

# 6 MittBayNot

Begründet 1864

Bestellkarten für den Streifzug durch die  
Kostenordnung (18. Aufl. 2010)

November/Dezember 2009 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,  
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

## Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,  
Notarassessorin

Tobias Pfundstein  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Ruhwinkel*: Gesetzliche Neuregelung der Behandlung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts im Immobilienverkehr 421

*Albrecht/Albrecht*: Die Patientenverfügung – jetzt gesetzlich geregelt 426

*Michelfeit*: Kapitalaufbringung und -erhaltung nach dem MoMiG – Welche Grenzen zieht § 43 a GmbHG? 435

*Lintz/Papadimopoulos*: Vererbung von Immobilien in Griechenland durch deutsche Staatsangehörige 442

## Tagungsberichte

*Kunze*: Zukunft des Bauträgervertrags 449

## Rechtsprechung

Schallschutz nach DIN 4109  
(BGH, Urteil vom 4.6.2009, VII ZR 54/07) 460

Vormerkung zur Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs bei drohender Zwangsvollstreckung  
(OLG München, Beschluss vom 12.3.2009, 34 Wx 9/09) 464

mit Anmerkung *Wartenburger* 465

Pflichtteilsergänzung wegen Abfindung für Erbverzicht  
(BGH, Urteil vom 3.12.2008, IV ZR 58/07) 473

mit Anmerkung *Dietz* 475

Erbfähigkeit einer nach dem Erbfall errichteten ausländischen Stiftung  
(OLG München, Beschluss vom 8.4.2009, 31 Wx 121/08) 484

mit Anmerkung *Süß* 485

Notarielle Bescheinigung der Gesellschafterliste  
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.7.2009, 8 W 305/09) 487

mit Anmerkung *Sikora* 488

Verkauf eines „erschlossenen“ Grundstücks  
(OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 12.12.2008, 17 U 81/07) 489

mit Anmerkung *Grziwotz* (zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.5.2009, V ZR 201/08) 490

## Hinweise für die Praxis

Rechtsmittel gegen Notarkostenberechnungen nach der FGG-Reform (*Leßniak*) 495

## Inhalt

### Aufsätze

*Ruhwinkel*: Gesetzliche Neuregelung der Behandlung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts im Immobilienverkehr **421**

*Albrecht/Albrecht*: Die Patientenverfügung – jetzt gesetzlich geregelt **426**

*Michelfeit*: Kapitalaufbringung und -erhaltung nach dem MoMiG – Welche Grenzen zieht § 43 a GmbHG? **435**

*Lintz/Papadimopoulos*: Vererbung von Immobilien in Griechenland durch deutsche Staatsangehörige **442**

### Tagungsberichte

*Kunze*: Zukunft des Bauträgervertrags **449**

### Buchbesprechungen

LexisNexis Deutschland GmbH: Online-Portal LexisNexis Notarrecht (*Grund*) **452**

Haft/Schlieffen: Handbuch Mediation (*Schwarzmann*) **453**

Langenfeld: GmbH-Vertragspraxis (*Grötsch*) **454**

Ring/Grziwotz: Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht (*Najdecki*) **455**

Ulmer/Schäfer: Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft (*Eigner*) **456**

Spiegelberger: Unternehmensnachfolge – Gestaltung nach Zivil- und Steuerrecht (*Sommerfeld*) **457**

Rothenöder: Der Anteil im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG (*Gottwald*) **458**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Bedeutung notarieller Erläuterung für Auslegung von AGB (BGH, Urteil vom 29.5.2009, V ZR 201/08) **459**
2. Schallschutz nach DIN 4109 (BGH, Urteil vom 4.6.2009, VII ZR 54/07) **460**
3. Nachweis des Baufortschritts durch Architekten oder Bauleiter (OLG München, Urteil vom 3.2.2009, 9 U 4916/08) **462**
4. Einberufung der Wohnungseigentümerversammlung durch nicht befugte Person (OLG München, Beschluss vom 6.4.2009, 32 Wx 3/09) **462**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Sachen- und Grundbuchrecht

5. Vormerkung zur Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs bei drohender Zwangsvollstreckung  
(OLG München, Beschluss vom 12.3.2009, 34 Wx 9/09) **464**  
mit Anmerkung *Wartenburger* **465**
6. Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen bei GbR  
(OLG München, Beschluss vom 18.8.2009, 34 Wx 47/09) **466**
7. Nachweis der Erbfolge durch notarielle Erbausschlagung  
(LG Aschaffenburg, Beschluss vom 12.8.2009, 4 T 113/09) **467**

### Familienrecht

8. Kein gestuftes Altersphasenmodell bei Betreuungsunterhalt  
(BGH, Urteil vom 17.6.2009, XII ZR 102/08) **469**
9. Volljährigenadoption zur finanziellen Absicherung des Anzunehmenden  
(OLG München, Beschluss vom 8.6.2009, 31 Wx 22/09) **472**
10. Vollstreckbarkeit einer Umgangsregelung (*nur Leitsatz*)  
(OLG Oldenburg, Beschluss vom 6.7.2009, 13 UF 54/09) **473**

### Erbrecht

11. Pflichtteilergänzung wegen Abfindung für Erbverzicht  
(BGH, Urteil vom 3.12.2008, IV ZR 58/07) **473**  
mit Anmerkung *Dietz* **475**
12. Vertragsmäßige Erbeinsetzung mit Rücksicht auf vertragliche Unterhaltsverpflichtung  
(OLG München, Beschluss vom 16.4.2009, 31 Wx 90/08) **478**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Temporärer Verlust der Aktionärsrechte nach § 20 Abs. 7 AktG  
(BGH, Beschluss vom 20.4.2009, II ZR 148/07) **481**
14. Fehlende kommunalaufsichtliche Genehmigung für Ergebnisabführungsvertrag  
(OLG München, 31 Wx 16/09, Beschluss vom 14.7.2009) **481**
15. Berechnung der 30-Tages-Frist nach § 123 Abs. 1 AktG (*nur Leitsatz*)  
(OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 17.3.2009, 5 U 9/08) **483**
16. Nicht-EU-Ausländer als Geschäftsführer  
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.4.2009, I-3 Wx 85/09) **483**

### Internationales Privatrecht

17. Erbfähigkeit einer nach dem Erbfall errichteten ausländischen Stiftung  
(OLG München, Beschluss vom 8.4.2009, 31 Wx 121/08) **484**  
mit Anmerkung *Süß* **485**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Kostenrecht

18. Gegenstandsverschiedenheit bei mehreren Wechseln im Vereinsvorstand  
(OLG Hamm, Beschluss vom 18.11.2008, 15 Wx 46/09) **486**
19. Notarielle Bescheinigung der Gesellschafterliste  
(OLG Stuttgart Beschluss vom 29.7.2009, 8 W 305/09) **487**  
mit Anmerkung *Sikora* **488**

### Öffentliches Recht

20. Verkauf eines „erschlossenen“ Grundstücks  
(OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 12.12.2008, 17 U 81/07) **489**  
mit Anmerkung *Grziwotz*  
(zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.5.2009, V ZR 201/08) **490**

### Steuerrecht

21. Werbungskosten bei beabsichtigter Aufhebung eines Vorbehaltsnießbrauchs  
(BFH, Urteil vom 25.2.2009, IX R 3/07) **492**
22. Grunderwerbsteuer bei Vereinbarung eines „vorläufigen“ Kaufpreises  
(BFH, Urteil vom 30.3.2009, II R 1/08) **493**

### Hinweise für die Praxis

Rechtsmittel gegen Notarkostenberechnungen nach der FGG-Reform (*Leßniak*) **495**

### Standesnachrichten **498**

### Sonstiges **III**

# 6 | Begründet 1864 MittBayNot

November/Dezember 2009 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeberbeirat: Notar a. D.  
Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank,  
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,  
Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,  
Tobias Pfundstein  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

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

## AUFSÄTZE

### Gesetzliche Neuregelung der Behandlung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts im Immobilienverkehr

Von Notar *Sebastian Ruhwinkel*, Deggendorf

Spätestens seit der Entscheidung des V. Zivilsenats des BGH vom 4.12.2008<sup>1</sup> konnte man von einem – am sonst dem BGB eigenen Verkehrsschutz gemessen – sicheren Rechtsverkehr mit einer GbR auch bei unbeweglichen Sachen nicht mehr sprechen.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber hat sowohl auf die Kritik in der Literatur<sup>3</sup> als auch auf den Ruf des BGH nach dem Gesetzgeber reagiert. Das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG)<sup>4</sup> wurde kurzfristig um eine materiellrechtliche und mehrere grundbuchverfahrensrechtliche Vorschriften ergänzt, um (erste?) Abhilfe zu schaffen. Mit diesem Beitrag soll dargestellt werden, ob und inwieweit dies gelungen ist. Da die Ausführungen des Autors in Heft 3 der MittBayNot des aktuellen Jahrgangs<sup>5</sup> durch die gesetzliche Neuregelung nicht vollständig zur Makulatur geworden sind, seien einige Verweisungen darauf gestattet, um Wiederholungen zu vermeiden.

