechtigt sei, weil die noch ausstehende Restvergütung verhältnismäßig geringfügig sei. Zudem sei die Klausel I. 3. der Kaufvertragsurkunden wegen Verstoßes gegen das AGBG unwirksam. Der Notar hatte Gelegenheit zur Stellungnahme zur Beschwerde und führte aus, er sei an den Wortlaut der Weisung gebunden. Die volle Kaufpreiszahlung sei ihm gegenüber nie behauptet worden. Die Begründetheit eines Minderungsverlangens könne er nicht prüfen, da er keine quasi-richterliche Würdigung vornehmen könne. Selbst wenn die materielle Vollzugssperrenklausel gegen das AGB-Gesetz verstoßen sollte, würde dies die verfahrensmäßige Anweisung nicht beeinflussen, die insoweit gültig bleibe.

Aus den Gründen:

(...)

2. Die Beschwerden sind jedoch nicht begründet, weil der Notar den Antrag auf Eigentumsumschreibung nicht ohne ausreichenden Grund im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO verweigerte.

a) Nach § 53 BeurkG hat ein Notar eine Urkunde mit Vollzugsreife beim Grundbuchamt einzureichen. Dies gilt allerdings nicht, wenn „alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen“.

Zur Sicherung der Kaufpreiszahlung können die Parteien einen Notar anweisen, die Urkunde erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung zum Vollzug einzureichen. An eine derartige Weisung ist der Notar gebunden (vgl. *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 53 Rdnr. 20). Damit wird die gesetzlich normierte Amtspflicht zur Vollzugstätigkeit aus § 53 BeurkG

¹² Z. B. BB 2002, 2402 ff.

¹³ Z. B. BB 2003, 2195 ff.

¹⁴ Darauf weist zu Recht *Krafka*, ZGR 2003, 577, 578, hin, der von einem „effektiv funktionierenden Registerwesen“ als „tragende Säule des Rechtssystems einer modernen Wirtschaftsordnung“ spricht.

nach Maßgabe der Weisung hinausgeschoben. Die Beachtung der gemeinsam erteilten Weisung stellt ebenfalls eine Amtspflicht des Notars dar.

Sofern ein Notar entsprechend einer erteilten Weisung handelt, erfolgt die Weigerung, eine Urkunde zum grundbuchamtlichen Vollzug vorzulegen, mit ausreichendem Grund im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO.

Der Notar darf jedoch eine von den Vertragsparteien erteilte Weisung auf einseitiges Verlangen eines Vertragsteils unbeachtet lassen, wenn die Weisung offensichtlich unwirksam ist (BayObLG, MittBayNot 2002, 521, 522).

b) Diese Grundsätze bedeuten im vorliegenden Fall:

Es ist unstreitig, dass die Beschwerdeführer den jeweiligen Kaufpreis noch nicht in voller Höhe bezahlt haben.

i) Die Weigerung des Notars, die Urkunde zum Vollzug vorzulegen, entspricht der erteilten Weisung, da eine Zahlung des vollständigen Kaufpreises bislang nicht erfolgt ist. Die Beschwerdeführer tragen vor, der Verkäufer könne sich gemäß § 320 Abs. 2 BGB nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen und sei daher – so legt die Kammer den Vortrag aus – verpflichtet, der Vorlage der Auflassung durch den Notar beim Grundbuchamt zuzustimmen. Ob und inwieweit sich der Verkäufer auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen kann, ist allerdings im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. Dem Notar ist es aufgrund der vorliegenden Weisung untersagt, den grundbuchamtlichen Vollzug zu beantragen, sofern Restbeträge des Kaufpreises noch nicht bezahlt sind. Es ist nicht Aufgabe des Notars, im Rahmen seiner Vollzugspflicht zu klären, ob aufgrund möglicher Baumängel die Beschwerdeführer zur Minderung des Kaufpreises berechtigt sind. Da der Verkäufer behauptet, die Mängel seien teilweise behoben, und damit das Vorliegen von Mängeln zum Teil bestreitet (...), müsste der Notar zur Prüfung der Berechtigung der Ansprüche der Beschwerdeführer Beweis erheben. Dies ist dem Notar nicht möglich. Die Klärung dieser Frage ist dem Streitgericht vorbehalten.

ii) Trotz der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.6.2001 (NJW 2002, 140, 141) ist die vorliegende Weisung an den Notar nicht offensichtlich unwirksam. Sie muss daher vom Notar beachtet werden.

Im vorliegenden Fall ist nicht evident, dass es sich bei der Klausel überhaupt um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Über eine Mehrverwendungsabsicht des Verkäufers ist nichts bekannt. Es kann sich auch um eine Standardklausel des Notars handeln, die nicht auf Verlangen des Verkäufers in den Vertrag aufgenommen worden ist, so dass sie nicht als Klausel Allgemeiner Geschäftsbedingungen angesehen werden kann. Zudem führte der BGH in der angeführten Entscheidung aus, dass eine Vorleistungspflicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann wirksam ist, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, der auch bei der Abwägung mit den hierdurch für den Erwerber entstehenden Nachteilen Bestand hat. Hieraus ergibt sich, dass die Wirksamkeit der Klausel nach den Gesamtumständen des Einzelfalls zu beurteilen ist. Die hieraus sich ergebende Notwendigkeit der Abwägung im Einzelfall führt dazu, dass für den Notar die etwaige Unwirksamkeit der hier erteilten Weisung nicht offensichtlich (BayObLG, MittBayNot 2002, 521, 522) ist.

Der Notar war demnach berechtigt, den Vollzug der Urkunden zu verweigern.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beschluss des LG Bonn vom 14.2.2002, 4 T 801/01 (MittBayNot 2002, 411).

14. BeurkG § 13 a Abs. 1 (*Keine Beweislastveränderung bei fehlendem Vermerk über Verweisung auf andere notarielle Niederschrift*)

a) **Wird in der Niederschrift auf eine andere notarielle Niederschrift verwiesen, die nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen errichtet worden ist, so liegt, wenn diese Niederschrift nicht verlesen worden ist, eine wirksame Beurkundung nur vor, wenn die Beteiligten erklärt haben, dass ihnen der Inhalt der anderen Niederschrift bekannt ist und dass sie auf das Verlesen verzichten. Fehlt entgegen § 13 a Abs. 1 Satz 2 BeurkG in der Niederschrift die Feststellung, dass diese Erklärungen abgegeben wurden, so steht dies der Wirksamkeit nicht entgegen.**

b) **Fehlt in der Niederschrift die Feststellung nach § 13 a Abs. 1 Satz 2 BeurkG, so hat dies auf die allgemeinen Grundsätze über die Darlegungs- und Beweislast in einem Rechtsstreit zwischen den beteiligten Vertragsparteien keinen Einfluss.**

BGH, Urt. v. 18.7.2003, V ZR 431/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit Vertrag vom 18.8.1999, der von dem Streithelfer der Beklagten beurkundet wurde, kauften die Klägerin und ihr Ehemann von der Beklagten eine Teileigentumseinheit in einem Geschäftshaus in U. zum Preis von 575.000 DM. Das Geschäftshaus bedurfte zunächst der Sanierung und teilweisen Neuerrichtung. Die Beklagte verpflichtete sich, die dazu erforderlichen Arbeiten gemäß einer von dem Streithelfer zuvor anderweit beurkundeten Baubeschreibung zu erstellen. Die Begründung von Wohn- und Teileigentum sollte auf der Grundlage einer ebenfalls bereits beurkundeten Teilungserklärung nebst Nachträgen erfolgen. In dem Kaufvertrag heißt es u. a.: „Auf Baubeschreibung und Teilungserklärung samt Nachträgen hierzu wird unter Verzicht auf nochmaliges Vorlesen und Beifügen zur heutigen Niederschrift verwiesen. Diese Urkunden werden also zum Inhalt der heutigen Niederschrift gemacht.“

Die Klägerin, die sich etwaige Ansprüche ihres Ehemannes hat abtreten lassen, verlangt die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Sie hat dazu u. a. behauptet, dass sie und ihr Mann bei der Beurkundung nicht erklärt hätten, dass ihnen der Inhalt der in Bezug genommenen notariellen Urkunden über die Baubeschreibung und die Teilungserklärungen bekannt seien. Infolgedessen fehle es an einer wirksamen Beurkundung. Ferner hat sie Mängel des Kaufgegenstands geltend gemacht. Ihrer auf Rückzahlung des Teilkaufpreises von 512.047,41 DM nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Erteilung von Löschungsbevollmächtigungen hinsichtlich Auflassungsvormerkung und eingetragener Grundschuld, gerichteten Klage haben Land- und Oberlandesgericht stattgegeben. Mit der – zugelassenen – Revision erstrebt der Streithelfer der Beklagten weiterhin die Klageabweisung.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält den notariellen Vertrag für formunwirksam, da er nicht entsprechend den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes beurkundet worden sei. Die schlichte Bezugnahme auf die Baubeschreibung und die Teilungserklärung genügten nicht den Anforderungen des § 13 a Abs. 1 BeurkG. Eine, im konkreten Fall unterbliebene, Verlesung dieser früheren notariellen Urkunden sei nur entbehrlich gewesen, wenn die Beteiligten erklärt hätten, dass ihnen deren Inhalt bekannt sei und sie auf das Vorlesen verzichteten. Ob eine solche Erklärung abgegeben worden sei, sei nicht festzustellen. Dies gehe zu Lasten der Beklagten. Zwar müsse an sich die Klägerin die Tatbestandsvoraussetzungen für den bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch, mithin auch das Fehlen des Rechtsgrundes, darlegen und beweisen. Bei

einem hier vorliegenden Verstoß gegen die Sollvorschrift des § 13 a Abs. 1 Satz 2 BeurkG komme der Klägerin aber eine Beweislastumkehr zugute. Wegen der Schutzfunktion des Beurkundungsverfahrens könne aus dem Schweigen der Niederschrift darüber, ob die Parteien erklärt haben, den Inhalt der in Bezug genommenen notariellen Urkunden zu kennen, darauf geschlossen werden, dass solche Erklärungen auch nicht abgegeben worden seien. Das Gegenteil müsse der beweisen, der behaupte, die Erklärungen seien gleichwohl erfolgt.

II.

Dies hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

Der auf § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB gestützte Rückzahlungsanspruch ist nicht begründet, da die Klägerin nicht den ihr obliegenden Beweis dafür erbracht hat, dass der Zahlung auf den Kaufpreis der Rechtsgrund fehlt, weil der Vertrag vom 18.8.1999 formunwirksam und damit nichtig ist.

1. Bei Grundstücksgeschäften wie hier unterliegen dem Beurkundungserfordernis nach § 313 Satz 1 BGB a. F. alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragsparteien das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt (Senat, BGHZ 63, 359; BGH, Urt. v. 12.2.1981, VII ZR 230/80, WM 1981, 491; st. Rspr.). Da die Parteien im vorliegenden Fall die Baubeschreibung und die Teilungserklärungen zum Inhalt ihrer vertraglichen Vereinbarungen gemacht haben, ist das Berufungsgericht daher zu Recht davon ausgegangen, dass diese Bestandteile des Rechtsgeschäfts mitzubeurkunden waren.

2. Zutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass von einer wirksamen Beurkundung dieser Vertragsbestandteile nur ausgegangen werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG erfüllt sind, wenn also die bereits vorher beurkundeten Erklärungen, nämlich die Baubeschreibung und die Teilungserklärung mit Nachträgen, zwar nicht vorgelesen worden sind, die Beteiligten aber erklärt haben, dass ihnen der Inhalt der anderen Niederschriften bekannt sei und dass sie auf das Vorlesen verzichteten. Dass die Urkunde entgegen § 13 a Abs. 1 Satz 2 BeurkG keine Feststellungen hinsichtlich der nach Satz 1 der Norm erforderlichen Erklärungen enthält, stünde einer wirksamen Beurkundung nicht entgegen. Es handelt sich insoweit um eine Sollvorschrift. Entscheidend ist, ob die Parteien die Erklärungen abgegeben haben (Winkler, BeurkG, 15. Aufl., § 13 a Rdnr. 48, 75 m. w. N.). Haben sie dies nicht, so ist die Beurkundung unwirksam, und der Vertrag mangelt der vorgeschriebenen Form mit der Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB (BGH, Beschl. v. 29.1.1992, VIII ZR 95/91, WM 1992, 670).

3. Nach dem von dem Revisionsgericht zugrunde zu legenden Beweisergebnis steht weder fest, dass die Parteien die nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG erforderlichen Erklärungen abgegeben haben, noch dass sie sie nicht abgegeben haben. Soweit die Revisionserwidmung demgegenüber meint, es sei im Laufe des Prozesses unstreitig geworden, dass jedenfalls die Klägerin im Beurkundungstermin nicht erklärt hat, die in Bezug genommenen Urkunden zu kennen, stehen dem die für den Senat bindenden tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts entgegen (§§ 559 Abs. 1, 314 ZPO). Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt daher hinsichtlich des geltend gemachten Bereicherungsanspruchs davon ab, wer die Beweislast für das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Erklärungen trägt. Dies ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht die Beklagte, sondern die Klägerin.

a) Das Berufungsgericht verkennt an sich nicht, dass grundsätzlich der Kläger, der eine Leistung unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordert, den Beweis dafür zu führen hat, dass der Rechtsgrund fehlt (BGHZ 128, 167, 171; BGH, Urt. v. 9.6.1992, VI ZR 215/91, BGHR BGB § 812 Abs. 1 Satz 1 Beweislast 3 m. w. N.). Danach obliegt vorliegend der Klägerin der Beweis dafür, dass der Kaufvertrag der erforderlichen Form mangelt, weil er nicht ordnungsgemäß beurkundet worden ist.