#### I. Übersicht über die wichtigsten Neuregelungen

Zunächst hat der Gesetzgeber dazu Stellung genommen, wie die GbR in das Grundbuch eingetragen werden soll. § 47 GBO wurde um folgenden Abs. 2 ergänzt:

(2) Soll ein Recht für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen werden, so sind auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen. Die für den Berechtigten geltenden Vorschriften gelten entsprechend für die Gesellschafter.

§ 47 Abs. 2 GBO trifft also nun die lange überfällige, verbindliche Bestimmung über die Bezeichnung der GbR im Grundbuchverkehr und ihre verfahrensrechtliche Behandlung. Folge von § 47 GBO ist auch, dass es – jedenfalls für das Grundbuchverfahren – genügt, wenn die im Grundbuch genannten

<sup>1</sup> MittBayNot 2009, 225.

<sup>2</sup> Ausführlich *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177.

<sup>3</sup> *Langenfeld*, ZEV 2009, 94; *Volmer*, ZfIR 2009, 97; *Reymann*, ZfIR 2009, 81; *Lautner*, NotBZ 2009, 77; *Schubert*, ZNotP 2009, 178; *Heil*, RNotZ 2009, 231.

<sup>4</sup> BGBl I 2009, S. 2713.

<sup>5</sup> MittBayNot 2009, 177.

Gesellschafter handeln. Sie sind wie Berechtigte zu behandeln.

Weiter wird ein neuer § 899 a BGB eingeführt, der lautet:

§ 899 a Maßgaben für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen, so wird in Ansehung des eingetragenen Rechts auch vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 der Grundbuchordnung im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind. Die §§ 892 bis 899 gelten bezüglich der Eintragung der Gesellschafter entsprechend.

Mit dieser Vorschrift soll der Gutgläubensschutz für den Vertragspartner von Gesellschaften bürgerlichen Rechts wiederhergestellt werden. Ob und inwieweit dies gelungen ist, wird noch Gegenstand dieser Ausführungen sein.

#### II. GbR und Immobilienkauf

Welche Folgen hat nun die Gesetzesänderung auf die Behandlung der GbR im Immobilienverkehr?

## 1. Bezeichnung im Vertrag

Bei der Bezeichnung der GbR im Vertrag wird man sich in Zukunft an dem orientieren, was der BGH uns vorgibt und was nun auch der Gesetzgeber für richtig erkannt hat.<sup>6</sup> Die Bezeichnung wird also „Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus A, B und C“ oder „Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus A, B und C mit dem Namen X und dem Sitz in Y“ lauten. Die Eintragung der Gesellschaft allein unter ihrem Namen ist unzulässig. Dies wird durch einen neuen § 82 Satz 3 GBO bestätigt, nach dem das Grundbuchamt der Gesellschaft und den Gesellschaftern eine Berichtigungs-pflicht auferlegen soll; diese gilt wohl auch für Gesellschaften, die voreilig *allein* unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragen wurden.

## 2. Rechtserwerb von der GbR

### Beispiel:

A, B und C haben eine GbR gegründet, die ein Grundstück erworben hat. Nur alle Gesellschafter gemeinsam sollten die Gesellschaft vertreten können. Schon bei Gesellschaftsgründung war A jedoch verdeckt geschäftsunfähig. A ist inzwischen verstorben und von E beerbt worden. Entsprechende Grundbuchberichtigung ist erfolgt. C hat seine Beteiligung an der (für ihn nicht erkennbar) fehlerhaften Gesellschaft wirksam an D abgetreten; dies wiederum ist im Grundbuch nicht vermerkt. Nun übereignet die GbR im Rahmen eines Kaufvertrags, vertreten durch E, B, und C (Letzterer ist in Geldnot), das Grundstück an K, der außer der aktuellen Grundbucheintragung (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus E, B, und C) keine weiteren Kenntnisse hat. Das Eigentum wird auf K umgeschrieben.

In diesem Beispielfall ist weder die Gesellschaft wirksam, noch der Rechtserwerb durch die Gesellschaft, noch ist der Gesellschafterbestand der fehlerhaften Gesellschaft im Grundbuch richtig wiedergegeben. Nach der bisherigen Rechtslage konnte K kein Eigentum erwerben – denn sein Vertragspartner, die Gesellschaft, existiert nicht. Und selbst wenn sie existieren würde, wäre sie nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen – D war ja nicht beteiligt.

Der Gesetzgeber wollte hier Abhilfe schaffen und den Verkehrsschutz verbessern. Klar ist, dass § 892 BGB für den guten Glauben an die Eigentümerstellung der Gesellschaft nach wie vor gilt. Falls also die Gesellschaft besteht und ordnungsgemäß vertreten ist, kann man von dieser Gesellschaft gutgläubig Immobiliarsachenrechte erwerben.

Ist die Gesellschaft zwar Eigentümerin, jedoch nicht ordnungsgemäß vertreten, fehlt es für einen Rechtserwerb von dieser Gesellschaft schon an einer wirksamen Einigung. Der neue § 899 a BGB bewirkt, dass das Grundbuch hinsichtlich des konkreten Rechts den guten Glauben daran vermittelt, dass alle Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sind. Und der kraft dieses Rechtsscheins vollständige Gesellschafterkreis kann die Gesellschaft nach §§ 709, 714 BGB wirksam vertreten.<sup>7</sup> Mittelbar wird also Verkehrsschutz hinsichtlich der Vertretung der Gesellschaft bewirkt. Eine wirksame Einigung über Rechtsänderungen kann insoweit nicht an Vertretungsmängeln scheitern.

Falls es die Gesellschaft nicht gibt, hilft § 899 a BGB ebenfalls. Da es ohne Gesellschaft keine Gesellschafter geben

kann, vermittelt nach der Intention des Gesetzgebers die Grundbucheintragung auch guten Glauben daran, dass die Gesellschaft existiert.<sup>8</sup> Für Zwecke des gutgläubigen Erwerbs wird also eine Gesellschaft fingiert. Diese Fiktion hilft sowohl bei der Voraussetzung eines Rechtserwerbs „Verfügungsbefugnis“<sup>9</sup> als auch bei der Voraussetzung „Einigung“. Es wird der Rechtsträger fingiert, der Rechtsinhaber ist und sich über eine Verfügung hinsichtlich dieses Rechts mit einem Dritten einigen kann.

Auch eine Kombination von § 892 und § 899 a BGB ist möglich,<sup>10</sup> so dass ein Erwerber von einer Gesellschaft, der der Grundbesitz nicht gehört und die von bloßen Scheingesellschaftern vertreten wird, gutgläubig Eigentum erwerben kann. So wäre auch der Beispielfall zu entscheiden – K wird also bei Anwendung von § 899 a BGB und § 892 BGB Eigentümer des Grundstücks.

Jedenfalls auf der dinglichen Ebene ist also die Änderung des Gesetzes erfolgreich. Der gutgläubige Erwerber kann von der GbR, vertreten durch alle eingetragenen Gesellschafter, wieder rechtssicher Immobiliarsachenrechte erwerben.

## 3. Schuldrechtliche Wirkung von § 899 a BGB – Kauf von der GbR

Die Tatsache, dass gutgläubiger Rechtserwerb von der nicht ordnungsgemäß vertretenen, ja sogar von der nicht existenten GbR möglich ist, ist zunächst aus der Sicht des Rechtsverkehrs beruhigend. Fraglich ist aber, ob ein Kauf von der GbR – auch die folgenden Ausführungen sollen sich an diesem Beispiel orientieren – dadurch allein schon rechtssicher abgewickelt werden kann.

Der Gesetzgeber will – wie in der Begründung ausdrücklich festgehalten wird<sup>11</sup> – dem Grundbuch nicht die Funktion eines Ersatzregisters zuweisen. Deshalb wurde § 899 a BGB auch in der Weise gefasst, dass „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ vermutet wird, die eingetragenen Gesellschafter seien auch tatsächlich Gesellschafter, und zwar die einzigen.

Unklar ist daher, ob sich die Gutgläubenswirkung auch auf schuldrechtliche Verträge über das eingetragene Recht bezieht. Die Gesetzesbegründung gibt dazu nicht viel her. Sie spricht von „Rechtshandlungen“ mit einem „unmittelbaren Bezug zum Eintragungsgegenstand“.<sup>12</sup> Das kann man natürlich so verstehen, dass beispielsweise ein Kaufvertrag über das Grundstück gemeint ist – Bezug ist ja da. Ob dieser unmittelbar genug ist, darüber kann man aber streiten. Nicht weiter hilft das Beispiel der Begründung: „Die Vermutung gilt, wenn die Gesellschafter über das Eigentum verfügen, nicht aber, wenn sie Einrichtungsgegenstände für das auf dem Grundstück stehende Gebäude erwerben.“<sup>13</sup> Zudem steht die Vorschrift systematisch nicht an der richtigen Stelle, wenn sie sich auf schuldrechtliche Verträge beziehen soll, da sie dann in §§ 172 ff. BGB oder in §§ 705 ff. BGB eingeordnet werden müsste bzw. man dort eine entsprechende Verweisung auf diese Vorschrift erwarten würde.

Die Konsequenzen wären allerdings erheblich, würde sich der Gutgläubensschutz nicht auf den schuldrechtlichen Vertrag

<sup>8</sup> So ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/12319, S. 28.

<sup>9</sup> Bei der GbR in der Regel bestehend in dem unbeschränkten Recht, als Eigentümer im eigenen Namen über die Sache zu disponieren.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 16/12319, S. 31.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 16/12319, S. 30.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 16/12319, S. 30.

<sup>13</sup> BT-Drucks. 16/12319, S. 30.

<sup>6</sup> BT-Drucks. 16/12319, S. 26.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 16/12319, S. 29.

beziehen: Sind die im Grundbuch eingetragenen Personen nicht die richtigen Gesellschafter, wird die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß vertreten. Der Kaufvertrag wäre nicht wirksam. Die bewilligte Vormerkung würde zwar in das Grundbuch eingetragen,<sup>14</sup> wäre aber jedenfalls dann unwirksam, wenn die Gesellschaft die Erfüllung des Vertrages ablehnt oder gar nicht besteht. Und selbst nach Vollzug des Vertrages kann sich der Erwerber nicht sicher sein, den erworbenen Grundbesitz behalten zu dürfen. Allein durch die Erfüllung tritt ja keine Heilung des schuldrechtlichen Vertrags ein, und die Gesellschaft könnte den Vertragsgegenstand im Wege der Nichtleistungskondition wieder herausverlangen. Wäre das alles richtig, wäre durch die Gesetzesänderung wenig erreicht.

Das Problem der Kondiktionsfestigkeit ließe sich m. E. dadurch lösen, dass neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter zur Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Vertrag verpflichtet werden. Da die GbR trotz des nun eingeführten zusätzlichen Gutgläubensschutzes kein greifbares oder in einem Register registriertes Konstrukt ist, halte ich es ohnehin für zweckmäßig, den Kreis der Schuldner zu vergrößern.<sup>15</sup> Diese Mitverpflichtung begründet jedenfalls eine wirksame Leistungspflicht im Verhältnis der (Schein-)Gesellschafter zum Käufer. Die (Schein-)Gesellschafter können – beispielsweise im Kaufvertrag – die Leistungsbestimmung treffen, dass der Eigentumserwerb auch zum Zwecke der Erfüllung der von ihnen übernommenen Verpflichtung erfolgt. Die Erfüllung der Leistungspflicht ist Rechtsgrund zum Behaltendürfen im Verhältnis zwischen dem Käufer und den (Schein-)Gesellschaftern. Und in dem Dreieck Gesellschaft – (Schein-)Gesellschafter – Käufer wird dann eine Nichtleistungskondition der Gesellschaft gegen den Käufer ausgeschlossen. Es besteht ja im Verhältnis Käufer – (Schein-)Gesellschafter ein vorrangiges Leistungsverhältnis. Eine eigene Leistungskondition der Gesellschaft scheidet mangels Leistung der Gesellschaft aus. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.<sup>16</sup> Und eine bewusste Vermögensmehrung durch die Gesellschaft, gar versehen mit einer wirksamen Zweckbestimmung, kann es ja nicht geben, wenn die Gesellschaft nicht wirksam vertreten ist oder nicht existiert.

Das Problem der eventuell unwirksamen Auflassungsvormerkung löst diese Konstruktion dagegen nicht. Wegen des Identitätsgrundsatzes kann keine originäre Vormerkung am Eigentum der GbR entstehen, die Ansprüche gegen die (Schein-)Gesellschafter sichert. Allerdings ist m. E. die Gesetzesänderung doch so zu verstehen, dass sich die Gutgläubenswirkung auch auf den Kaufvertrag erstreckt. Intention des Gesetzgebers ist, hinsichtlich des Immobilienverkehrs mit der GbR den Status vor der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit möglichst wieder herzustellen, ohne der GbR die Rechtsfähigkeit

zu nehmen.<sup>17</sup> Dieses Ziel wird jedoch nicht erreicht, wenn man nicht rechtssicher akzessorische Sicherheiten bestellen kann. Und ein reibungsloser Grundbuchverkehr nützt nichts, wenn alle Verfügungen, die mittels Gutgläubensschutz wirksam geworden sind, über den Bereicherungsausgleich wieder rückgängig gemacht werden können. Gerade Letzteres wäre ein unerträglicher Wertungswiderspruch der Rechtsordnung, der so nicht hingenommen werden kann. Daher ist § 899 a BGB jedenfalls analog auch auf die Verpflichtung zu Verfügungen über unbewegliche Sachen bzw. über Rechte an solchen, die der GbR zustehen, zu beziehen. Dadurch wird zumindest eine Forderung fingiert, die Rechtsgrund für den Erwerb ist und die Voraussetzung einer akzessorischen Sicherheit sein kann. Neu ist im Sachenrecht eine zum Zwecke des gutgläubigen dinglichen Rechtserwerbs fingierte Forderung auch nicht. Eine solche gibt es ja auch bei der forderungsentkleideten Hypothek im Rahmen des § 1138 BGB.<sup>18</sup> Nach meiner Auffassung ist also auch die Vormerkung samt dem gesicherten Anspruch wirksam, wenn die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter namens der Gesellschaft den Vertrag schließen und die Eintragung bewilligen. Wer vollständig sicher gehen will, wickelt – bis diese Zweifelsfrage geklärt ist – den Kauf von der GbR über Anderkonto in der Weise ab, dass die (Schein-)Gesellschafter mitverpflichtet werden und der Kaufpreis erst ausbezahlt wird, wenn das Eigentum auf den Erwerber umgeschrieben ist.

Angesichts dieses Begründungsaufwands unklar ist aber, ob bei einer GbR, die Bauträgergeschäft betreibt, der Notar bei der der MaBV entsprechenden Fälligkeitsmitteilung wirklich bescheinigen will, dass der Vertrag wirksam ist. Da bei genauer Betrachtung die Bauträger-GbR in der Regel doch einen kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieb benötigt und daher in Wahrheit OHG ist, könnte dieses Problem Anlass sein, auf eine Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister hinzuwirken.