An diesem Grundsatz sind – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – auch nicht deswegen Zweifel angebracht, weil diese Beweislastverteilung zu unterschiedlichen Ergebnissen führe, je nachdem, ob die eine erbrachte Leistung zurückfordernde Partei die Unwirksamkeit des Vertrages geltend mache oder die die Leistung fordernde Partei die Wirksamkeit. Denn dies ist keine Besonderheit, die sich nur im Zusammenhang mit der Frage stellt, ob eine Beurkundung den Anforderungen des § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG genügt. Vielmehr ergeben sich diese Unterschiede bei der Beweislast stets, wenn um die Wirksamkeit eines Vertrages gestritten wird und die eine Seite eine bereits erbrachte Leistung zurückfordert und die andere Seite den noch ausstehenden Teil einklagt. Es ist unbestritten und sachlich auch gerechtfertigt, dass die Bereicherungsklage nur Erfolg hat, wenn der Kläger das Fehlen des Rechtsgrundes, also die Unwirksamkeit des Vertrags, beweist, und der Vertragserfüllungsklage nur stattgegeben werden kann, wenn das Bestehen des Vertrags erwiesen ist.

b) Für die Klägerin streitet auch nicht die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen notariellen Urkunde. Diese Vermutung steht im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Beurkundungserfordernis und dessen Reichweite (Senat, Urt. v. 1.2.1985, V ZR 180/83, WM 1985, 699). Sie erstreckt sich auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt und die daher auch dem Beurkundungserfordernis unterliegen. Sie erfasst damit nicht solche Erklärungen der Parteien, die nicht zu den Vereinbarungen zählen und folglich auch nicht der Beurkundung bedürfen (Senat, a. a. O.). So verhält es sich hier. Die Erklärung der Parteien, den Inhalt in Bezug genomener Urkunden zu kennen und auf deren Vorlesung zu verzichten, ist nicht Bestandteil der Einigung im Sinne des Veräußerungsgeschäftes. Sie bedurfte daher nicht der Beurkundung nach § 313 Satz 1 BGB a. F. Auch das Beurkundungsgesetz hat den Vermerk über die Abgabe dieser Erklärungen nicht zum Wirksamkeitserfordernis erhoben und die Aufnahme in die Niederschrift nur als Sollvorschrift ausgestaltet (§ 13 a Abs. 1 Satz 2 BeurkG).

c) Nicht weiterführend für den konkreten Fall sind auch die Überlegungen, die das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Beweiserleichterungen bei unvollständiger ärztlicher Dokumentation angestellt hat. Es mag sein, dass die hinter dieser Rechtsprechung stehenden Erwägungen in gleicher Weise für einen Prozess gegen einen Notar gelten, der wegen nicht wirksamer Beurkundung (Fehlen der Erklärungen nach § 13 a Abs. 1 BeurkG) in Anspruch genommen wird. Macht der Notar demgegenüber geltend, die Erklärungen seien abgegeben worden, er habe dies nur entgegen § 13 a Abs. 1 Satz 2 BeurkG nicht in die Niederschrift aufgenommen, so kann es gerechtfertigt sein, ihm im Hinblick auf die ihm als Amtspflicht obliegende (Winkler, a. a. O., § 13 a Rdnr. 75; Senat, Urt. v. 25.5.1984, V ZR 13/83, NJW 1985, 2077), von ihm aber unterlassene Dokumentation die Beweislast für das Vorliegen der beurkundungsrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen aufzuerlegen (so im Ergebnis Winkler, a. a. O., § 13 a Rdnr. 75).

Solche Erwägungen tragen aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Umkehrung der Beweislast auch im Verhältnis zu der an sich nicht beweisbelasteten Partei. Diese hat auf die Beachtung der Wirksamkeitserfordernisse und deren Niederlegung in der Urkunde nicht mehr Einfluss als die andere Vertragspartei. Es liegt daher fern, sie deswegen mit beweisrechtlichen Nachteilen zu belasten, weil der Notar Sollvorschriften verletzt hat, bei deren Beachtung der Nachweis der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Beurkundung ohne Schwierigkeiten möglich gewesen wäre. Etwas anderes folgt auch nicht aus der von dem Berufungsgericht für seine Auffassung herangezogenen Senatsentscheidung BGHZ 142, 84, die – worauf die Revision zu Recht hinweist – zu dem vorliegenden Sachproblem keine Aussage enthält.

d) Soweit das Beurkundungsgesetz in § 13 Abs. 1 Satz 3 selbst eine Vermutung aufstellt, wonach aus der eigenhändigen Unterschrift der Beteiligten der Schluss darauf gerechtfertigt ist, dass die Niederschrift ordnungsgemäß vorgelesen, gegebenenfalls zur Durchsicht vorgelegt und genehmigt wurde, so lassen sich daraus für den vorliegenden Fall ebenfalls keine Folgerungen herleiten. Die Norm ist auf ihren unmittelbaren Anwendungsbereich beschränkt (zur erweiternden Auslegung vgl. Senat, Urt. v. 28.1.1994, V ZR 131/92, NJW 1994, 1288) und scheidet als Grundlage für eine Vermutung dahin, dass eine nicht vermerkte Erklärung nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG auch nicht abgegeben wurde, aus, lässt im Übrigen auch nicht den gegenteiligen Schluss zu, dass die Bezugsurkunde vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt wurde (Winkler, a. a. O., § 13 a Rdnr. 51).

e) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung rechtfertigt das „Regel-Ausnahme-Prinzip“ keine Umkehr der Beweislast.

Zweifelhaft ist schon, ob die Vorlesungspflicht nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG inhaltlich die Regel und das Absehen hiervon unter den Voraussetzungen des § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG die Ausnahme darstellt (so allerdings *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, § 13 a BeurkG Rdnr. 1). Zwar ist es grundsätzlich so, dass die Niederschrift über das Vereinbarte zu verlesen ist und dass dies – bis zu der Einfügung des § 13 a BeurkG durch das Beurkundungs-Änderungsgesetz vom 20.2.1980 (BGBl I, 157) – nach der seinerzeit geänderten Rechtsprechung des Senats auch für in Bezug genommene notarielle Urkunden galt (Urt. v. 23.2.1979, V ZR 99/77, NJW 1979, 1495; Urt. v. 27.4.1979, V ZR 175/77, NJW 1979, 1498). Daher könnte § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG als Ausnahme von diesem Grundsatz begriffen werden. Andererseits kann die Vorschrift auch als eigenständige Regelung aufgefasst werden, die den Besonderheiten des typisierten Grundstücksverkehrs mit seinen aufeinander aufbauenden Vertragswerken (Bauträgerverträge, WEG-Teilungserklärungen, Hausverwalterverträge u. a.) Rechnung trägt und eine Verweisung auf andere notarielle Urkunden unter bestimmten Voraussetzungen gerade auch im Interesse der Vertragsparteien zulässt, die durch eine ansonsten die Grenzen der Aufnahmefähigkeit überschreitende und vom Wesentlichen ablenkende langandauernde Verlesung überfordert werden könnten (vgl. *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl., § 13 a Rdnr. 2).

Jedenfalls kann aber von einem die Beweislast verteilenden Regel-Ausnahme-Verhältnis nur ausgegangen werden, wenn dies im Gesetz, ausdrücklich oder durch Auslegung gewonnen (vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., S. 671), zum Ausdruck gekommen ist, wenn – wie zum Teil auch formuliert wird – die beiden Tatbestände als Norm und Gegenorm erscheinen (vgl. *Rosenberg*, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 119 ff., 124 ff.; *Leipold*, Beweislastregeln

und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 53 ff.; *MünchKomm-ZPO/Prütting*, 2. Aufl., § 286 Rdnr. 112, 113). Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Die sprachliche Fassung des § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG lässt nicht erkennen, dass der Gesetzgeber diese Regelung als Ausnahme von der in § 13 Abs. 1 BeurkG statuierten Vorlesungspflicht verstanden wissen wollte. Es fehlen die hierfür typischen Wendungen wie „dies gilt nicht“, „die Vorschrift ist nicht anzuwenden, wenn“, „es sei denn“ oder ähnl. (vgl. *MünchKomm-ZPO/Prütting*, a. a. O., Rdnr. 112). Ein solches Verständnis drängt sich auch nicht aus Sachgründen auf. Die Norm regelt, wie zu verfahren ist, wenn auf notarielle Urkunden verwiesen wird und deren Verlesung erspart werden soll. Dabei gibt es keine Sachgründe, unabhängig von Anspruchsnormen, bei denen es auf die Wirksamkeit der Beurkundung ankommt, die Beweislast zu verteilen. Weder spricht die Wahrscheinlichkeit als Grundlage für ein Regel-Ausnahme-Verhältnis (vgl. *Leipold*, a. a. O., S. 56) dafür, dass alles zu verlesen ist, die Bezugnahme demgegenüber der Ausnahmefall ist, noch steht einer der Beteiligten der zu beweisenden Tatsache näher. Dass der Notar die Förmlichkeiten beachtet hat, ist für beide Vertragspartner gleich wahrscheinlich oder zufällig und von dem einen nicht eher beeinflussbar als von dem anderen.

Soweit das Berufungsgericht auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis hinsichtlich der Beachtung der Sollvorschrift des § 13 a Abs. 1 Satz 2 BeurkG durch den Notar abstellt, verkennt es, dass der Gesetzgeber hier kein Verhältnis von Regel und Ausnahme begründet hat, sondern lediglich dem Notar aufgegeben hat, in jedem Fall in der Niederschrift festzuhalten, dass die Parteien die Erklärungen nach Abs. 1 Satz 1 der Norm abgegeben haben. Was dem Berufungsgericht möglicherweise vorgeschwebt hat und worauf auch die Revisionserwiderung die Entscheidung stützen möchte, ist die Überlegung, dass der Notar im Regelfall die Sollvorschrift beachten wird, so dass bei einem Fehlen des Vermerks angenommen werden könne, die Parteien hätten auch nichts erklärt. Dieser Schluss ist aber ebenfalls nicht gerechtfertigt. Da der Gesichtspunkt der Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Urkunde nicht trägt (s. o.), ließe er sich nur auf einen Lebenserfahrungssatz stützen, dass nämlich Notare im Allgemeinen die ihnen auferlegten Pflichten beachten. Abgesehen davon, dass dies nicht zu einer Umkehr der Beweislast, sondern nur zu einem im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigenden Anscheinsbeweis führte (vgl. nur *MünchKomm-ZPO/Prütting*, a. a. O., Rdnr. 51 ff.), gibt es aber auch keinen Erfahrungssatz dieses Inhalts, wie wiederum das Berufungsgericht selbst nicht verkannt hat. Es ist wahrscheinlicher, dass ein Notar das Gesetz beachtet, als dass er dagegen verstößt. Es besteht aber nicht ein solcher Grad der Wahrscheinlichkeit, dass hierauf eine richterliche Überzeugung gegründet werden könnte.

f) Schließlich lassen sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch aus der Schutzfunktion des Beurkundungsverfahrens keine Gründe für eine Beweislastumkehr herleiten. Die Sollvorschrift des § 13 a Abs. 1 Satz 2 BeurkG bezweckt den Schutz aller am Beurkundungsverfahren Beteiligten. Aus dem Schweigen der Niederschrift über eine Abgabe der Erklärungen nach Abs. 1 Satz 1 der Vorschrift können vor dem Hintergrund des Schutzgedankens keine Schlussfolgerungen für die Beweislast gezogen werden. Es ist nicht gerechtfertigt, wegen des Schutzzwecks, den Beteiligten die Bedeutung der Bezugnahme vor Augen zu führen, demjenigen eine Umkehr der Beweislast zugute kommen zu lassen, der sich auf das Fehlen der nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG erforderlichen Erklärung beruft. Er ist nicht schutzwürdiger als sein Vertragspartner, der behauptet, die Erklärung sei abgegeben worden. Eine angemessene Beweislastverteilung ist

nur unter Berücksichtigung des jeweils geltend gemachten Anspruchs oder Gegenrechts möglich. Nur als Tatbestandsvoraussetzung für den Anspruch oder den ihm entgegengesetzten Einwand gewinnt die Behauptung, das Wirksamkeitserfordernis für die Inbezugnahme einer fremden notariellen Urkunde fehle, Konturen, an denen sich Beweislastregeln orientieren können. Danach trägt die Klägerin als diejenige, die das Fehlen des Rechtsgrundes für die erbrachte Leistung zu beweisen hat, die Nachteile des non liquet im Hinblick auf die Frage, ob der Vertrag ordnungsgemäß beurkundet worden ist oder nicht.

15. BNotO § 15; BeurkG § 54 c (*Kein einseitiger Widerruf bei Verwahrung von Grundschuldbriefen im Interesse mehrerer Beteiligten*)

Zur entsprechenden Anwendung des § 54 c Abs. 3 BeurkG auf vom Notar verwahrte Grundschuldbriefe, wenn der Grundschuldgläubiger die Grundschulden samt Anspruch auf Herausgabe der Grundschuldbriefe an einen Dritten abgetreten hat und später der Herausgabe an den Dritten mit der Begründung widerspricht, die Abtretung sei unwirksam oder rückabzuwickeln.

BayObLG, Beschluss vom 14.8.2003, 1Z BR 46/03, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Mit Urkunde des Notars B. vom 23.2.2001 haben die Beteiligten zu 1 und 2 für sich selbst als Eigentümer drei Briefgrundschulden zu 600.000 DM, 600.000 DM und 200.000 DM bestellt. Nach Grundbuchvollzug wurden die entsprechenden Grundschuldbriefe dem Notar übersandt. Zu Urkunde des Notars A. vom 10.9.2001 traten die im ersten Absatz der Urkunde namentlich genannten Beteiligten zu 1 und 2 mit der Formulierung „Wir, die Eigentümer (Gläubiger)“ die drei Briefgrundschulden an die Firma F. ab, einschließlich der Ansprüche auf Herausgabe der Grundschuldbriefe gegen den Notar B., „um dadurch die Übergabe der Briefgrundschulden zu ersetzen“. Die Erklärung ist von der Beteiligten zu 1 unterzeichnet und von Notar A. beglaubigt. Sodann heißt es vor Siegel und Unterschrift des Notars: „(Beteiligte zu 1) erklärte, nicht nur im eigenen Namen zu handeln, sondern auch als ... vollmachtlose Vertreterin für (Beteiligte zu 2), deren Genehmigung ausdrücklich vorbehaltend ...“.