Relativ sicher scheint mir, dass sich die Gutgläubenswirkung nicht auf mitverkaufte bewegliche Sachen, z. B. Zubehör oder Inventar, bezieht. Jedenfalls dieser Teil des Kaufvertrages kann also unwirksam sein und bleiben. Auch ein Eigentumserwerb findet nicht statt, da die dingliche Einigung nicht zwischen dem Käufer und den Gesellschaftern, sondern zwischen dem Käufer und der – nicht existenten oder nicht ordnungsgemäß vertretenen – Gesellschaft stattfindet. §§ 932 ff. BGB helfen aber (wie §§ 892 f. BGB) nur bei fehlender Verfügungsbefugnis ab. Da die mitverkauften beweglichen Sachen regelmäßig nicht die Hauptsache darstellen, ist der Kaufvertrag im Übrigen in der Regel wirksam und die Vermutung des § 139 BGB widerlegt. Die Gefahr, dass bei Grundbesitz, der wirksam und nicht kondizierbar veräußert wurde, die Gesellschaft beispielsweise die Einbauküche herausverlangt, wird in der Regel gering sein. Allerdings kann man den Käufer zusätzlich dadurch schützen, dass mitverkaufte bewegliche Sachen auf die veräußernden (Schein-)Gesellschafter übereignet und dann von diesen veräußert werden. Dies dürfte – auch wenn die Übereignung an die (Schein-)Gesellschafter mangels ordnungsgemäßer Vertretung oder Existenz der

<sup>14</sup> Bewilligung der im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen Personen genügt ja gemäß § 47 Abs. 2 GBO n. F. zum Grundbuchvollzug.

<sup>15</sup> Vgl. dazu meine Ausführungen und den Formulierungsvorschlag in MittBayNot 2009, 177, 185, wozu ich nochmals auf BGHZ 146, 341 = DNotZ DNotZ 2001, 234, verweisen möchte. Der BGH hat darin auch festgestellt: „In Passivprozessen ist es immer ratsam, neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich zu verklagen.“ Übertragen auf die Vertragsgestaltung bedeutet das: „Bei der Verpflichtung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts ist es immer ratsam, neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich zu verpflichten.“

<sup>16</sup> St. Rspr., vgl. z. B. bereits BGHZ 58, 184, 188, wo der BGH diese Definition selbst „gefestigte Rechtsprechung“ nennt; zuletzt BGH, ZIP 2009, 485.

<sup>17</sup> Dies ergibt sich sinngemäß aus der gesamten Begründung, wird aber nur für das Grundbuchverfahren ausdrücklich festgestellt: „... kann die bisherige Grundbuchpraxis im Wesentlichen unverändert aufrechterhalten bleiben“. BT-Drucks. 16/12319, S. 28.

<sup>18</sup> M. E. würde sich die Wirkung von § 899 a BGB auch auf die hypothekarisch gesicherte Forderung erstrecken, selbst wenn es sich nicht um die Verpflichtung zur Verfügung über eine unbewegliche Sache der GbR handelt. Zum Zweck des Ersterwerbs einer Hypothek wird also über § 899 a BGB für den Gutgläubigen eine wirksame Forderung fingiert.

Gesellschaft unwirksam ist – dazu führen, dass der Käufer die beweglichen Sachen jedenfalls gutgläubig erwerben kann. Grobe Fahrlässigkeit kann man dem Käufer nicht nachsagen, denn (Schein-)Gesellschafter und Käufer vermeiden nur die Notwendigkeit eines Nachweises, der ohnehin nicht oder nicht mit zumutbaren Mitteln geführt werden kann. Dass die beweglichen Sachen gestohlen oder sonst abhanden gekommen sind, ist kein Spezialproblem der GbR und kann bei jedem Kauf passieren – ist aber in meiner Praxis noch nicht vorgekommen.

Zusammengefasst bedeutet das für die Gestaltung des Kaufvertrags bei der verkaufenden GbR:

1. Die Vormerkungslösung funktioniert.
2. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, ist Kondiktionsfestigkeit über die Mitverpflichtung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu erreichen; diese Mitverpflichtung ist ohnehin zweckmäßig.
3. Wer im konkreten Fall zu große Angst davor hat, dass die Vormerkung doch unwirksam sein könnte, kann den Kaufvertrag sicher – und wegen der Mitverpflichtung der Gesellschafter kondiktionsfest – über Anderkonto abwickeln.
4. Am Ende des Vertragsvollzugs wird der Käufer Eigentümer.
5. Mitverkaufte bewegliche Sachen sollten nicht von der Gesellschaft, sondern den Gesellschaftern verkauft werden; dazu werden sie vorher an Letztere übereignet.

#### 4. Hinweise und Gestaltung beim Kauf durch GbR

Viel unproblematischer ist dagegen der Kauf durch die GbR. Eintragungen für die Gesellschaft, z. B. eine Vormerkung, können die eingetragenen Gesellschafter zur Löschung bewilligen, wenn der Vertrag nicht zum Vollzug gelangt. Ergänzt wird der Kaufvertrag wiederum durch die Mitverpflichtung der Gesellschafter.<sup>19</sup> Dadurch erhält der Verkäufer in den Fällen, in denen sich später ein Vertretungsmangel oder gar die Nichtexistenz der Gesellschaft herausstellt, natürliche Personen als Schuldner etwaiger Ersatzansprüche – die Lage ist daher gleich wie bei einem Vertrag mit einer natürlichen Person.

#### 5. Gutgläubenschutz bei Vollmachten?

Folgt man meinen Ausführungen zur schuldrechtlichen Wirkung von § 899 a BGB, ist es konsequent, auch eine Kombination von § 899 a BGB und §§ 172 ff. BGB anzuwenden. Jedenfalls wenn alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter namens der GbR Vollmacht zur Verfügung über Grundbesitz sowie zur schuldrechtlichen Verpflichtung zu solchen Verfügungen erteilt haben, gilt die Gesellschaft bei der Vollmachtserteilung als wirksam vertreten. Und auf eine solche Vollmacht sind dann auch §§ 172 ff. BGB anzuwenden. Allerdings sollte dieser Zustand auch bei Verwendung der Vollmacht noch fortbestehen, damit der Vertragspartner – soweit man meinem Verständnis von § 899 a BGB folgt – zweifelsfrei den Verkehrsschutz erhält. Es wäre zwar durchaus denkbar, dass dieser, wenn die Voraussetzungen des § 899 a BGB bei Erteilung der Vollmacht gewahrt waren, fortbesteht. Bis diese Frage geklärt ist, sollte man im Zweifel Vorsicht walten lassen.

Sinnvoll ist es m. E., um die von mir vorgeschlagene Mitverpflichtung der Gesellschafter zu ermöglichen, künftig in Vollmachten der Gesellschaft auch immer eine entsprechende Befugnis zur Vertretung der Gesellschafter selbst aufzunehmen.

<sup>19</sup> Formulierungsvorschlag bei *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 181.

#### 6. Nachweis für das Grundbuchamt

Unklar war nach der Entscheidung des BGH vom 4.12.2008<sup>20</sup> auch, welche Nachweise das Grundbuchamt bei Beteiligung einer GbR fordern kann. Zwar hat der BGH die Frage am Rande gestreift und dabei offenbar den Standpunkt eingenommen, es sei grundsätzlich § 29 GBO anzuwenden; weitere Nachweise dürfe das Grundbuchamt nicht fordern. Dennoch haben verschiedene Grundbuchämter weitere Nachweise, insbesondere eidesstattliche Versicherungen von den Gesellschaftern verlangt. Diese Praxis war bisher schon abzulehnen. Zu den von mir bereits genannten Gründen dafür<sup>21</sup> ist als weiteres Argument ins Feld zu führen, dass auch bei der Ersteigerung von Grundbesitz durch die GbR das Vollstreckungsgericht keine weiteren Nachweise verlangt, wenn die Erschienenen behaupten, sämtliche Gesellschafter der bietenden GbR zu sein.<sup>22</sup> Erhält die GbR den Zuschlag, wird sie auch ohne weitere Nachweise auf entsprechendes Ersuchen des Vollstreckungsgerichts in das Grundbuch eingetragen.

Erfreulicherweise erteilt nun auch der Gesetzgeber der Auffassung, bei der GbR seien zusätzliche Nachweise erforderlich, eine klare Absage. Nach § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO gelten die Vorschriften für Berechtigte für die Gesellschafter der GbR entsprechend. Das soll nach dem Willen des Gesetzgebers<sup>23</sup> auch zur Folge haben, dass die frühere Handhabung beibehalten wird, wonach eine Eintragung jedenfalls dann vorzunehmen ist, wenn alle Gesellschafter für die Gesellschaft handeln.

Es genügt daher, wenn die Gesellschafter im Kaufvertrag<sup>24</sup> erklären: „Wir, A und B, sind einzige Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter dem Namen A und B Immobilien GbR mit dem Sitz in Stuttgart. In dieser Urkunde geben wir Erklärungen nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der Gesellschaft ab.“ Damit ist zu öffentlicher Urkunde niedergelegt, dass die Gesellschaft besteht; aus dem Gesetz ergibt sich, dass beide Gesellschafter gemeinschaftlich die Gesellschaft vertreten können. Soweit nur einzelne von mehreren Gesellschaftern eine Gesellschaft vertreten und auch nur einzelne bei der Beurkundung anwesend sind, würde es grundbuchrechtlich genügen, wenn der Gesellschaftsvertrag in öffentlich beglaubigter Form vorgelegt wird und sich daraus die behaupteten Vertretungsverhältnisse ergeben. Die Gründung ist ja dann ebenfalls mit nachgewiesen. Es würde sogar genügen, einen Auszug aus dem Gesellschaftsvertrag vorzulegen, wenn und soweit sich aus dem Auszug Gründung und die behaupteten Vertretungsverhältnisse ergeben.

Auch aus dem Beschluss des KG vom 21.10. 2008<sup>25</sup> ergibt sich nichts anderes, obwohl es in dessen zweitem Leitsatz heißt: „Die Beweiskraft der notariellen Beurkundung beschränkt sich lediglich darauf, dass eine Erklärung abgegeben wurde, nicht aber auf deren Richtigkeit.“ Im konkreten Fall ging es aber um den Nachweis einer negativen Tatsache, genauer gesagt darum, dass ein Beteiligter erklärte, einen Widerruf nicht erhalten zu haben. Beim Nachweis gesellschaftsrechtlicher Verhältnisse geht es dagegen um den Nachweis einer positiven Tatsache, nämlich einer bestimmten Einigung. Und dass diese positiv nachgewiesene Erklärung nicht geän-

<sup>20</sup> MittBayNot 2009, 225.

<sup>21</sup> MittBayNot 2009, 177, 180.

<sup>22</sup> *Stöber*, ZVG, 19. Aufl., § 71 Rdnr. 7.13. g).

<sup>23</sup> BT-Drucks. 16/12319, S. 28.

<sup>24</sup> Und zwar unabhängig davon, ob die Gesellschaft kauft oder verkauft – es geht ja nicht um Gutgläubenschutz, sondern um den Nachweis im Grundbuchverfahren.

<sup>25</sup> RNotZ 2009, 165.

dert wurde, muss dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen werden. Dies ist auch Auffassung des KG, das im genannten Beschluss auch diese Frage zu untersuchen hatte. Obwohl es sich um eine Vollmacht handelt, begründet es sein Ergebnis nicht etwa mit §§ 172 ff. BGB, sondern damit, dass negative Tatsachen durch öffentliche Urkunden nicht nachgewiesen werden können.<sup>26</sup>

Die hier vertretene Auffassung teilt auch das OLG München in einer ganz aktuellen Entscheidung vom 18.8.2009,<sup>27</sup> also vom Tag des Inkrafttretens des ERVGBG. Das OLG München hat entschieden, es genüge die Erklärung der Gesellschafter im Kaufvertrag,<sup>28</sup> sie seien Inhaber aller Gesellschaftsanteile, und es habe keine Abtretungen der Anteile gegeben, die im Grundbuch nicht vermerkt seien. Das Grundbuchamt habe die beantragte Eintragung – hier einer Vormerkung – vorzunehmen und könne weder die Vorlage des Gesellschaftsvertrags noch gar eine eidesstattliche Versicherung verlangen.

### III. Änderung im Bestand und Namen der GbR

Die Änderung der GBO stellt nunmehr klar, dass Änderungen im Gesellschafterbestand und im Namen der GbR künftig immer im Grundbuch nachvollzogen werden müssen. Dies gilt nicht nur, weil nach § 82 GBO Gesellschaft und Gesellschaftern eine Berichtigungspflicht auferlegt werden kann. Hinsichtlich des Gesellschafterbestandes ist die Berichtigung gerade im Interesse der eintretenden Gesellschafter zwingend nötig, um einen falschen Rechtsschein nach § 899 a BGB zu vermeiden. Aber auch für den Grundbuchvollzug sonstiger Eintragungen, z. B. für die Bestellung einer Grundschuld am Eigentum der GbR, ist die Richtigkeit des Grundbuchs in Bezug auf den Gesellschafterbestand nötig. Nach dem Willen des Gesetzgebers<sup>29</sup> soll nämlich die Anordnung in § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO, nach der die Vorschriften für Berechtigte für die Gesellschafter entsprechend gelten, zur Folge haben, dass auch der Voreintragungsgrundsatz des § 39 Abs. 1 GBO gilt. Wurde also ein Gesellschaftsanteil abgetreten und verfügen die Gesellschafter in ihrer neuen Besetzung namens der Gesellschaft über Grundbesitz im Gesellschaftseigentum, genügt nicht die Vorlage der Abtretungserklärung in der Form des § 29 GBO. Sie muss auch vorab im Grundbuch vollzogen werden.

#### 1. Form für Nachweis der Änderung?

Wie in Ziffer II. 6. schon dargelegt, sollen nach dem Willen des Gesetzgebers für den Nachweis im Grundbuchverfahren Urkunden in der Form des § 29 GBO genügen. In der Gesetzesbegründung<sup>30</sup> wird das Beispiel „Abtretung eines Gesellschaftsanteils“ behandelt. Um das Grundbuch entsprechend dem Gesellschafterwechsel zu berichtigen, benötigt das Grundbuchamt also die Berichtigungsbewilligung des Zedenten sowie Zustimmungserklärungen der übrigen Gesellschafter<sup>31</sup> jeweils in der Form des § 29 GBO.<sup>32</sup>

Durch Anwendung der Vorschriften für Berechtigte auf Gesellschafter hat sich auch die Auffassung des OLG Zwei-

brücken<sup>33</sup> und des OLG Dresden<sup>34</sup> erledigt, nach der das Grundbuchamt von Amts wegen Unrichtigkeiten nachgehen und ggf. das Grundbuch berichtigen müsse.<sup>35</sup>

#### 2. Sicherung von Erwerber und Veräußerer beim Erwerb von Anteilen an einer Grundbesitz haltenden GbR

Soll ein Anteil an einer GbR entgeltlich veräußert werden, die als wesentlichen Vermögensgegenstand bestimmten Grundbesitz hält, ist es für den Erwerber von Interesse, dass dieser Grundbesitz sich immer noch und ohne zusätzliche Belastungen im Gesellschaftsvermögen befindet, wenn sein Erwerb wirksam geworden ist.

Folge der Rechtsfähigkeit der GbR ist, dass sich durch die Abtretung des Gesellschaftsanteils die Zuordnung des Grundbesitzes nicht ändert; er ist und bleibt Vermögen der Gesellschaft. Es ist daher nicht (mehr) möglich, bei der Abtretung von Anteilen an Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die Eigentümer von Grundbesitz sind, den Leistungsaustausch mittels einer Verfügungsbeschränkung nach § 161 BGB zu sichern. Durch die Abtretung des Gesellschaftsanteils ändert sich – auch wenn sie bedingt erfolgt – nicht das Eigentum am Grundstück, sondern allenfalls die Vertretung der Gesellschaft.

Folge der künftig wieder zwingenden Voreintragung von neuen Gesellschaftern ist, dass eine Sicherung von Veräußerer und Erwerber durch die sog. Widerspruchslösung, die auch beim Erbteilskauf angewendet wird, möglich sein dürfte. Der Widerspruch gemäß § 899 BGB gegen die Richtigkeit von Eintragungen bestimmter Personen als Gesellschafter ist nach § 899 a BGB und der ausdrücklichen Gesetzesbegründung<sup>36</sup> auf die Eintragung der Gesellschafter anwendbar.