Zu Urkunde des Notars A. vom 23.11.2001 schlossen die Beteiligten zu 1 und 2, letztere ohne Vollmacht vertreten durch die erschienene Beteiligte zu 1, die zugleich einen Herrn X. vertrat, sowie die Firma F. eine Verwertungsvereinbarung ab. Darin heißt es auszugsweise: „Mit diesamtlicher Urkunde ... vom 10.9.2001 haben (Beteiligte zu 2) und (Beteiligte zu 1) die ... Eigentümergrundschulden ... und auch alle sonstigen, in den Grundschuldbestellungsurkunden des Notars B. ... für sie begründeten oder an sie abgetretenen weiteren Rechte und Ansprüche, insbesondere auch die Ansprüche auf Herausgabe der Grundschuldbriefe durch den Notar B., an die Firma F. vorbehaltlich der Genehmigung der Vertretenen (Beteiligte zu 2) an die (Firma F.) abgetreten. Die Vertretene (Beteiligte zu 2) genehmigt hiermit die für sie abgegebenen Erklärungen ausnahmslos. Die Erschienene (Beteiligte zu 1) und die Vertretene (Beteiligte zu 2) versichern, über die vorgenannten Eigentümergrundschulden seit Grundschuldbestellung nicht anderweit wirksam verfügt zu haben, sich insbesondere die Grundschuldbriefe seit Eintragung der Grundschulden im Besitz des Notars B. befinden, der die Grundschulden beurkundet und für die Eigentümer in Verwahrung genommen hat. Der Notar B. wird von der Erschienenen (Beteiligte zu 1) und der Vertretenen (Beteiligte zu 2) angewiesen, die Grundschuldbestellungsurkunden dem diesamtlichen Notar durch Übersendung auszuhändigen.“

Am 30.11.2001 genehmigte die Beteiligte zu 2 die in ihrem Namen in der vorbezeichneten Urkunde abgegebenen Erklärungen; die Unterschriftsbeglaubigung erfolgte durch Notar B. Anfang 2002 machte Notar A. gegenüber Notar B. den Herausgabeanspruch auf die drei Grundschuldbriefe für die Firma F. geltend.

Mit Schreiben vom 9.10.2002 wies die Beteiligte zu 1 Notar B. an, die Briefe nicht herauszugeben, da der Rücktritt von der Abtretung an die Firma F. erklärt worden sei. Demgegenüber machte die Firma F. die Herausgabe an Notar A. geltend. Die Voraussetzung für einen Rücktritt sei nicht gegeben. Vorgelegt wurde zugleich ein Schreiben der Firma K., mit dem zum 7.3.2002 ein Bauherrenwechsel betreffend die Bauvorhaben in C. bekannt gegeben wurde. Hierzu wird vortragen, dass eine befreiende Schuldübernahme durch die neue Bauherrin Firma G. nicht erfolgt sei, allenfalls könne von einem Schuldbeitritt ausgegangen werden.

Am 30.1.2003 erließ Notar B. an die Beteiligten und die Firma F. eine Aufklärungsverfügung. Mit Zwischenverfügung vom 5.3.2003 machte Notar B. die Herausgabe der Grundschuldbriefe an die Beteiligten zu 1 und 2 von mehreren Bedingungen abhängig. Die Wirksamkeit der Grundschuldbriefe an die Firma F. sei zu bejahen. Für die Herausgabe käme es nicht darauf an, ob die Grundschulden infolge Rücktritts den Beteiligten zustehe, weil ein Widerruf bei einer Verwahrung gemäß § 54 c BeurkG zu beachten sei, der analoge Anwendung finden müsse. Ob ein Rückabwicklungsanspruch bestehe, könne er nicht klären; die Vereinbarung vom 7.3.2002 sei hinsichtlich der Schuldbefreiung nicht eindeutig.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Beteiligten wies das Landgericht zurück. Hiergegen wenden sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit ihrem als „sofortige Beschwerde“ bezeichneten Rechtsmittel.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das Rechtsmittel ist als weitere Beschwerde zulässig (§ 15 Abs. 2 BNotO, §§ 27, 29 FGG); die Beschwerdebefugnis der Beteiligten zu 1 und 2 folgt aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde. Das Rechtsmittel ist aber nicht begründet. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO, § 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Gerichtliche Entscheidungen nach § 15 BNotO haben ausschließlich darüber zu befinden, ob die – gegebenenfalls durch Vorbescheid angekündigte – Handlungsweise des Notars pflichtwidrig ist. Hiervon ist das Landgericht zutreffend ausgegangen.

b) Keinen Anlass zu Beanstandungen gibt die rechtliche Würdigung des Landgerichts, dass die Beteiligten zu 1 und 2 zumindest nachträglich ihr Einverständnis mit der Verwahrung der Grundschuldbriefe durch Notar B. zum Ausdruck gebracht haben. Sie versichern in der Urkunde des Notars A. vom 23.11.2001 ausdrücklich, dass sich die Grundschuldbriefe seit Eintragung der Grundschulden im Besitz des Notars B. befänden, der die Grundschuldbriefe für die Eigentümer in Verwahrung genommen habe. Ferner weisen sie Notar B. an, die Grundschuldbestellungsurkunden dem Notar A. durch Übersendung auszuhändigen. Die Beteiligten sind somit ganz offensichtlich selbst von einem Verwahrungsverhältnis ausgegangen; sie berühren sich des Rechts, dem Notar insoweit Anweisungen erteilen zu können.

Der Umstand, dass die Beteiligten dem Notar keine ausdrückliche schriftliche Verwahrungsanweisung erteilt haben, steht jedenfalls der vom Landgericht vorgenommenen analogen Anwendung von Vorschriften des notariellen Verwahrungsrechts nicht entgegen. Es steht fest, dass Notar B. die Grundschuldbriefe in seiner Eigenschaft als Notar vom Grundbuchamt erhalten, in Verwahrung genommen und nach wie vor tatsächlich in Verwahrung hat. Als Amtsperson durfte er die Grundschuldbriefe in keinem Fall ohne weiteres herausgeben, wenn wie hier mehrere Anspruchsteller Herausgabe an sich

verlangen und der wahre Berechtigte vom Notar mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht festgestellt werden kann.

c) Zutreffend ist ferner die Würdigung des Landgerichts, dass die Beteiligte zu 1 in den Urkunden vom 10.9. und 23.11.2001 zugleich als vollmachtlose Vertreterin für die Beteiligte zu 2 gehandelt hat. Die Behauptung der weiteren Beschwerde, es sei „anerkannte Rechtsprechung“, dass ein Vertretungsverhältnis bei der Unterschrift oder in unmittelbarem Zusammenhang mit der Unterschrift stehen müsse, trifft nicht zu. Es ist im Gegenteil anerkannt, wie das Landgericht richtig gesehen hat, dass sich das Vertretungsverhältnis auch aus den Umständen ergeben kann (vgl. nur BGH, NJW 1995, 43, von der weiteren Beschwerde zu Unrecht für ihre gegenteilige Auffassung zitiert). Hier ergibt sich zweifelsfrei aus den Urkunden selbst, dass die Beteiligte zu 1 zugleich als vollmachtlose Vertreterin für die Beteiligte zu 2 gehandelt hat, was von dieser im Übrigen gar nicht in Abrede gestellt, sondern im Gegenteil ausdrücklich genehmigt wurde.

Ebenfalls zutreffend ist die Würdigung der Vorinstanzen, dass die Wirksamkeit der Abtretung nicht an der fehlenden Übergabe der Grundschriftbriefe scheitert, da die Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt wurde (§§ 1192, 1154 Abs. 1 Satz 1, § 1117 Abs. 1 Satz 2, § 931 BGB).

d) Zu Recht hat das Landgericht davon abgesehen, über die sonstigen von den Rechtsmittelführern geltend gemachten Unwirksamkeits- und Rücktrittsgründe zu entscheiden. Es steht den Beteiligten frei, insoweit eine Klärung durch die Gerichte der streitigen Zivilgerichtsbarkeit herbeizuführen. Das Landgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, dass jedenfalls dem Notar mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln eine Klärung nicht möglich war. Dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

e) Auch die Wertung der Vorinstanzen, dass eine der von § 54 c Abs. 3 BeurkG geregelten Interessenlage vergleichbare Situation bestand, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach dieser Vorschrift soll sich der Notar jeder Verfügung über das Verwahrungsgut enthalten, wenn der Widerruf einer Verwahrungsanweisung nicht durch alle Anweisenden erfolgt und darauf gestützt wird, dass das mit der Verwahrung durchzuführende Rechtsverhältnis aufgehoben, unwirksam oder rückabzuwickeln sei. Der Widerruf wird nach Satz 3 dieser Bestimmung unter anderem dann unbeachtlich, wenn eine spätere übereinstimmende Anweisung vorliegt oder der Widerrufende nicht innerhalb einer vom Notar festzusetzenden angemessenen Frist dem Notar nachweist, dass ein gerichtliches Verfahren zur Herbeiführung einer übereinstimmenden Anweisung rechthängig ist.

Im gegebenen Fall stützt sich die Firma F. darauf, dass die Beteiligten die Grundschriften einschließlich des Anspruchs auf Herausgabe der Grundschriftbriefe an sie abgetreten und Notar B. zur Herausgabe der Grundschriftbriefe an sie (bzw. an Notar A. für sie) angewiesen haben. Die Beteiligten haben diese Anweisung widerrufen und machen die Unwirksamkeit bzw. Rückabwicklung des gesamten Geschäfts geltend. Die Würdigung des Landgerichts, dass es keine Amtspflichtverletzung darstellt, wenn sich der Notar in dieser Situation für ein Vorgehen analog § 54 c Abs. 3 Satz 3 BeurkG entscheidet, wie geschehen, lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

Kostenrecht

16. BGB §§ 164, 179, FGG §§ 13 a Abs. 1 Satz 1, 20 a Abs. 2; KostO §§ 2 Nr. 1, 145 Abs. 3, 156 (*Kostenentscheidung nach Erledigung der Hauptsache im Notariatskostenbeschwerdeverfahren; Entwurfsgebühr*)

1. **Nach Erledigung einer Notariatskostenbeschwerde in der Hauptsache können die gerichtlichen Auslagen bei voraussichtlichem Erfolg der Beschwerde entsprechend § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO. a. F. bzw. § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO n. F. dem Notar auferlegt werden. Über die Erstattung außergerichtlicher Kosten ist gemäß § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG zu entscheiden.**
2. **Der Anfall der Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 3 KostO setzt voraus, dass dem Notar ein gegenüber dem Beurkundungsauftrag selbständiger Auftrag zur Aushändigung des Urkundsentwurfs erteilt worden ist.**
3. **Erfordert ein Makler im Namen eines Beteiligten der vorgesehenen Beurkundung vom Notar die Aushändigung des Entwurfs, setzt die Haftung des Beteiligten als Kostenschuldner das Bestehen einer auf das Erfordern des Entwurfs gerichteten Vollmacht voraus. Fehlt es daran und wird das Erfordern auch nicht nachträglich genehmigt, kommt eine Haftung des Maklers als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Betracht.**

KG, Beschluss vom 8.4.2003, 1 W 67/01; mitgeteilt von Richterin am KG Dr. *Beatrix Kasprik-Teperoglou*

Der Beschwerdeführer ist Immobilienmakler und war von der Erwerberin eines Grundstücks mit der Vermittlung des Weiterverkaufs des Grundstücks beauftragt worden. Nachdem er einen Kaufinteressenten gefunden hatte, erteilte er mit Telefaxschreiben vom 3.11.1998 dem Notar, der bereits den vorangegangenen Grundstückskaufvertrag mit der Verkäuferin beurkundet hatte, den Auftrag zur Fertigung des Kaufvertragsentwurfs „gemäß Auftrag des Kaufinteressenten“ unter Angabe der vorgesehenen Vertragsparteien und des wesentlichen Vertragsinhalts und bat um dessen Übersendung an sich und alle Beteiligten. Der Notar fertigte den Entwurf und sandte ihn an den Beschwerdeführer, die Verkäuferin und den Kaufinteressenten. Zu einer Vertragsbeurkundung kam es in der Folge jedoch nicht. Der Notar erteilte zunächst dem Kaufinteressenten eine Kostenberechnung über eine Entwurfsgebühr zuzüglich Nebenkosten, der jedoch deren Begleichung mit der Begründung verweigerte, er habe keinen Kaufvertragsentwurf bei ihm angefordert. Sodann nahm der Notar die Verkäuferin in Anspruch, die ebenfalls die Bezahlung mit dem Hinweis ablehnte, sie könne sich nicht erinnern, ihm den Auftrag für einen Vertragsentwurf erteilt zu haben. Schließlich erteilte er dem Beschwerdeführer die Kostenberechnung vom 12.4.2000. Dieser legte ihm dar, dass ihn der Kaufinteressent gebeten habe, einen Kaufvertragsentwurf zur Vorlage bei seiner finanzierenden Bank anfertigen zu lassen, woraufhin er nach Abgleichung der ihm von Verkäuferin und Käuferseite gemachten Vorgaben mit Schreiben vom 3.11.1998 den Auftrag erteilt habe. Da der Kaufinteressent weiterhin bestritt, den Beschwerdeführer zur Anforderung eines Entwurfs angewiesen zu haben, und der Notar seine Kostenberechnung gegen den Beschwerdeführer aufrechterhielt, legte dieser Beschwerde beim Landgericht ein. Nach Durchführung einer Beweisaufnahme hat der Notar seine Kostenberechnung gegen den Beschwerdeführer aufgehoben. Die Beteiligten haben daraufhin das Verfahren übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt und widerstreitende Kostenanträge gestellt. Das Landgericht hat sodann angeordnet, dass der Notar die dem Beschwerdeführer entstandenen außergerichtlichen Auslagen zu erstatten und die gerichtlichen Auslagen des Beschwerdeverfahrens zu tragen hat. Hiergegen richtet sich die – zugelassene – weitere Beschwerde des Notars.

Aus den Gründen:

(...)

II. Das Rechtsmittel des Notars, mit dem er sich gegen die isolierte Kostenentscheidung des Landgerichts wendet, ist als

(sofortige) weitere Beschwerde gemäß § 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 4 KostO in Verbindung mit §§ 20 a Abs. 2, 27 Abs. 2, 29 Abs. 2 FGG an sich statthaft, weil sie das Landgericht in der angefochtenen Beschwerdeentscheidung zugelassen hat (vgl. OLG Frankfurt a. M., MDR 1995, 1063; OLG Köln, OLGZ 1988, 295 und JurBüro 2002, 543; *Keidel/Zimmermann*, FGG, 15. Aufl., § 20 a Rdnr. 9, 19 a m. w. N.). Die Frage, ob die Zulassung der weiteren Beschwerde gegen eine isolierte Kostenentscheidung möglich ist (vom OLG Köln a. a. O. offen gelassen, zweifelnd *Hartmann*, Kostengesetze, 32. Aufl., § 156 KostO Rdnr. 50), ist zu bejahen, weil das Gesetz keine Einschränkung enthält und sich auch in einem erledigten Beschwerdeverfahren Fragen von grundsätzlicher Bedeutung ergeben können. Das Rechtsmittel ist auch sonst zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 KostO).

Das Rechtsmittel hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einem Rechtsfehler, auf den eine weitere Beschwerde mit Erfolg allein gestützt werden kann (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO i. V. m. §§ 546 f. ZPO).

Das Landgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass sich das Verfahren nach Einlegung der Beschwerde dadurch in der Hauptsache erledigt hat, dass der Notar seine Kostenberechnung vom 12.4.2000 in der berichtigten Fassung vom 13.7.2000 im Anschluss an die Zeugenvernehmung am 22.11.2000 aufgehoben hat. Der Beschwerdeführer hat der Hauptsachenerledigung in zulässiger Weise Rechnung getragen, indem er die Beschwerde auf den Kostenpunkt beschränkt hat. Das Landgericht hatte daher über die im Beschwerdeverfahren entstandenen Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeführers zu entscheiden; dem sich selbst vertretenden Notar sind erstattungsfähige Kosten ersichtlich nicht entstanden.

1. An Gerichtskosten sind lediglich gerichtliche Auslagen in Höhe der dem Zeugen gezahlten Zeugenentschädigung von 101 DM entstanden. Denn das Erstbeschwerdeverfahren ist gemäß § 156 Abs. 4 Satz 2 KostO a. F. (jetzt § 156 Abs. 5 Satz 1 KostO) gerichtsbührenfrei.

Das Landgericht hat die gerichtlichen Auslagen analog § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO a. F. (jetzt § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO) unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 91 a ZPO dem Notar im Hinblick darauf auferlegt, dass die Beschwerde ohne den Eintritt der Hauptsachenerledigung voraussichtlich Erfolg gehabt hätte. Damit hat es seine in der Entscheidung JurBüro 1983, 1247 vertretene Auffassung aufgegeben, dass eine gesetzliche Regelungslücke hinsichtlich der gerichtlichen Auslagen nicht bestünde, weil diese ohne eine gerichtliche Entscheidung unerhoben blieben (ebenso wohl *Rohs/Rohs*, KostO, 2. Aufl., § 156 Rdnr. 75; krit. bereits *Lappe*, Kost-Rechtspr. Nr. 134).

Die nunmehr vertretene Auffassung des Landgerichts trifft zu. Mit Recht geht es davon aus, dass die gerichtlichen Auslagen im Fall des Eintritts der Hauptsachenerledigung nicht unerhoben bleiben, sondern vom Kostenschuldner gemäß § 2 Nr. 1 KostO zu tragen sind. Denn er ist als Beschwerdeführer Veranlasser des Beschwerdeverfahrens und haftet daher als Antragsteller der Instanz (vgl. *Lappe*, a. a. O.; s. a. OLG Köln, OLGZ 1987, 407/408; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl., § 156 Rdnr. 110 f.). Bei seiner alleinigen Haftung bleibt es, wenn seine Beschwerde zurückgewiesen wird. Hat sie dagegen Erfolg, können die gerichtlichen Auslagen gemäß § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO a. F. (bzw. § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO n. F.) ganz oder teilweise dem Notar auferlegt werden,

wobei die vom Gericht zu treffende Entscheidung im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu erfolgen hat (vgl. *Hartmann*, a. a. O., Rdnr. 41). Er haftet dann als Entscheidungsschuldner gemäß § 3 Nr. 1 KostO, und zwar gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 KostO als Gesamtschuldner neben dem Kostenschuldner (vgl. *Hartmann*, a. a. O., § 3 Rdnr. 3).

Für den Fall des Eintritts der Hauptsachenerledigung fehlt es demgegenüber an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, was in den Fällen unbillig erscheint, in denen die Beschwerde voraussichtlich erfolgreich gewesen wäre. Dieser Gesichtspunkt könnte jedoch bei einer entsprechenden Anwendung des § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO a. F. (bzw. § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO n. F.) und der Grundsätze des § 91 a ZPO berücksichtigt werden (ebenso *Lappe*, a. a. O. und in *Korintenberg/Lappe*, a. a. O., § 3 Rdnr. 2 a; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a. a. O., § 156 Rdnr. 110). Vom Bestehen einer gesetzlichen Regelungslücke ist schon im Hinblick darauf auszugehen, dass der Fall des Eintritts der Hauptsachenerledigung ohnehin im FGG keine gesetzliche Regelung erfahren hat.

Die Berücksichtigung des voraussichtlichen Ausgangs des Beschwerdeverfahrens entspricht zudem den allgemein und auch vom Senat in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen zur Kostenentscheidung nach Hauptsachenerledigung während des Verfahrens der (weiteren) Beschwerde. Danach hängt die Pflicht des Beschwerdeführers zur Tragung der Gerichtskosten nach § 2 Nr. 1 KostO davon ab, ob seine (weitere) Beschwerde Erfolg gehabt hätte, wenn sich die Hauptsache nicht erledigt hätte (vgl. Senat, KG-Report 2003, 67/68; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1375; OLG Hamm, NJW-RR 2000, 1022, jew. m. w. N.). Entsprechendes muss für den Fall des Eintritts der Hauptsachenerledigung während des Erstbeschwerdeverfahrens gelten.

Das Landgericht hat somit den bei Nichteintritt der Hauptsachenerledigung zu erwartenden Ausgang des Beschwerdeverfahrens mit Recht für die gerichtliche Auslagenentscheidung herangezogen. Es hat angenommen, dass die Beschwerde in der Sache Erfolg gehabt hätte, wenn sich die Hauptsache nicht erledigt hätte. Seine diesbezüglichen Feststellungen beruhen jedenfalls im Ergebnis nicht auf einem Rechtsfehler.

Gegenstand des Verfahrens war die Kostenberechnung des Notars vom 12.4.2000 in der mit Schriftsatz vom 13.7.2000 eingereichten berichtigten Fassung, mit der er eine Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 KostO zusätzlich Nebenkosten geltend gemacht hat.

a) Der Anfall der Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 3 KostO setzt voraus, dass der Notar einen Auftrag zur Beurkundung eines beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts hat, dass es aus vom Notar nicht zu vertretenden Gründen nicht zum Abschluss der Beurkundung gekommen ist und dass der Entwurf, der im Wesentlichen alle Vertragsklauseln enthält, auf Erfordern an einen Beteiligten ausgehändigt worden ist. Dem Notar muss ein gegenüber dem Beurkundungsauftrag selbstständiger Auftrag zur Aushändigung des Urkundsentwurfs erteilt worden sein. Der Gebühren auslösende Auftrag zur Aushändigung kann ausdrücklich oder stillschweigend durch schlüssige Erklärung erteilt werden, wobei Erfordernder auch ein Teilnehmer an der nicht zu Ende geführten Beurkundungsverhandlung sein kann, der nicht Auftraggeber der Beurkundung war. Dabei kommt es darauf an, ob der den Entwurf Erfordernder wissen oder zumindest damit rechnen musste, dass für die Aushändigung des Entwurfs auch dann von ihm Gebühren verlangt werden können, wenn es nicht zur Beurkundung kommt. Zur Annahme eines rechtsgeschäftlichen Auf-

trags zur Aushändigung reicht daher die bloße Äußerung des Wunsches, den Urkundsentwurf vor der Beurkundung schon einmal zur Ansicht oder zur Besprechung mit den Auftraggebern zu erhalten, regelmäßig nicht aus (vgl. zu Vorstehendem Senat, DNotZ 1973, 305; 1975, 755; nicht veröffentl. Beschluss vom 12.4.2001, 1 W 7382/99; BayObLG, JurBüro 1979, 1052 und DNotZ 1994, 701; OLG Dresden, JurBüro 1999, 42; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a. a. O., § 145 Rdnr. 50 ff.).

Wird ein Makler im Auftrag eines Beteiligten des vorgesehenen Grundstückskaufvertrags tätig und erfordert er vom Notar die Aushändigung des Vertragsentwurfs in dessen Namen, richtet sich die Haftung desjenigen, in dessen Namen er die Aushändigung erfordert hat, als Schuldner der Entwurfsgebühr des § 145 Abs. 3 KostO gemäß § 2 Nr. 1 KostO nach den Vorschriften der §§ 164 ff. BGB über die rechtsgeschäftliche Stellvertretung. Gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt die Haftung des Vertretenen ein Handeln des Vertreters in dessen Namen und eine zu solchem Handeln berechtigende Vertretungsmacht voraus. Diese kann in einer ausdrücklich oder stillschweigend erteilten Vollmacht bestehen, aber auch die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht können heranzuziehen sein. Fehlt es hieran und wird das Erfordernis auch nicht nachträglich genehmigt, kommt eine Haftung des Maklers persönlich als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Betracht (vgl. zu Vorstehendem Senat, DNotZ 1972, 165; OLG Köln, JurBüro 1992, 752; KG, FGPrax 1998, 30; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a. a. O., § 145 Rdnr. 70 ff.; *Korintenberg/Lappe*, a. a. O., § 2 Rdnr. 49).

Das Landgericht hat im Kostenbeschwerdeverfahren gemäß § 156 Abs. 2 KostO von Amts wegen die gebotenen Feststellungen zum Bestehen der Vertretungsmacht als Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Vertretenen – bzw. zu deren Fehlen bei Inanspruchnahme des Vertreters – als Kostenschuldner zu treffen (§ 12 FGG). Bei Nichterweislichkeit trägt der Notar als Kostengläubiger die objektive Feststellungslast nach allgemeinen Grundsätzen zur materiellen Beweislast. Dies erscheint auch nicht unbillig. Denn er hat es in der Hand, bereits bei Erhalt des Ansuchens zu klären, wer dessen Auftraggeber ist. Verfahrensrechtlich kann er sich gegen widersprechende Entscheidungen im Kostenbeschwerdeverfahren gemäß § 156 Abs. 2 KostO mit der Folge, dass ihm weder der Vertreter noch der Vertretene haftet, durch eine Streitverkündung schützen (vgl. zu Vorstehendem Senat, OLG Köln und KG, a. a. O., sowie OLG Schleswig-Holstein, DNotZ 1996, 398).

b) Vorliegend hat das Landgericht es insbesondere aufgrund der Vernehmung des Zeugen als erwiesen angesehen, dass der Beschwerdeführer den Notar nicht im eigenen Namen, sondern im Namen und aufgrund ihm erteilter Vollmacht des Kaufinteressenten beauftragt hat, einen Kaufvertragsentwurf zu fertigen, und er daher nicht selbst Kostenschuldner des Notars ist.

Die zu Inhalt und Umfang der Auftragserteilung durch den Kaufinteressenten und den Beschwerdeführer getroffenen Feststellungen des Landgerichts liegen, da es sich um die Auslegung von Willenserklärungen handelt, im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Im Verfahren der weiteren Beschwerde können Tatsachenfeststellungen und Beweiswürdigungen nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatsachengericht der maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG), bei der Erörterung des Beweisstoffs alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und dabei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln, Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze oder gegen Verfahrensrecht verstoßen und die Beweisanforderungen nicht überspannt oder vernach-

lässigt hat. Dabei müssen die tatsächlichen Folgerungen nicht die einzig möglichen oder schlechthin zwingend sein (vgl. *Keidel/Meyer-Holz*, a. a. O., § 27 Rdnr. 42). Da Fehler der genannten Art nicht gegeben sind, sind die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts der rechtlichen Nachprüfung zugrunde zu legen; neues tatsächliches Vorbringen kann keine Berücksichtigung finden (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG i. V. m. § 559 ZPO).

Rechtliche Bedenken bestehen jedoch gegen die vom Landgericht vorgenommene Würdigung des festgestellten Sachverhalts daraufhin, ob neben dem Beurkundungsauftrag ein selbständiger Auftrag zur Aushändigung des Urkundsentwurfs seitens des Kaufinteressenten vorlag. Denn die Aussage des Zeugen, der nach dem vorliegenden Protokoll vom 22.11.2000 ausdrücklich bekundet hat, dass dieser „einen eigenständigen Entwurf wollte“, lässt für sich allein noch nicht die Feststellung zu, dass er dem Beschwerdeführer damit zugleich auch Vollmacht für einen die Gebühr nach § 145 Abs. 3 KostO auslösenden selbständigen Auftrag zur Aushändigung des Urkundsentwurfs erteilt hat. Denn das Verlangen nach der Aushändigung eines Entwurfs vor der Beurkundung kann – wie dargelegt – auch lediglich den Sinn haben, den Entwurf zum Zwecke der (besseren) Vorbereitung der Urkundsverhandlung schon einmal durcharbeiten zu können.

aa) Das Landgericht hat bei seiner Würdigung nicht zwischen den verschiedenen Gebührentatbeständen des § 145 Abs. 1 und des Abs. 3 KostO unterschieden und die Verwirklichung der danach erforderlichen unterschiedlichen Voraussetzungen nicht im Einzelnen festgestellt. Nach dem unstreitigen Vorbringen der Beteiligten und dem Inhalt der Notariatsnebenakten kam jedoch eine Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 3 KostO in Betracht, wie sie mit der berichtigten Fassung der Kostenberechnung geltend gemacht worden ist. Der Notar hatte den Entwurf aufgrund des ihm mit Faxschreiben des Beschwerdeführers vom 3.11.1998 erteilten Auftrags zur Fertigung des Kaufvertragsentwurfs „gemäß Auftrag des Kaufinteressenten ...“ gefertigt und den Urkundsbeteiligten einschließlich des Beschwerdeführers übersandt. Ein Beurkundungsauftrag war erteilt worden, jedoch war die Beurkundung aus nicht vom Notar zu vertretenden Gründen unterblieben.

bb) Es bedurfte daher zur Entstehung der Gebühr nach § 145 Abs. 3 KostO der zusätzlichen Feststellung, dass der Auftrag des Kaufinteressenten an den Beschwerdeführer und die Vollmachtserteilung zugleich auch einen selbständigen rechtsgeschäftlichen Auftrag zur Aushändigung des Urkundsentwurfs umfassten. Solche Feststellungen hat das Landgericht nicht getroffen (§ 25 FGG). Sie ergeben sich auch nicht unzweideutig aus dem Inhalt der Akten und Notariatsnebenakten oder der Interessenlage der Beteiligten.