Die Sicherung von Leistung und Gegenleistung würde dabei im Wesentlichen wie folgt gewährleistet:

1. Der GbR-Anteil wird sofort an den Erwerber abgetreten, allerdings auflösend bedingt dadurch, dass der Verkäufer vom Vertrag zurücktritt, insbesondere wegen Zahlungsverzugs des Käufers. Außerdem wird der Notar angewiesen, von der Abtretung keine Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften zu erteilen, bevor ihm die Kaufpreiszahlung mitgeteilt bzw. nachgewiesen ist.
2. Für den Erwerber wird ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen. Nötig dazu ist nur die Bewilligung durch den Verkäufer. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs muss das Grundbuchamt bei Eintragung des Widerspruchs nicht prüfen.<sup>37</sup> Der Widerspruch schützt den Erwerber vor Verfügungen über den Grundbesitz grob gesprochen in etwa wie eine Vormerkung.
3. Der Kaufpreis wird erst fällig, wenn dieser Widerspruch rangrichtig im Grundbuch eingetragen ist. Natürlich können auch weitere Fälligkeitvoraussetzungen nötig sein, z. B. die Zustimmung der übrigen Gesellschafter.
4. Zahlt der Käufer, legt der Notar nach entsprechendem Nachweis die Abtretung zur Grundbuchberichtigung mit der Bewilligung der Löschung des Widerspruchs dem Grundbuchamt vor. Zu vereinbaren ist, dass die auflösende Bedingung gemäß Ziffer 1. mit dieser Vorlage erlischt; die Abtretung ist nun unbedingt.

<sup>26</sup> Dazu, dass diese Auffassung auch der BGH teilt, *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 180.

<sup>27</sup> MittBayNot 2009, 466 (in diesem Heft).

<sup>28</sup> Im entschiedenen Fall hatte die Gesellschaft verkauft.

<sup>29</sup> BT-Drucks. 16/12319, S. 28.

<sup>30</sup> BT-Drucks. 16/12319, S. 28.

<sup>31</sup> Oder, was aber in der Begründung nicht erwähnt wird, den Nachweis, dass eine solche Zustimmung entbehrlich ist.

<sup>32</sup> Siehe zu den Nachweisen für die verschiedenen Fälle möglicher Veränderungen *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 180.

<sup>33</sup> Rpfleger 2009, 17.

<sup>34</sup> ZIP 2008, 2361.

<sup>35</sup> Kritik schon *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 180.

<sup>36</sup> BT-Drucks. 16/12319, S. 31.

<sup>37</sup> *Palandt/Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 899 Rdnr. 4; *Münch-KommBGB/Kohler*, 5. Aufl., § 899 Rdnr. 17.

5. Zahlt der Käufer nicht, können Verfügungen über den Grundbesitz mit seiner Beteiligung nicht getroffen werden. Als Gesellschafter ist ja noch der Verkäufer eingetragen. Es ist sogar möglich, eine „Schubladenlöschung“ oder eine Löschungsvollmacht für den Widerspruch in den Kaufvertrag aufzunehmen, um die Löschung des Widerspruchs bei Nichtzahlung zu erleichtern.

#### IV. GbR und Zwangsvollstreckung

Auch beim Umgang mit der GbR im Zwangsvollstreckungsrecht<sup>38</sup> bringt die Gesetzesänderung Erleichterungen.

Ist der gutgläubige Erwerb eines vollstreckbaren Rechts, z. B. einer am Eigentum der GbR bestellten Grundschuld, nach § 899 a BGB möglich, muss auch der gemäß § 794 Abs. 2 ZPO titulierte Anspruch daraus wirksam erworben werden können. Bezeichnet wird die Gesellschaft wie bei der Grundbucheintragung. Ist die Bezeichnung falsch und kann sie nicht prozess-<sup>39</sup> oder beurkundungsrechtlich<sup>40</sup> korrigiert werden, ist jedenfalls Beischreibung der Klausel möglich und empfehlenswert; Gleiches gilt bei späteren Änderungen in der Bezeichnung.<sup>41</sup> Im Klauselerteilungs- und Vollstreckungsverfahren ist die Grundbucheintragung ebenfalls Beweismittel – entweder als öffentliche Urkunde, oder weil sie eine offenkundige Tatsache schafft. Das hat zur Folge, dass man eine Vollstreckungsklausel gegen die Gesellschaft, bestehend aus den im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern, erteilen kann, und dass eine Zustellung jedenfalls dann wirksam ist, wenn sie an alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter erfolgt.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Eingehender *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 180.

<sup>39</sup> Durch Berichtigung des Rubrums nach §§ 319 f. ZPO.

<sup>40</sup> Durch Schreibfehlerberichtigung nach § 44 a BeurkG.

<sup>41</sup> Ausführlich *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 180. Zum Begriff der „Beischreibung“ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdnr. 40.14 ff.

<sup>42</sup> Falls – aber das ist für den Gläubiger in der Regel nicht sicher zu beurteilen – gemeinschaftliche Vertretung vereinbart wurde, genügt sogar Zustellung an einen Gesellschafter, § 170 Abs. 3 BGB.

#### V. Zeitlicher Geltungsbereich

Das ERVGBG ist nach seinem Art. 5 Abs. 2 am 18.8.2009 in Kraft getreten, soweit es den Immobilienverkehr mit der GbR regelt. Nach der Übergangsvorschrift in Art. 229 § 21 EGBGB erstreckt sich der Gutgläubensschutz von § 899 a BGB auch auf Eintragungen, die vor Inkrafttreten vorgenommen wurden. Diese Bestimmung hat mehrere Wirkungen. Zum einen stellt der Gesetzgeber dadurch klar, dass abgeschlossene Sachverhalte, wie beispielsweise der bereits im Jahr 2002 grundbuchamtlich vollzogene Erwerb von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, nicht wieder aufgegriffen werden können. Zum anderen entfalten auch Eintragungen vor dem Inkrafttreten Rechtsschein nach § 899 a BGB, d. h., gutgläubiger Erwerb ist auch von einer Gesellschaft möglich, die z. B. seit 1967 als „A und B in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ im Grundbuch eingetragen ist. Und für alle derzeit laufenden Verfahren ergibt sich schon aus allgemeinen Erwägungen, dass § 899 a BGB einschlägig ist. Denn erst im Zeitpunkt des Eintritts der letzten Erwerbsvoraussetzungen müssen alle Erwerbsmerkmale vorliegen. Gutgläubiger Erwerb ist damit auch möglich, wenn z. B. eine Eintragung nach dem 18.8.2009 vorgenommen wurde, die dingliche Einigung aber schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt ist. Die grundbuchverfahrensrechtlichen Vorschriften gelten für die Behandlung von allen beim Inkrafttreten noch nicht erledigten Eintragungsanträgen.

#### VI. Fazit

Die Gesetzesänderung bringt, wenn man sie großzügig anwendet, erhebliche Erleichterungen. Leider wird es aber wieder einige Zeit dauern, bis über den genauen Umfang des Anwendungsbereichs Rechtssicherheit besteht. Bis dahin wird uns die GbR im Grundbuch weiterhin beschäftigen. Die „Abschaffung“ der Rechtsfähigkeit wäre für den Gesetzgeber deshalb vielleicht doch der einfachere und insgesamt vorteilhaftere Weg gewesen.

## Die Patientenverfügung – jetzt gesetzlich geregelt

Von Palliativmedizinerin Dr. *Elisabeth Albrecht* und Notar Dr. *Andreas Albrecht*, Regensburg

Die bislang richterrechtlich geregelte Patientenverfügung ist seit dem 1.9.2009 im Betreuungsrecht des BGB kodifiziert.<sup>1</sup> Das Gesetz übernimmt die wesentlichen Grundsätze der Rechtsprechung, verzichtet aber weitgehend auf inhaltliche Beschränkungen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Kompensiert wird dies durch Verfahrensvorschriften bei der Anwendung der Verfügung.