Zwar hat der Beschwerdeführer in seinem Schreiben an den Notar vom 17.4.2000 behauptet, der Kaufinteressent habe den Kaufvertragsentwurf zur Vorlage bei seiner finanzierenden Bank benötigt, was für einen selbständigen rechtsgeschäftlichen Auftrag sprechen könnte. Der Umstand, dass der Entwurf nach dem Faxschreiben sämtlichen Beteiligten ausgehändigt werden sollte, deutet jedoch darauf hin, dass dies lediglich zum Zwecke der Vorbereitung der Beurkundung geschah. Fehlt es aber an einem selbständigen Auftrag zur Aushändigung des Entwurfs, so ist eine Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 3 KostO schon tatbestandsmäßig nicht entstanden. In Betracht kommen dann allein die Gebühren nach §§ 57 oder 130 Abs. 2 KostO (vgl. § 145 Abs. 3 Satz 2 KostO), die jedoch keinesfalls vom Beschwerdeführer geschuldet werden, weil er den Auftrag zur Beurkundung ausdrücklich „gemäß Auftrag“ des Kaufinteressenten erteilt hat.

c) Das Landgericht konnte nach alledem im Ergebnis zu Recht annehmen, dass die Beschwerde ohne den Eintritt des erledigenden Ereignisses Erfolg gehabt hätte. Dies rechtfertigte die Auferlegung der gerichtlichen Auslagen auf den Notar, was schon deshalb nicht unbillig ist, weil es nach dem oben Ausgeführten Sache des Notars ist, bei Erhalt eines neben einem Beurkundungsauftrag erteilten Auftrags zur Entwurfsaushändigung zu klären, ob ein rechtsgeschäftliches Ansuchen vorliegt und wer Ansuchender ist.

2. Das Landgericht hat seine Entscheidung betreffend die Anordnung der Erstattung der außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeführers rechtlich richtig auf die Bestimmung des § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG gestützt.

Die Geltung des § 13 a FGG im Notarkostenbeschwerdeverfahren war schon nach der bis 31.12.2001 geltenden Gesetzesfassung weitgehend anerkannt, weil es sich hierbei um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a. a. O., § 156 Rdnr. 113 ff.; *Keidel/Zimmermann*, a. a. O., § 13 a Rdnr. 5 m. w. N.). Durch die Aufnahme einer ausdrücklichen allgemeinen Verweisung auf die Vorschriften des FGG in die Neufassung des § 156 KostO (vgl. § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO) ist dies lediglich klargestellt worden (vgl. zur Begründung des Regierungsentwurfs *Rohs/Rohs*, a. a. O., § 156 Rdnr. 1).

Nach allgemeiner, vom Senat geteilter Auffassung ist in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Eintritt der Hauptsachenerledigung während des Verfahrens der (weiteren) Beschwerde über die Erstattung der den Beteiligten entstandenen außergerichtlichen Kosten gemäß § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG nach billigem Ermessen zu entscheiden (vgl. Senat, FamRZ 1993, 84/86; *Jansen*, a. a. O., § 13 a Rdnr. 20; *Keidel/Zimmermann*, a. a. O., § 13 a Rdnr. 47). Die eine zwingende Kostenerstattungsanordnung vorsehende Sonderregelung des § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG kommt vorliegend ersichtlich nicht in Betracht.

Nach der Vorschrift des § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG kann das Gericht eine Kostenerstattung anordnen, wenn dies der Billigkeit entspricht. Die Vorschrift ist Ausdruck des in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Grundsatzes, dass jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten regelmäßig selbst zu tragen hat. Die Anordnung der Kostenerstattung ist – abweichend vom im Zivilprozess geltenden Erfolgs- bzw. Veranlassungsgrundsatz (vgl. §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 91 a Abs. 1, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO) – keine gesetzmäßige Folge des (voraussichtlichen) Unterliegens oder der Zurücknahme des Antrags oder Rechtsmittels eines Beteiligten, sie bedarf darüber hinaus der Rechtfertigung durch die besonderen Umstände des Einzelfalls.

Bei der zu treffenden Billigkeitsentscheidung sind im Fall der Zurücknahme des Rechtsmittels oder – wie hier – des Eintritts der Hauptsachenerledigung (in Anwendung des Rechtsgedankens des § 91 a Abs. 1 ZPO) allerdings regelmäßig die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zu berücksichtigen, soweit sie aufgrund des bisherigen Verfahrensstands ohne Anstellung weiterer Ermittlungen beurteilt werden können. Das voraussichtliche Unterliegen eines Beteiligten genügt als Billigkeitsgrund für eine Kostenauflegung aber etwa dann nicht, wenn der Ausgang des Verfahrens von der Entscheidung schwieriger Rechtsfragen abhängig gewesen wäre (vgl. zu Vorstehendem Senat, FamRZ 1993, 84/86; OLG Frankfurt a. M., Jur-Büro 1997, 496/497; *Rohs/Rohs*, a. a. O., § 156 Rdnr. 88, jew. m. w. N.). Die nach vorstehenden Grundsätzen zu treffende Ermessensentscheidung ist im Verfahren der weiteren Beschwerde nur in beschränktem Umfang nachprüfbar. Das Rechtsbeschwerdegericht ist nicht berechtigt, sein Ermessen

an die Stelle der Entscheidung des Beschwerdegerichts zu setzen, sondern hat diese lediglich darauf zu überprüfen, ob das Beschwerdegericht von seinem Ermessen keinen oder einen rechtlich fehlerhaften, dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch gemacht hat, ob es von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Feststellungen ausgegangen ist oder wesentliche Umstände unerörtert gelassen hat (vgl. Senat, NJW-RR 1993, 831; *Keidel/Meyer-Holz*, a. a. O., § 27 Rdnr. 23, jew. m. w. N.).

b) Die seitens des Landgerichts erfolgte Ermessensausübung ist nach vorstehenden Gründen nicht zu beanstanden. Es hat – wie eingangs dargelegt – im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Beschwerde ohne den Eintritt des erledigenden Ereignisses Erfolg gehabt hätte. Weiter konnte es ermessensfehlerfrei annehmen, dass dieser Umstand vorliegend auch die Anordnung der Erstattung der außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeführers durch den Notar rechtfertigte und dem keine Billigkeitsgründe entgegenstanden. Insbesondere stellt es keinen erheblichen Grund für eine abweichende Kostenentscheidung dar, dass der Notar – wie von ihm mit der weiteren Beschwerde geltend gemacht wird – keine andere Vorgehensweise zur Verfügung gehabt habe. Wie ausgeführt, war es seine Sache, bei Erhalt des Auftrags zur Entwurfsaushändigung zu klären, ob ein rechtsgeschäftliches Ansuchen vorlag und wer Ansuchender war. Soweit das Beschwerdeverfahren der Klärung der streitigen Vertretungsmacht des Beschwerdeführers für den Kaufinteressenten diene, lag dies im alleinigen Interesse des Notars und rechtfertigt es nicht, den zu Unrecht in Anspruch genommenen Beschwerdeführer mit seinen Kosten zu belasten.

3. Die Anordnung der Erstattung der dem Beschwerdeführer im Verfahren der weiteren Beschwerde entstandenen außergerichtlichen Kosten durch den Notar beruht auf der zwingenden Vorschrift des § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG.

17. KostO § 156 Abs. 1; § 38 Abs. 2 (*Notwendige Anhörung der vorgesetzten Dienstbehörde bei Kostenbeschwerde*)

1. **Das Landgericht ist im Verfahren der Notarkostenbeschwerde zur Anhörung der dem Notar vorgesetzten Dienstbehörde verpflichtet. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die landgerichtliche Entscheidung nicht auf einem entsprechenden Verfahrensfehler beruht, wenn sich eine Stellungnahme der Notarkasse bei den Akten befindet.**
2. **Die Beurkundung des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts in einem Prozessvergleich genügt für die Anwendung des § 38 Abs. 2 Nr. 6 KostO.**
3. **Hat ein Ehepaar in Gütergemeinschaft gelebt und verpflichtet sich ein Ehegatte nach der Scheidung durch Prozessvergleich, ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück an den anderen Ehegatten aufzulassen, so kann darin eine Teilauseinandersetzung liegen, die ein der Auflassung zugrunde liegendes Rechtsgeschäft im Sinn von § 38 Abs. 2 Nr. 6 KostO darstellen kann. Der Inhalt der Vereinbarung ist gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln.**

BayObLG, Beschluss vom 7.5.2003, 3Z BR 71/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zwischen der Beteiligten und ihrem mittlerweile von ihr geschiedenen Ehemann bestand Gütergemeinschaft. Im Zuge der Auseinandersetzung derselben sollte die Beteiligte eine dieser Gemeinschaft gehörende Immobilie zu Alleineigentum erhalten. Am 24.1.2000 schlossen die ehemaligen Eheleute vor dem OLG Nürnberg einen Vergleich, wonach sich der Mann verpflichtete, spätestens innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt der Mitteilung über die Hereinnahme einer von der Beteiligten beizubringenden Bürgschaft das Grundstück als Gesamtberechtigter an die Beteiligte zu Alleineigentum aufzulassen und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch zu bewilligen. Aufgrund des Vergleichs wurde der Mann am 21.3.2001 durch ein Amtsgericht verurteilt, diese Erklärungen abzugeben.

Der beteiligte Notar beurkundete am 7.12.2001, nachdem das Urteil zwischenzeitlich rechtskräftig geworden war, die entsprechenden Auflassungserklärungen der Beteiligten. Er erstellte hierfür eine Kostenrechnung über 2.013,76 DM, die der Beteiligten mitgeteilt wurde. Hiergegen erhob die Beteiligte Beschwerde, welche das Landgericht zurückgewiesen hat.

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

2. In der Sache führt das Rechtsmittel zur Aufhebung der Entscheidung und zur Zurückverweisung.

a) Das Landgericht hat ausgeführt, es sei ein dinglicher Vertrag beurkundet worden, wofür gemäß § 36 Abs. 2 KostO eine ^{20/10}-Gebühr anzusetzen sei. Die Ausnahmenvorschrift des § 38 Abs. 2 Nr. 6 Buchst. a KostO, nach der nur eine ^{5/10}-Gebühr anfällt, greife nicht ein, da in dem vor dem Oberlandesgericht Nürnberg geschlossenen Vergleich lediglich die Verpflichtungserklärung des Mannes, nicht aber eine solche der Beteiligten enthalten sei. Die Beschwerde bleibe daher ohne Erfolg.

b) Dies hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO, § 546 ZPO) schon aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht stand.

Das Landgericht durfte nicht davon absehen, vor seiner Entscheidung den zuständigen Präsidenten des Landgerichts als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars zu hören (§ 156 Abs. 1 Satz 2 KostO, § 92 Nr. 1 BNotO). Diese Anhörung ist nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt, sondern stellt eine Verpflichtung dar (BayObLG, JurBüro 1988, 1533/1534 m. w. N.). Die Entscheidung beruht auch auf der unterbliebenen Anhörung. Es ist nicht auszuschließen, dass sie aufgrund der Stellungnahme des Präsidenten des Landgerichts anders ausgefallen wäre. Der Senat hat dies zwar in einer früheren Entscheidung für den Fall verneint, dass sich eine Stellungnahme der Notarkasse bei den Akten befindet, in der alle maßgeblichen Gesichtspunkte umfassend erörtert sind (BayObLGZ 1963, 141/148). So liegt es aber hier nicht. Zwar befinden sich Stellungnahmen der Notarkasse bei den Akten (...). Diese Stellungnahmen sind jedoch auf Eingabe der Beteiligten und ohne Kenntnis der Akten abgegeben worden. Es ist nicht auszuschließen, dass sie unter Beachtung weiterer rechtlicher und tatsächlicher Aspekte anders ausgefallen wären, hätte der Präsident des Landgerichts die Stellungnahme der Notarkasse eingeholt, deren Vorliegen im Bereich der Ländernotarkasse (§ 113 a BNotO) von einigen dortigen Obergerichten als zwingend erachtet wird (vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2000, 1380; ThürOLG, FGPrax 2000, 251; OLG Rostock, NotBZ 2003, 38 mit Anmerkung Lappe). Dies hätte wiederum zu einer anderen Entscheidung des Landgerichts führen können.

3. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass im Rahmen der Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft, bei der ein Ehegatte ein Grundstück der Gemeinschaft zu Alleineigentum erhalten soll, eine Auflassung notwendig ist (vgl. RGZ 57, 432/433; *Staudinger/Pfeifer*, BGB, 13. Aufl., § 925 Rdnr. 18 und 23; *Staudinger/Thiele*, § 1474 Rdnr. 3; MünchKomm/Kanzleiter, BGB, 3. Aufl., § 925 Rdnr. 10). Dabei müssen auf Veräußererseite beide Ehegatten die Auflassung gegenüber dem erwerbenden Teil erklären (vgl. KGJ 33 B 35/37; *Staudinger/Pfeifer*, a. a. O., Rdnr. 53). Das Landgericht hat daher zu Recht hervorgehoben, dass die Annahme der fingierten Auflassungserklärung des Mannes (§ 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO) durch die Beteiligte nur ein Teil der dinglichen Einigung (§ 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist und daneben eine Auflassungserklärung der Beteiligten als Gesamtberechtigter sich selbst (als Erwerberin) gegenüber, wie das auch beurkundet wurde, notwendig war. Nicht zu beanstanden ist des Weiteren, dass das Landgericht den vor dem Oberlandesgericht Nürnberg geschlossenen Prozessvergleich im Grundsatz als Beurkundung des der Auflassung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts (§ 38 Abs. 2 Nr. 6 Buchst. a KostO) angesehen hat (vgl. OLG München, DNotZ 1943, 29/30; *Korintenberg/Schwarz*, KostO, 15. Aufl., § 38 Rdnr. 50 b). Dass aus dem Vergleich auf Abgabe der Auflassungserklärung geklagt werden musste, steht dem nicht entgegen. Vielmehr wird dadurch deutlich, dass in dem Vergleich tatsächlich ein unmittelbarer, klagbarer Anspruch auf das Verfügungsgeschäft begründet wurde, wie dies § 38 Abs. 2 Nr. 6 KostO fordert (vgl. *Korintenberg/Schwarz*, a. a. O., Rdnr. 51).