#### A. Dramatische parlamentarische Debatte

Nach jahrelanger, zum Teil sehr engagierter Diskussion hat der Deutsche Bundestag am 18.6.2009 ein Gesetz zur Regelung des Rechts der Patientenverfügung beschlossen. Nach einer mehrere Stunden dauernden Debatte stimmten 315 Ab-

geordnete (vorwiegend der SPD, der Grünen, der Linken und der FDP) für den die Selbstbestimmung des Patienten betonenden Antrag des Abgeordneten *Joachim Stünker* (SPD), während 232 Abgeordnete aus den Reihen der CDU/CSU dagegen votierten. Sie hatten den mehr am Lebensschutz orientierten Antrag des Abgeordneten *Wolfgang Bosbach* (CDU) unterstützt. Entscheidend war für das Ergebnis der Abstimmung, dass sich die ursprünglich den Antrag des Abgeordneten *Wolfgang Zöllner* favorisierenden 77 Abgeordneten bei der Schlussabstimmung ins *Stünker*-Lager begeben hatten;

<sup>1</sup> Vgl. hierzu das demnächst im Gieseking-Verlag erscheinende FamRZ-Buch „Die Patientenverfügung“ derselben Autoren.

sie wollten zunächst die Entscheidung über einen Behandlungsabbruch vorrangig in die Hand des Vertreters des Patienten legen, hatten sich dann aber dem ihnen inhaltlich näherliegenden Antrag angeschlossen.<sup>2</sup>

Das Gesetz verortet die Regelungen über die Patientenverfügung im Betreuungsrecht des BGB. Es betont damit den zivilrechtlichen Charakter dieser Materie; strafrechtliche Fragen, die ursprünglich dieses Rechtsgebiet geprägt haben,<sup>3</sup> beantwortet das Gesetz nicht. Auch werden sozialversicherungsrechtliche Probleme nicht angeschnitten.<sup>4</sup> Das Gesetz trat am 1.9.2009 in Kraft.<sup>5</sup>

## B. Änderungen

Neben der Klarstellung und Verdeutlichung des bisherigen Rechts war es eines der Ziele des Gesetzgebers, die vermutlich etwa 8 Millionen in Deutschland bereits bestehenden Patientenverfügungen nicht mit einem Federstrich zu entwerfen, sondern möglichst in ihrer Wirksamkeit fortbestehen zu lassen. Ansonsten hätte dies eine erhebliche Verunsicherung bei vielen Menschen ausgelöst. Grundsätzlich gelten deshalb alle früher errichteten Patientenverfügungen fort, insbesondere wenn sie notariell beurkundet worden sind. Das neue Gesetz erweitert im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung<sup>6</sup> die Möglichkeiten des Patienten, für seine künftige Behandlung Anordnungen zu treffen, definiert aber ein bisher nicht vorgeschriebenes Verfahren bei der Anwendung der Patientenverfügung. Im Folgenden sollen deshalb zunächst diese materiellrechtlichen und verfahrensmäßigen Änderungen behandelt werden; einem weiteren Abschnitt folgen die Klarstellungen zu bereits bisher Bekanntem.

### I. Definition

Die für das Recht der Patientenverfügung zentrale Vorschrift ist § 1901 a BGB (neu), der den bisherigen § 1901 a BGB (Schriftliche Betreuungswünsche, Vorsorgevollmacht) nach hinten verschiebt, welcher nunmehr als § 1901 c BGB firmiert. Das Gesetz unterscheidet grundsätzlich zwischen der Patientenverfügung nach Abs. 1 samt der darin enthaltenen Legaldefinition dieses Begriffs einerseits und den Behandlungswünschen des Patienten in Abs. 2 andererseits.

Die Patientenverfügung wird dabei relativ eng definiert als vorweggenommene Festlegung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine bestimmte medizinische Maßnahme. Der Behandlungswunsch wird stattdessen verstanden als eine mehr oder weniger konkrete Äußerung des Patienten über die Einwilligung oder Verweigerung einer künftigen ärztlichen Maßnahme, die sowohl dem konkret geäußerten Willen, aber ggf. auch nur dem mutmaßlichen Willen des Patienten zu entsprechen hat. Zu unterscheiden sind im Folgenden somit die beiden möglichen Verfügungen, die Patientenverfügung im neuen, engeren Sinne und der Behandlungswunsch, die teilweise unterschiedlichen Bestimmungen unterliegen. Diese teilweise neue Terminologie soll im Folgenden berücksichtigt werden, wobei als Oberbegriff die „Verfügung“ verwendet werden soll.

<sup>2</sup> Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages, 16. Wahlperiode, 227. Sitzung, 18.6.2009, S. 25094 ff.

<sup>3</sup> BGH, NJW 1995, 204 (sog. Kemptener Entscheidung).

<sup>4</sup> Anders der *Zöller*-Entwurf, BT-Drucks. 16/13314, S. 16.

<sup>5</sup> BGBl I, S. 2286.

<sup>6</sup> BGH, MittBayNot 2003, 387 (Lübecker Entscheidung); MittBayNot 2006, 49 (Traunsteiner Entscheidung).

## 1. Konkrete Patientenverfügung

### a) Angabe der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation

Das Gesetz erlegt dem Vertreter in den Fällen des § 1901 a Abs. 1 BGB die Pflicht auf, eine doppelte Prüfung vorzunehmen. Er hat zunächst zu klären, ob es sich bei der ihm vorliegenden Verfügung überhaupt um eine genügend bestimmte vorweggenommene Einwilligung oder Nichteinwilligung in die anstehende ärztliche (oder pflegerische) Maßnahme handelt. In einem zweiten Schritt entscheidet er, ob die Patientenverfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft und damit noch dem Willen des Patienten entspricht.<sup>7</sup> Diese Prüfung umfasst alle Gesichtspunkte, die sich aus der damaligen und der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen ergeben.

Da gerade im Endstadium einer schweren Krankheit häufig nicht erwartete Entwicklungen eintreten, wird sich hier regelmäßig die Frage stellen, welche Abweichung des erwarteten Krankheitsverlaufs von dem tatsächlich eingetretenen noch akzeptiert werden kann. Wünscht der Patient in seiner konkreten Verfügung beispielsweise ausnahmslos den Verzicht auf jede Magensonde, ist es zweifelhaft, ob dieser Wunsch auch dann gelten soll, wenn das Erbrechen wegen eines Darmverschlusses durch eine ableitende Magensonde erheblich minimiert werden könnte. Der Vertreter wird in diesem Fall feststellen, dass die Patientenverfügung (Abs. 1) die notwendige Sicherheit und Einfachheit in der Anwendung nicht leisten kann, weil die konkrete Behandlungssituation nicht beschrieben ist, und sie vielmehr als Behandlungswunsch i. S. d. § 1901 a Abs. 2 BGB verstehen. Er wird nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten zu forschen haben, um seiner Verpflichtung als Vertreter zu genügen.

Aufgabe des Vertreters ist es auch zu prüfen, ob der Betroffene bei seinen Festlegungen die nun gegebene Lebenssituation mitbedacht hat. Erkenntnisse darüber kann der Vertreter, so er nicht ein persönlicher Vertrauter des Patienten aus einwilligungsfähigen Tagen ist, nur im Dialog zwischen Arzt und Pflegeteam einerseits und den Angehörigen andererseits gewinnen. Dies ist der Gesetzesbegründung zuzugeben; ihr ist auch darin zu folgen, dass, wenn sich die Sachlage nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung eben diese aktuelle Lebenssituation nicht umfasst, „der Betreuer von den getroffenen Festlegungen abweichen kann“.<sup>8</sup> Allerdings hat u. E. der Vertreter hier nicht bloß die Möglichkeit, sondern die Pflicht, von den nicht einschlägigen früheren Verfügungen abzuweichen. Ansonsten würde der Vertreter gegen den festgestellten, aktuellen Willen des Patienten in eine ärztliche Maßnahme einwilligen. Dies wäre unter Umständen auch strafrechtlich relevant.

Ergibt allerdings die Prüfung des Vertreters, dass die aktuelle Situation mit der im Vorhinein bestimmten Lage übereinstimmt, dann hat er für die Durchführung der ausreichend bestimmten Maßnahmen zu sorgen. Es soll dem Patienten ausdrücklich nicht durch einen Rückgriff auf seinen mutmaßlichen Willen unterstellt werden, er hätte vielleicht in der konkreten Situation doch etwas anderes gewollt. Die in eigenverantwortlichem Zustand getroffene Entscheidung darf später nicht unterlaufen werden.

Aus all dem folgt, dass bei der Formulierung einer Patientenverfügung genügend konkret die Situation zu beschreiben ist,

<sup>7</sup> *Stünker*-Entwurf, BT-Drucks. 16/8442, S. 14 f.