Weiterer Prüfung bedarf jedoch die Annahme des Landgerichts, der Vergleich enthalte nicht das der Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft in seiner Gesamtheit. Es spricht einiges dafür, in dem Vergleich, der hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts entgegen der Ansicht des Landgerichts der Auslegung zugänglich ist (§§ 133, 157 BGB; OLG München, a. a. O., „in genügender Weise dadurch zum Ausdruck gekommen ...“), eine schuldrechtliche (Teil-)Auseinandersetzungvereinbarung zu sehen mit dem Inhalt, dass nach dem Willen der Parteien die betreffende Immobilie, den Eintritt der in dem Vergleich erwähnten Bedingungen vorausgesetzt, im Zuge der Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft der Beteiligten zu Alleineigentum zu übertragen ist. Dafür könnte auch angeführt werden, dass die entsprechende Mitwirkung der Beteiligten an dem Verfügungsgeschäft, die sowohl auf der Veräußerer- wie auch auf der Erwerberseite tätig zu werden hat, wohl als selbstverständlich unterstellt werden kann und deshalb keiner ausdrücklichen vertraglichen Erwähnung bedarf. Eine solche Teilauseinandersetzungvereinbarung wäre jedenfalls ein geeignetes Grundgeschäft für die abgegebenen Auflassungserklärungen (vgl. *Korintenberg/Schwarz*, § 38 Rdnr. 49). Das Landgericht wird sich, gegebenenfalls unter Beiziehung der Akten des familiengerichtlichen Verfahrens, in dem der Vergleich geschlossen wurde, Gewissheit über den dortigen Verfahrensgegenstand und damit den Inhalt des Vergleichs verschaffen können.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beschluss des BayObLG vom 23.7.2003, 3Z BR 42/03 (MittBayNot 2003, 500).

18. KostO § 143 Abs. 2; SGB X § 64 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2; BSHG §§ 92 ff. (*Gebührenbefreiung für Erben eines Sozialhilfeempfängers*)

Befreiung von Notargebühren nach §§ 143 Abs. 2 KostO, 64 Abs. 2 Satz 3 SGB X ist auch dem Erben des Sozialhilfeempfängers zu gewähren, der auf Ersatz der Kosten der Sozialhilfe in Anspruch genommen wird.

Auslagenfreiheit besteht nicht.

OLG Hamm, Beschluss vom 22.7.2003, 15 W 58/03; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Der Beteiligte zu 2) beglaubigte am 16.4.2002 die Unterschrift der Beteiligten zu 1) unter einer Grundschildbestellung nebst Eintragungsantrag zugunsten der Stadt G als Sozialhilfeträger. Die Grundschild dient der Absicherung des Kostenersatzanspruchs der Stadt G nach § 92 c BSHG gegen die Beteiligte zu 1) als Erbin nach ihrer Mutter. Für die Beglaubigung erteilte der Notar am 16.4.2002 eine Kostenrechnung unter Ansatz einer ^{5/10}-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO sowie von Auslagen. Der Präsident des Landgerichts hat die Auffassung vertreten, dass für die Beurkundung die Kostenfreiheit nach §§ 143 Abs. 2 KostO, 64 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X gelte. Auf Bitten des Notars hat er diesen angewiesen, insoweit die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Dieses hat die Kostenrechnung mit der Begründung aufgehoben, dass die §§ 143 Abs. 2, 64 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X eine sachliche Gebührenbefreiung darstellten, die von der Person des Erstattungspflichtigen unabhängig sei. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Notars.

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

In der Sache hat das Rechtsmittel teilweise Erfolg. (...)

Rechtlich zutreffend ist auch die Auffassung des Landgerichts, dass der Ansatz der Beurkundungsgebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO zu Unrecht erfolgt ist, da die Beurkundung unter den Befreiungstatbestand der §§ 143 Abs. 2 KostO, 64 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X fällt. Nach seinem Wortlaut erfasst § 64 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X unter anderem alle Beurkundungen oder Beglaubigungen, die aus Anlass der Erstattung einer nach dem BSHG erbrachten Leistung anfallen. Dabei ist nach dem Willen des Gesetzgebers unter Erstattung jede Rückgewähr erhaltener Sozialleistungen zu verstehen, also nicht nur der Kostenausgleich zwischen Sozialhilfeträgern im Sinne des 9. Abschnitts des BSHG, sondern auch der Kostenersatz nach §§ 92 ff. BSHG (vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 8/2034, S. 36 f.). Eine einschränkende Auslegung unter dem Gesichtspunkt der besonderen Schutzbedürftigkeit eines Sozialhilfeempfängers dahingehend, dass Personen, die nicht an dem eigentlichen Sozialleistungsverhältnis beteiligt sind, von der Gebührenbefreiung nicht erfasst werden, kommt nach Wortlaut und Geschichte der Vorschrift nicht in Betracht. § 64 SGB X schützt zudem nicht alleine den Sozialhilfeempfänger, sondern bezweckt auch eine Entlastung der Sozialhilfeträger (vgl. BVerfGE 69, 373 = NJW 1986, 307 ff.; OLG Köln, Rpfleger 1990, 64 f.; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand 4/02, § 143 Rdnr. 15 ff.). Schon unter diesem Aspekt kann es keinen Unterschied machen, ob der Sozialhilfeträger Kosten von dem Leistungsempfänger oder einem Dritten erstattet verlangt. In beiden Fällen dient die Kostenfreiheit den Interessen der Sozialhaushalte.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber die Gebührenfreiheit anlässlich der Reform durch Gesetz vom 15.6.1989 (BGBl I, 1082) dahingehend beschränkt hat, dass die Kostenersatzung zwischen Sozialhilfeträgern, die durch den ursprünglich in § 144 KostO a. F. enthaltenen pauschalen Verweis auf § 64 Abs. 2 SGB X miterfasst war, in der Neufassung des § 143

Abs. 2 KostO von der Kostenfreiheit ausdrücklich ausgenommen wurde. Ausweislich der Regierungsbegründung zu jener Gesetzesänderung (vgl. *Rohs/Wedewer*, a. a. O., Rdnr. 1 b) sollte hiermit der kritischen Anmerkung in der o. a. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.5.1985 Rechnung getragen werden. Hat der Gesetzgeber aber die Problematik der weiten Fassung der Gebührenbefreiung gesehen, eine Einschränkung aber gleichwohl nur hinsichtlich der Kostenersatzung zwischen Leistungsträgern vorgenommen, so ist für weitergehende Einschränkung im Wege der Auslegung kein Raum.

Es besteht auch kein Grund für eine verfassungskonform-einschränkende Auslegung. Die heutige Fassung des § 143 Abs. 2 KostO trägt den Bedenken, die das Bundesverfassungsgericht in der o. a. Entscheidung geäußert hat, Rechnung. Der in der Gebührenbefreiung liegende Eingriff in die Berufsfreiheit der Notare (Art. 12 GG) ist durch den Zweck der Vorschrift, also die Entlastung der Sozialleistungsträger bei der Rechtsverfolgung sowie den Schutz sozial schwacher Betroffener als hinreichendem Gemeinwohlbelang grundsätzlich gerechtfertigt (BVerfG, a. a. O.). Verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ergeben sich auch in Fällen des Kostenersatzes nach § 92 c BSHG nicht. Auch hier kommt der vom Bundesverfassungsgericht herausgestellte Umstand zum Tragen, dass die Gebührenfreiheit die Notare allenfalls unwesentlich belastet, da die in Betracht kommenden notariellen Geschäfte sowie die regelmäßig vorkommenden Gegenstandswerte ohnehin kein erhebliches Gebührenaufkommen erwarten lassen. Schließlich ist mit den regelmäßig vorkommenden Geschäften – zumeist wohl Grundschildbestellungen – weder ein erheblicher Aufwand noch ein erhebliches Haftungsrisiko verbunden.

Erfolg hat die weitere Beschwerde, soweit das Landgericht die Kostenrechnung auch hinsichtlich des Auslagenersatzes aufgehoben hat. Insoweit bestehen keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Kostenberechnung. § 143 Abs. 2 KostO erfasst schon nach seinem Wortlaut lediglich Gebühren im engeren Sinne, nicht hingegen Tatbestände der Auslagenerstattung (*Rohs/Wedewer*, a. a. O., Rdnr. 18). Hierfür spricht neben dem Wortlaut der Vorschrift auch die mit dem Gesetz vom 15.6.1989 (BGBl I, 1082) verfolgte Intention des Gesetzgebers, einer unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bedenklichen Belastung der Notare vorzubeugen, denen die Gebühren selbst zufließen. Es liegt auf der Hand, dass die Verpflichtung, notwendige Auslagen aus dem eigenen Vermögen zuzuschießen, den Notar weit mehr belasten würde als der Ausfall von ohnehin eher geringen Gebühren. Dies gilt umso mehr, als auch bei einem Geschäft mit einem eher geringen Gegenstandswert im Einzelfall durchaus erhebliche Auslagen anfallen können.

Steuerrecht

19. § 8 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG (*Grunderwerbsteuerrechtliche Bemessungsgrundlage bei Grundstücksübergängen zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern*)

1. Ein Einbringungsverfahren i. S. des § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG 1983 liegt vor, wenn ein Gesellschafter ein Grundstück zur Erfüllung einer Sacheinlageverpflichtung im Rahmen der Übernahme von Aktien oder Stammeinlagen oder zur Erfüllung von Beitragspflichten auf eine (Kapital- oder Personen-)Gesellschaft überträgt.

2. „Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage“ i. S. des § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG 1983 sind nur solche Grundstücksübergänge zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern, durch die die Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters in rechtlicher Hinsicht berührt oder verändert wird.
3. Soweit eine Gegenleistung nicht gänzlich fehlt oder zu ermitteln ist (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStG 1983), bleibt es für alle übrigen Grundstücksübergänge zwischen einem Gesellschafter und einer Gesellschaft bei der Maßgeblichkeit des Werts der Gegenleistung als Grunderwerbsteuerrechtlicher Bemessungsgrundlage (§ 8 Abs. 1 GrEStG 1983), und zwar auch dann, wenn die vereinbarte Gegenleistung weit unter dem Verkehrswert des Grundstücks liegt (BFH, Urteil vom 6.12.1989, II R 95/86, BFHE 159, 255, BStBl II 1990, 186).

BFH, Beschluss vom 26.2.2003, II B 54/02

Alleingesellschafterin der Klägerin, Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin (Klägerin), einer GmbH, ist die Stadt X (Stadt). Durch notariellen Vertrag übertrug die Stadt Grundstücke auf die Klägerin. In dem Vertrag wird der Verkehrswert („Übertragungswert“) der Grundstücke mit 28,91 Mio. DM angegeben. Von diesem Wert sollten 30 v. H. (8,673 Mio. DM) der Kapitalrücklage der Klägerin zugeführt werden. In Höhe des Restbetrages von 70 v. H. (20,237 Mio. DM) gewährte die Stadt der Klägerin ein „Trägerdarlehen“. Wegen dieses Grunderwerbs setzte der Beklagte, Beschwerdeführer und Beschwerdegegner (das Finanzamt) gegen die Klägerin nach einer Gegenleistung von 28,91 Mio. DM Grunderwerbsteuer unter Anwendung eines Steuersatzes von 3,5 v. H. in Höhe von 1.011.850 DM fest.

Mit Einspruch machte die Klägerin geltend, die Gegenleistung betrage nur 20,237 Mio. DM. Soweit 30 v. H. des Werts der Grundstücke der Kapitalrücklage zugeführt worden sei, liege keine Gegenleistung vor. Die Übertragung eines Grundstücks auf eine GmbH durch einen Gesellschafter unter Preis beeinflusse dessen Gesellschafterstellung in rechtlicher Hinsicht nicht. Die Erhöhung des „inneren Werts“ des Gesellschaftsanteils stelle keine Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücks dar (vgl. zum Erwerb eines Grundstücks von einer GmbH durch einen Gesellschafter unter Preis: BFH, Urteil vom 26.10.1977, II R 115/69, BFHE 124, 237, BStBl II 1978, 201).

Der Einspruch wurde vom FA als unbegründet zurückgewiesen. Über die dagegen gerichtete Klage hat das Finanzgericht (FG) noch nicht entschieden, sondern das Klageverfahren nach § 74 FGO ausgesetzt, damit in einem gesonderten Feststellungsverfahren die Grundbesitzwerte der auf die Klägerin übergegangenen Grundstücke nach §§ 138 ff. des Bewertungsgesetzes (BewG) festgestellt werden. Die Notwendigkeit der Feststellung der Grundbesitzwerte ergebe sich aus § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG 1983). Danach sei die Steuer bei Einbringungen sowie bei anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage nach den Werten i. S. des § 138 Abs. 2 oder 3 des BewG zu bemessen. Diese Regelung diene dazu, Grundstücksumsätze zwischen einer Gesellschaft und einem Gesellschafter unabhängig davon, ob hierfür ein Entgelt entrichtet werde, zu erfassen. Die Entscheidung des FG ist in EFG 2002, 782 veröffentlicht.

Hiergegen haben die Klägerin und das FA Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

(...)

II. Die Beschwerden beider Beteiligten sind begründet.

1. Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass über den Rechtsstreit ohne die Feststellung der Grundbesitzwerte der von der Klägerin erworbenen Grundstücke nicht entschieden werden könne und damit die Voraussetzungen des § 74 FGO vorlägen.

Entgegen der Auffassung des FG bemisst sich die Steuer im Streitfall gemäß der Grundregel in § 8 Abs. 1 GrEStG 1983 nach dem Wert der Gegenleistung. Die Voraussetzungen der vom FG angewendeten Vorschrift in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG 1983 liegen nicht vor. Nach dieser Vorschrift wird die Steuer ausnahmsweise u. a. „bei Einbringungen sowie bei anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage“ nach den Grundbesitzwerten bemessen. Es handelt sich im Streitfall weder um eine Einbringung noch um einen Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage.

Eine Einbringung liegt nur vor, wenn ein Gesellschafter ein Grundstück zur Erfüllung einer Sacheinlageverpflichtung (z. B. nach § 27 des Aktiengesetzes – AktG – oder nach § 5 Abs. 4 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG –) im Rahmen der Übernahme von Aktien oder Stammeinlagen oder zur Erfüllung von Beitragspflichten (§ 706 des Bürgerlichen Gesetzbuches – BGB –) auf eine (Kapital- oder Personen-)Gesellschaft überträgt (Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, 7. Aufl., § 8 Rdnr. 36; Pahlke/Franz, Grunderwerbsteuergesetz, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 67; Viskorf in Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, 15. Aufl., § 8 Rdnr. 72).

In diesen Fällen bestand die Gegenleistung bis zum Inkrafttreten der Neuregelung in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG 1983 zum 1.1.1997 (vgl. § 23 Abs. 4 GrEStG 1983 i. d. F. des Jahressteuergesetzes 1997) aus dem anteiligen Wert der gewährten Gesellschaftsrechte, der auf die (eingebrachten) Grundstücke entfiel. Dies erforderte regelmäßig eine Bewertung der gewährten Gesellschaftsrechte (Anteile) nach den Allgemeinen Bewertungsvorschriften des BewG. Bei Kapitalgesellschaften waren – soweit kein Kurswert vorhanden oder eine Ableitung aus stichtagsnahen Verkäufen möglich war – die Anteilswerte nach dem sog. Stuttgarter Verfahren zu schätzen. Dieses Schätzungsverfahren hatte der Gesetzgeber bereits zum 1.1.1993 durch die Anordnung der Übernahme der Steuerbilanzwerte so verändert, dass dieses „seither zu Anteilswerten führt, die weit unter dem gemeinen Wert liegen und als Bemessungsgrundlage bei der Veranlagung der Grunderwerbsteuer nicht mehr geeignet sind“ (vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 13/4839, S. 74). Den hierin liegenden Missstand, nämlich die unzureichende Bewertung der in Einbringungsfällen als „Gegenleistung“ anzusetzenden Gesellschaftsanteile, wollte der Gesetzgeber mit der Neuregelung in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG 1983 beseitigen, nicht jedoch alle Grundstücksübergänge zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern in die Ausnahmeregelung einbeziehen.

Diese Überlegung trifft auch zu auf den im Gesetz verwendeten Begriff des „Erwerbsvorgangs auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage“. Hiermit sind nur solche Grundstücksübergänge zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern gemeint, durch die die Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters in rechtlicher Hinsicht berührt oder verändert wird (vgl. Viskorf in Boruttau, a. a. O., § 8 Rdnr. 75), z. B. wenn dem Gesellschafter für die Übertragung des Grundstücks auf die Gesellschaft eine höhere Beteiligung eingeräumt wird oder wenn sich wegen der Übertragung des Grundstücks durch die Gesellschaft auf den Gesellschafter dessen Beteiligung an der Gesellschaft vermindert (Hofmann, a. a. O., § 8 Rdnr. 38; Pahlke/Franz, a. a. O., § 8 Rdnr. 69). Denn nur in den Fällen, in denen sich die Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters in rechtlicher Hinsicht verändert, wäre – nach früherer Rechtslage – als Gegenleistung für den Grunderwerb der anteilige Wert der im selben Zuge erworbenen oder aufgegebenen Gesellschaftsrechte anzusetzen gewesen. Nur dies sollte, wie sich aus der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 13/4839, S. 74) ergibt, durch § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG 1983 vermieden werden.

Soweit eine Gegenleistung nicht gänzlich fehlt oder zu ermitteln ist (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStG 1983), bleibt es für alle übrigen Grundstücksübergänge zwischen einem Gesellschafter und einer Gesellschaft bei der Maßgeblichkeit des Werts der Gegenleistung als Grunderwerbsteuerrechtlicher Bemessungsgrundlage (§ 8 Abs. 1 GrEStG 1983), und zwar auch dann, wenn die vereinbarte Gegenleistung weit unter dem Verkehrswert des Grundstücks liegt (BFH, Urteil vom 6.12.1989, II R 95/86, BFHE 159, 255, BStBl II 1990, 186).

Im Streitfall liegen die Voraussetzungen für eine Bemessung der Steuer nach den Grundbesitzwerten der übergegangenen Grundstücke nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 GrEStG 1983 nicht vor. Denn weder ist eine Gegenleistung nicht vorhanden, noch ist ein „Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage“ gegeben.

Der Auffassung des FG, es liege eine „außerhalb des Gesellschaftsvertrages erbrachte freiwillige Sacheinlage der Stadt“ vor, für die es an einer Gegenleistung der Klägerin fehle, vermag der Senat nicht zu folgen. Die Klägerin hat der Stadt eine Gegenleistung für die Übertragung der Grundstücke erbracht, nämlich die Erklärung abgegeben, der Stadt als Darlehen („Trägerdarlehen“) 20,237 Mio. DM zu schulden. Da sich auch die Gesellschafterstellung der Alleingesellschafterin (Stadt) der Klägerin durch die Grundstücksübertragung in rechtlicher Hinsicht nicht verändert hat, verbleibt es bei der Maßgeblichkeit der von der Klägerin erbrachten Gegenleistung.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Aufsatz von *Gottwald*, MittBayNot 2004, 100 (in diesem Heft).

20. EigZulG § 1, § 2 Abs. 1 Satz 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 2 Satz 1 (*Grundstücksübergang zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs ist entgeltlicher Erwerb*)

Die Übertragung eines Grundstückes durch den Erben des Ehemannes an dessen Ehefrau zur Abgeltung des Zugewinnausgleichsanspruchs ist ein entgeltlicher Erwerb. (Leitsatz der Schriftleitung)

FG Köln, Urteil vom 30.4.2003, 7 K 6553/01

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks ... in Dieses Grundstück gehörte ursprünglich ihrem im Januar 1999 verstorbenen Ehemann. Dieser hatte testamentarisch verfügt, dass seine Mutter seinen gesamten Grundbesitz, der sein wesentliches Vermögen darstellte, erhalten sollte. Frau ... als Erbin übertrug das Grundstück gemeinsam mit anderen Grundstücken auf die Klägerin als Alleineigentümerin durch Notarvertrag vom 9.12.1999. Hierdurch wurden die Pflichtteilsansprüche der Klägerin und ihrer vier Kinder sowie Ansprüche der Klägerin auf Zugewinnausgleich gegen ihren verstorbenen Ehemann abgegolten. In dem Notarvertrag übernahm die Klägerin alle Nachlassverbindlichkeiten des Erblassers zur vollständigen Entlastung der ... und verpflichtete sich, ... von jeglicher Inanspruchnahme im Innenverhältnis umfassend freizustellen.

Den auf die Klägerin übergegangenen Grundbesitz hatte ihr verstorbener Ehemann 1996 für insgesamt 500.000 DM erworben. Davon entfielen 350.000 DM auf das Flurstück 64. Diesen Wert hat das Grundvermögen auch heute noch. Für das Wohnhaus hatte der verstorbene Ehemann ab 1996 die Eigenheimzulage in Anspruch genommen.

Der Pflichtteilsanspruch der Klägerin beläuft sich unstreitig auf 225.000 DM, der Anspruch auf Zugewinnausgleich auf 790.000 DM. Die Pflichtteilsansprüche ihrer Kinder betragen insgesamt unstreitig 675.000 DM.

Mit dem streitgegenständlichen Grundstück übernahm die Klägerin keinerlei Belastungen. Die von ihr getragenen Nachlassverbindlichkeiten betrugen 25.214,28 DM.

Infolge der Grundbesitzübertragung nach dem Tod ihres Ehemannes beantragte die Klägerin für das auf dem Grundstück gelegene Wohnhaus ab 1999 (bis 2006) die Festsetzung der Eigenheimzulage. Der Beklagte lehnte die Festsetzung der Eigenheimzulage ab, weil der Erwerb unentgeltlich erfolgt sei.

Aus den Gründen:

(...)

Die Klage ist begründet.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Festsetzung der Eigenheimzulage nach § 1 Eigenheimzulagegesetz (EigZulG), da die entsprechenden Voraussetzungen, insbesondere die Anschaffung eines Hauses in Form eines entgeltlichen Erwerbs, erfüllt sind.

Die Eigenheimzulage ist zu gewähren, wenn ein unbeschränkt Steuerpflichtiger eine Wohnung in einem im Inland belegenen eigenen Haus oder eine im Inland belegene eigene Eigentumswohnung herstellt oder anschafft (§§ 1, 2 Abs. 1 Satz 1 EigZulG). Die Übertragung des Grundstücks ... in ... auf die Klägerin durch die Erbin ... stellt eine „Anschaffung“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 EigZulG dar. Unter „Anschaffung“ i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 EigZulG ist nach der auch im Rahmen des Eigenheimzulagegesetzes maßgeblichen Rechtsprechung des BFH bezüglich des Sonderausgabenabzugs nach § 10 e EStG nur der entgeltliche Erwerb zu verstehen (BFH, Urt. v. 13.1.1993, X R 53/91, BStBl II 1993, 346).

Die Übereignung des Grundstücks zwecks Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs der Klägerin stellt ein solches entgeltliches Geschäft dar.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung stellt die Übereignung eines Wirtschaftsgutes oder eines Vermögenswertes an einen Ehegatten, dem infolge der scheidungsbedingten Auflösung der Zugewinnngemeinschaft ein Ausgleichsanspruch zusteht, einen entgeltlichen Vorgang dar (Urt. v. 31.7.2002, X R 48/99, DStR 2003, 457; Urt. v. 15.2.1977, VIII R 175/74, BStBl II 1977, 389).

Im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft wird das Vermögen der beiden Ehegatten gemäß § 1363 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nicht gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten. Ihnen steht nach § 1378 BGB bei Auflösung des Güterstandes eine Ausgleichsforderung zu. Diese Ausgleichsforderung ist nach einhelliger Rechtsansicht eine Geldforderung, und zwar eine Geldsummenforderung und keine Geldwertforderung (BFH, Urt. v. 15.2.1977, VIII R 175/74, a. a. O., m. w. N.). Zwar wird diese Forderung kraft Gesetzes und damit unentgeltlich erworben. Jedoch hängt die Übertragung des Grundstücks zwecks Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs – anders als die unentgeltliche Entstehung des Ausgleichsanspruchs – mit der Auflösung der Gemeinschaft nicht zusammen, sondern beruht auf der freien Vereinbarung der Vertragsparteien (BFH, Urt. v. 15.2.1977, VIII R 175/74, a. a. O.). Im Rahmen dieser Vereinbarung wird von der einen Vertragspartei das Grundstück übereignet, während die andere als „Gegenleistung“ auf den Ausgleichsanspruch in Geld verzichtet, also aufrechnet (BFH, Urt. v. 15.2.1977, VIII R 175/74, a. a. O.). Die Vermögensübertragung innerhalb eines Zugewinnausgleichs dient damit der Erfüllung des entsprechenden Ausgleichsanspruchs und hat Entgeltcharakter (BFH, Urt. v. 31.7.2002, a. a. O.). Denn anders als in „intakten“ Ehen, in denen nicht selten ehebedingte („unbenannte“) Zuwendungen oder Schenkungen vorkommen, kann im Regelfall – mangels

eindeutiger gegenteiliger Anhaltspunkte – davon ausgegangen werden, dass geschiedene oder voneinander getrennt lebende Ehegatten einander nichts zu schenken pflegen (BFH, Urt. v. 31.7.2002, a. a. O.). Die Übertragung des Grundstücks erfolgt hiernach an Erfüllung statt (§ 364 BGB).

Diese Rechtsgrundsätze gelten nach Ansicht des Senates nicht nur für den Fall der Ehescheidung, sondern auch für den Fall, dass die Ehe – wie hier – durch den Tod eines Ehegatten beendet wurde und der überlebende Ehegatte seinen Anspruch auf Zugewinnausgleich gegen den Erben geltend macht. Denn auch in diesem Fall ist die Zugewinnausgleichsforderung eine Geldforderung, die durch die Übertragung eines Grundstücks als Leistung an Erfüllung statt befriedigt wird und somit Entgeltcharakter hat. Ebenso wie geschiedene oder voneinander getrennt lebende Ehegatten einander nichts zu schenken pflegen, wird auch der Erbe dem enterbten Ehegatten des Erblassers im Regelfall nichts schenken. Der überlebende ausgleichsberechtigte Ehegatte könnte vom Erben die Erfüllung seines Zugewinnausgleichsanspruchs durch Geldleistung verlangen und sodann das Grundstück vom Erben mit diesem Geld käuflich erwerben. In diesem Fall wäre die Übertragung des Grundstücks zweifellos ein entgeltliches Geschäft. Nichts anderes kann gelten, wenn das Grundstück der Einfachheit halber unmittelbar zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs übertragen wird.

Ausgehend von diesen Rechtsgrundsätzen hat die Klägerin das streitgegenständliche Grundstück entgeltlich erworben. Die Klägerin und die Erbin ... haben die Übereignung des Grundstücks zur Abgeltung des Zugewinnausgleichsanspruchs der Klägerin vereinbart. Der auf Geld gerichtete Anspruch der Klägerin auf Ausgleich des Zugewinns gegen die Erbin ihres Ehemannes wurde durch die Übertragung des Grundstücks an Erfüllung statt erfüllt. Mit der Übertragung des Grundstücks ist dieser Anspruch erloschen.

Der Anspruch auf Eigenheimzulage ist in voller Höhe gemäß §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 2 EigZulG entstanden. Dem steht nicht entgegen, dass mit der Übertragung des Grundstücks gleichzeitig der Pflichtteilsanspruch der Klägerin abgegolten wurde und im Hinblick darauf möglicherweise ein teilentgeltlicher Erwerb vorliegt. Insoweit könnten Bedenken bestehen, die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs – wie bisher vom BFH angenommen (Urt. v. 23.7.1980, I R 43/77 (V), BStBl II 1981, 19) – als unentgeltlichen Leistungsaustausch zu qualifizieren, insbesondere vor dem Hintergrund der neueren Rechtspre-

chung des Großen Senats des BFH (Beschl. v. 5.7.1990, GrS 4-6/89, BStBl II 1990, 847), die Ausnahmen vom Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Erbaueinandersetzung zulässt.

Auf die Qualifizierung des Ausgleichs des Pflichtteilsanspruchs als entgeltlichen oder unentgeltlichen Leistungsaustausch kommt es aber vorliegend nicht an, da hierdurch im Streitfall die Höhe des Anspruchs der Klägerin nicht beeinträchtigt wird.

Denn die Höchstbemessungsgrundlage der Eigenheimzulage beläuft sich auf 100.000 DM, da nach § 9 Abs. 2 Satz 1 EigZulG der Fördergrundbetrag jährlich 5 vom Hundert der Bemessungsgrundlage, höchstens 5.000 Deutsche Mark beträgt. Diese Bemessungsgrundlage ist im Streitfall bei weitem erreicht. Sie beträgt nämlich 273.000 DM.

Dies ergibt sich aus folgender Überlegung:

Selbst wenn man vorliegend den Ausgleich des Pflichtteilsanspruchs als unentgeltlichen Vorgang ansehen wollte, würde dies dazu führen, dass die Klägerin das Grundstück insgesamt teilentgeltlich erworben hat.

Der Anspruch auf Zugewinnausgleich als entgeltlicher Teil beläuft sich auf 790.000 DM. Von ihrem Gesamtanspruch einschließlich des Pflichtteilsanspruchs i. H. v. insgesamt 1.015.000 DM (790.000 DM + 225.000 DM) beträgt der Zugewinnausgleichsanspruch 78 %. Mangels entgegenstehender Vereinbarung ist davon auszugehen, dass die Ansprüche der Klägerin durch die Grundstücksübertragungen einheitlich erfüllt werden sollten, so dass 78 % der ihr übertragenen Grundstücke im Wert von insgesamt 500.000 DM zum Zwecke der Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs übertragen wurden, also anteilig Grundstücke im Werte von 390.000 DM. Davon entfallen im Verhältnis zu sämtlichen übertragenen Grundstücken 70 % auf das streitgegenständliche Grundstück Denn auf dieses Grundstück entfallen 350.000 DM von dem Gesamtwert sämtlicher übertragener Grundstücke i. H. v. 500.000 DM. Folglich gilt der anteilig i. H. v. 390.000 DM abgeglichene Zugewinnausgleichsanspruch durch die Übertragung des streitgegenständlichen Grundstücks zu 70 % als erfüllt, also i. H. v. 273.000 DM. In dieser Höhe bestehen Anschaffungskosten der Klägerin für das Grundstück.

Wegen Erreichens des Förderhöchstbetrages kann außer Betracht bleiben, dass die Klägerin auch Nachlassverbindlichkeiten übernommen hat.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Erbschaft- und Schenkungsteuer: Beendigung des Vermögensstands einer Ausgleichsgemeinschaft nach § 6 Abs. 2 Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG)

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 30.7.2003, Az. 34 – S 3800 – 029 – 18978/03

Durch das Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16.2.2001 (BGBl I, 266) wurde zwei Personen des gleichen Geschlechts die Möglichkeit eingeräumt, eine eingetragene Partnerschaft zu begründen. Die Partner können für den Vermögensstand der Lebenspartnerschaft die Ausgleichsgemeinschaft wählen (§ 6 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 LPartG). Dabei bleibt das Vermögen der Partner zu Beginn der Lebenspartnerschaft und das von ihnen während der Partnerschaft erworbene Vermögen eigenes Vermögen des jeweiligen Partners. Bei Beendigung des Vermögensstandes der Ausgleichsgemeinschaft ist nach § 6 Abs. 2 Satz 3 LPartG der Überschuss, den die Lebenspartner während der Dauer der Ausgleichsgemeinschaft erzielt haben, auszugleichen. Hierfür gelten die für die Auflösung einer Zugewinnngemeinschaft unter Ehegatten maßgebenden Regelungen der §§ 1371 bis 1390 BGB.

Die Beendigung des Vermögensstandes der Ausgleichsgemeinschaft ist erbschaft- und schenkungsteuerlich wie folgt zu behandeln:

1. Die Lebenspartnerschaft endet zu Lebzeiten der Partner:

Die Ausgleichsforderung stellt keine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dar. Nach § 6 Abs. 2 Satz 3 LPartG in Verbindung mit §§ 1371 bis 1390 BGB besteht eine rechtliche Verpflichtung der Partner, den Überschuss, den sie während der Dauer des Vermögensstandes er-

zielt haben, auszugleichen. Da die Forderung kraft Gesetzes entsteht, liegt keine Freigebigkeit vor. Eine solche Ausgleichsforderung fällt auch nicht unter die übrigen Tatbestände des § 7 ErbStG.

2. Die Lebenspartnerschaft endet mit dem Tod eines der Partner und der überlebende Partner wird Erbe:

Der gesetzliche Erbteil des überlebenden Partners erhöht sich um ein Viertel; damit wird der Ausgleich des Überschusses, den die Partner während der Dauer des Vermögensstandes erzielt haben, verwirklicht (§ 6 Abs. 2 Satz 3 LPartG i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB). Eine fiktive steuerfreie Ausgleichsforderung, wie sie Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG zusteht, kommt nicht in Betracht. § 5 ErbStG gilt nicht für Lebenspartnerschaften. Hierin kann auch keine planwidrige Gesetzeslücke gesehen werden, denn der Gesetzgeber hat bislang bewusst darauf verzichtet, die im Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz für Ehegatten geltenden Regelungen auch auf Lebenspartnerschaften zu übertragen.

3. Die Lebenspartnerschaft endet durch Tod eines Partners und der überlebende Partner wird weder Erbe noch steht ihm ein Vermächtnis zu:

Der überlebende Partner kann gegenüber den Erben sowohl den kleinen Pflichtteil als auch einen Ausgleichsanspruch nach § 6 Abs. 2 Satz 3 LPartG geltend machen. Hierbei unterliegt nur der Erwerb des kleinen Pflichtteils nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erbschaftsteuer. Der Ausgleichsanspruch fällt nicht unter einen der in § 3 ErbStG aufgeführten Tatbestände.

Der Erlass ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder.

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Prof. Dr. Peter Paul Gantzer, München, wurde zum Vizepräsidenten des Bayerischen Landtags gewählt.

Notarin Dr. Eva-Maria Hepp, München, wurde zum nicht-berufsrichterlichen Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs gewählt.

Dr. Winfried Kössinger, München, wurde zum stellvertretenden nichtberufsrichterlichen Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs gewählt.

Notar Prof. Dr. Manfred Bengel, Fürth, wurde zum Mitglied der Kommission nach Art. 23 des Bayerischen Abgeordnetengesetzes (Diätenkommission) berufen.

2. Verstorben:

Notar a. D. Christian Koller, München, verstorben am 7.1.2004

Notar a. D. Dr. Georg Herold, Augsburg, verstorben am 30.1.2004

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.5.2004:

Notar Hans-Peter Niesler, Freinsheim

Mit Wirkung vom 1.7.2004:

Notar Hartmut Stache, Günzburg

Mit Wirkung vom 1.9.2004:

Notar Dr. Werner Schmidt, Friedberg

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.1.2004:

München (in Sozietät mit Notar Klaus Reeh)	der Notarassessorin Dr. Susanne Frank (bisher in München Notarstellen Jungsberger/ Dr. Wirner)
--	--

Mit Wirkung vom 1.2.2004:

Arnstein	dem Notarassessor Gregor Stein (bisher in Alzenau Notarstelle Brückner, DNotI)
----------	---

Kaufbeuren	dem Notar Christoph Gürtler (bisher in Rehau)
------------	---

Mühlendorf a. Inn (in Sozietät mit Notar Otto Buchmaier)	dem Notarassessor Hannes Weishäupl (bisher in München Notarstelle Dr. Wolfsteiner)
--	---

Mit Wirkung vom 1.3.2004:

Augsburg (in Sozietät mit Notar Dr. Erich Waibel)	dem Notar Stefan Hösle (bisher in Stadtsteinach)
---	--

München (in Sozietät mit Notar Dr. Manfred Asam)	dem Notar Ludwig Thiede (bisher in Uffenheim)
--	---

Mit Wirkung vom 1.4.2004:

Kempten (in Sozietät mit Notar Dr. Benedikt Pfisterer)	dem Notar Thomas Haasen (bisher in Lauf a. d. Pegnitz)
--	--

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.1.2004:

Jürgen Kadel, Frankenthal (Notarstellen Barth/JR Seiberth)

Mit Wirkung vom 1.2.2004:

Sebastian Franck, Türkheim (Notarstelle Elstner)

Isabell Müller, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle)

Stefan Schrennick, Augsburg (Notarstellen Laue/Rapp)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Claudia Ann Balzer, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfuß/Dr. Brückner), wurde mit Wirkung vom 12.1.2004 promoviert.

Mit Wirkung vom 1.1.2004 haben die Notare Bernd Höfling und Dr. Dieter Mayer in München ihre Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung beendet.

Mit Wirkung vom 1.1.2004 haben die Notare Lothar Walter Lederer und Dieter Ellert in Rosenheim ihre Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung beendet.

Notarassessorin Dr. Sibylle Wenner, Augsburg (derzeit Elternzeit), ab 9.12.2003 in München (Notarstellen Jungsberger/Dr. Wirner)

Notarassessor Karl Dietrich, Zweibrücken (Notarstellen Greiner/Dr. Kiefer), ab 1.1.2004 in Gernersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Notarassessor Daniel Siebenhaar, Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer), ab 1.1.2004 in Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Notarassessor Thomas Hagmaier, Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger), ab 7.1.2004 in Rosenheim (Notarstelle Lederer)

Notarassessorin Sonja Killisperger, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle), ab 1.2.2004 in Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler)

Notarassessor Sebastian Ruhwinkel, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler), ab 1.2.2004 in München (Notarstelle Dr. Wolfsteiner)

Notarassessor Karl Dietrich, Zweibrücken (Notarstellen Greiner/Dr. Kiefer), ab 1.1.2004 in Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Berichtigung:

Inspektor i. N. Josef Baumgartner, Neuburg a. d. Donau (Notarstellen Leitenstern/Walter), ab 15.5.2003 in Augsburg (Notarstelle Dr. Koch)

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2004:

Zum Notariatsrat i. N. (VerGr. IIa BAT):

Friedrich Kaiser, Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)

Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. IIa BAT):

Heinz Emmert, Aschaffenburg (Notarstellen Klotz/Dr. Morhard)

Karl Schweiger, Roding (Notarstelle Mayer)

Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (VerGr. III BAT):

Günter Arleth, Hassloch (Notarstelle Dr. Sefrin)

Christine Haak, Zusmarshausen (Notarstelle Schmid)

Manfred Schüßler, Obernburg (Notarstellen Herrmann/Volmer)

Josef Tahedl, Buchloe (Notarstelle Dr. Winkelmann)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (VerGr. IVa BAT):

Markus Beer, Burglengenfeld (Notarstelle Kolb)

Holger Durmann, Kandel/Pfalz (Notarstellen Bechberger/Flörsch)

Christine Fenn, Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)

Astrid Pfaffenberger, Hollfeld/Ofr. (Notarstelle Lauckner)

Brigitte Staudigl, Hemau (Notarstelle Brödel)

Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IVb BAT):

Manuela Berthold, Hersbruck (Notarstellen Dr. Vollhardt/Dr. Lenz)

Angelika Bethmann, Schwabach (Notarstellen Hagg/Liebing)

Jeanette Biernoth, Karlstadt (Notarstelle Dr. Keßler)

Thomas Czech, Rosenheim (Notarstellen Richter/Karl)

Bettina Fischer-Enslin, Augsburg (Notarstelle Hille)

Alexandra Frankl, Straubing (Notarstelle Dr. Herrmann)

Hans Gauer, Lauterecken (Notarstelle Dr. Gilcher)

Barbara Hausner, München (Notarstellen Dr. Stummer/Dr. Schalkhaußer)

Anja Herzog, Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel)

Katrin Hoffmann, Bamberg (Notarstelle Dr. Wirth)

Stephanie Kappelmeier, Geisenfeld (Notarstelle Frhr. von Steinaecker)

Elke Kunzelmann, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue)

Isabella Lederer, Landau i. d. Pf. (Notarstelle Dr. Richter)

Robert Ortlaf, Gräfenberg (Notarstelle Zeier)

Petra Schnellinger, Waldkirchen (Notarstelle Dr. Graf)

Susanne Setzwein, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüller/Dr. Brandmüller)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Dieter Lau, Donauwörth (Notarstelle Dr. Auer), ab 31.7.2003 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Franz Forstner, Dachau (Notarstellen Dr. Promberger/Zöbelein), ab 31.1.2004 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Manfred Klee, München (Notarstelle Dr. Wolfsteiner), ab 1.3.2004 im Ruhestand

Amtmann i. N. Jörg Lamatsch, Nürnberg (Notarstellen Wacker/Dr. Wahl), zum 31.3.2004 eigene Kündigung

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Mitterfels: Notarstelle Rudolf Hötzl, Lindenstraße 4, 94360 Mitterfels

Würzburg: Notarstelle Dr. Wolf Löffler, Augustinerstraße 6/IV, 97970 Würzburg

Mühdorf a. Inn: Notarstellen Buchmaier/Weishäupl, neue E-Mail-Adresse: notare@buchmaier_weishaeupl.de

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, mittbaynot@notarkasse.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.

Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.