<sup>8</sup> *Stünker*-Entwurf, BT-Drucks. 16/8442, S. 15.

in der die gewünschte Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte Maßnahmen gelten soll.

## b) Verlangen nach bestimmten Maßnahmen

Das zentrale Tatbestandsmerkmal der Patientenverfügung nach § 1901 a Abs. 1 BGB ist die Einwilligung des Patienten in „bestimmte (...) Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffe“ oder deren Untersagung. Das Gesetz verlangt hier einen Grad an Bestimmtheit, der dem entspricht, wenn ein Einwilligungsfähiger in einer konkreten Situation die ihm vom Arzt vorgeschlagene Maßnahme akzeptiert oder ablehnt. Nur dann kann die Überprüfung des aktuellen Willens durch den Vertreter auf die oben beschriebenen zwei Schritte beschränkt werden. Wertungen des Vertreters sollen bei diesen Prüfungsschritten ausdrücklich ausgeschlossen sein, um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht einzuschränken.

In Konsequenz dessen benennt die Gesetzesbegründung im *Stinker*-Entwurf eine Reihe von Anordnungen eines Patienten, die diesen Grad an Bestimmtheit nicht erreichen.<sup>9</sup> Nicht umfasst sollen sein allgemeine Richtlinien für eine künftige Behandlung<sup>10</sup> oder Behandlungswünsche, wie zum Beispiel über die Art und Weise oder den Ort der Behandlung.<sup>11</sup> Sie enthalten keine vorweggenommenen Entscheidungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahme, sondern sind als Behandlungswunsch anzusehen.

Auf dieser Ebene der nicht ausreichend bestimmten Anordnungen werden sich auch viele der verbreiteten Verfügungen wieder finden. So erscheinen beispielsweise die folgenden Anordnungen als nicht wesentlich bestimmter als die im *Stinker*-Entwurf abgelehnten Formulierungen:<sup>12</sup> „Wenn ich infolge eines sehr weit fortgeschrittenen Hirnabbauprozesses (z. B. bei Demenzerkrankung) auch mit ausdauernder Hilfestellung nicht mehr in der Lage bin, Nahrung und Flüssigkeit auf natürliche Weise zu mir zu nehmen, wünsche ich die Unterlassung lebenserhaltender Maßnahmen, die nur den Todeseintritt verzögern und dadurch mögliches Leiden unnötig verlängern würden und keine Wiederbelebensmaßnahmen.“

Ob dieser Grad an Bestimmtheit hinsichtlich der gewünschten Maßnahmen ausreicht, um die Verfügung der Erklärung eines einwilligungsfähigen Patienten gleichzusetzen, der in eine konkrete, vom Arzt indizierte Maßnahme einwilligt, erscheint fraglich. Bei der zitierten Verfügung hat der Vertreter die Aufgabe, nicht nur das Vorliegen eines „weit fortgeschrittenen Hirnabbauprozesses“ zu überprüfen; dies wird er fachkundig beraten im Dialog mit dem Arzt nach § 1901 b Abs. 1 Satz 2 BGB regelmäßig zufriedenstellend klären können. Er hat aber darüber hinaus zu klären, ob die zurzeit angewandten Maßnahmen aus der Sicht des Patienten tatsächlich „Leiden“ verursachen und dieses subjektiv auch „unnötig verlängert“ würde. Derartige Prüfungsschritte sind wie, oben dargestellt,<sup>13</sup> im Rahmen einer Patientenverfügung nach § 1901 a Abs. 1 BGB nicht vorgesehen, da hier in weitem Umfang frühere

Äußerungen des Patienten herangezogen werden müssen, um eine authentische Interpretation der Verfügung zu erreichen; dies ist aber gerade der ausdrückliche Anwendungsbereich des Behandlungswunsches nach Abs. 2, der weitergehende Prüfungen und Entscheidungen vom Vertreter verlangt. Gerade in einer nach der bisherigen Rechtsprechung nicht von der Verfügung erreichbaren Situation wie der Demenz<sup>14</sup> wird man bei der Frage nach ihrer Bestimmtheit einen strengen Maßstab anwenden müssen, weil der darin verkörperten antizipierten Selbstbestimmung des Patienten der Vorrang vor dem Lebensschutz gelassen wird, obwohl keine unausweichliche Todesnähe erkennbar ist.

Eine genügend bestimmte Patientenverfügung erfordert deshalb u.E. regelmäßig die ärztliche Beratung in einer bereits genügend konkreten (Krankheits-)Situation, bei der zwar immer noch genügend Unsicherheiten über untypische Krankheitsverläufe bestehen, deren weitere Entwicklung aber im Wesentlichen vorhersehbar ist. Eine solche könnte lauten:

Ich leide derzeit an einer unheilbaren degenerativen Nervenkrankung (Amyotrophe Lateralsklerose, ALS), die von den Füßen aufsteigend meine Nervenbahnen zerstört. Es ist zu erwarten, dass zunehmend die Nerven geschädigt werden, welche die spontane Atmung regulieren und dadurch meine Atmung aussetzt. Für diesen Fall bestimme ich, dass ich nicht künstlich invasiv beatmet, wohl aber mit einer Maskenatmung unterstützt werden will.

Wegen der großen Vielzahl von nicht vorhersehbaren Krankheitssituationen ist es gerade für gesunde Menschen schwierig, den Grad an Bestimmtheit zu erreichen, der nunmehr für eine Patientenverfügung erforderlich ist. Wie soll auch der Arzt einem Gesunden mit vertretbarem Zeitaufwand eine Vielzahl komplexer Krankheitsbilder, die dabei nach dem heutigen Stand indizierten Maßnahmen sowie mögliche künftige therapeutische Forschungsergebnisse darstellen und mit ihm die dazu erforderlichen Einwilligungen diskutieren? Auch müsste der Patient intellektuell und emotional in der Lage sein, sich diesen ausführlichen Vortrag anzuhören. Das wird selten der Fall sein. Es wäre schließlich Zufall, wenn genau die erörterte Lage in der Wirklichkeit eintreten und die antizipierte Einwilligung des Patienten dafür auch noch einschlägig wäre.

## 2. Behandlungswunsch

Mit dieser scheinbar resignierenden Feststellung erschöpft sich aber das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht. Ihm steht es vielmehr nach § 1901 a Abs. 2 BGB offen, weitergehende Verfügungen über die Art seiner Behandlung in einwilligungsunfähigem Zustand zu treffen, die allerdings seinem Vertreter einen größeren Spielraum lassen als Anordnungen nach Abs. 1. Auch um eine Vielzahl der zurzeit millionenfach bestehenden Verfügungen nicht unwirksam werden zu lassen, hat der Gesetzgeber einen Auffangtatbestand geschaffen, in dem alle die Verfügungen geregelt sind, die nicht die hohen Standards des § 1901 a Abs. 1 BGB erfüllen.

Dies sind zunächst die Verfügungen, die ein Patient mündlich geäußert hat. Auch die vermutlich große Zahl der Verfügungen, die entweder von Anfang an zu unbestimmt die maßgebliche Situation oder zumindest die in dieser Lage gewünschte Maßnahme nicht präzise genug beschrieben haben, werden als Ausdruck des mutmaßlichen Willens des Patienten angesehen und damit fortgelten. Damit sind auch die folgenden Formulierungen gemeint, die mehr oder weniger bestimmt den Behandlungsabbruch anordnen: bei einem „unzweifelhaft

<sup>9</sup> *Stinker*-Entwurf, BT-Drucks. 16/8442, S. 13.

<sup>10</sup> „Wenn ich einmal sehr krank und nicht mehr in der Lage bin, ein für mich erträgliches umweltbezogenes Leben zu führen, möchte ich würdevoll sterben dürfen.“ Oder: „Wenn ich einmal demenz bin, will ich keine lebenserhaltenden Maßnahmen.“

<sup>11</sup> „Ich möchte von Herrn Dr. X im Krankenhaus Y behandelt werden.“

<sup>12</sup> Aus „Vorsorge für Unfall, Krankheit und Alter“, herausgegeben vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Stand: Februar 2008, 10. Aufl., S. 29.

<sup>13</sup> Vgl. oben Abschnitt B.I.1.a.

<sup>14</sup> Dazu unten Abschnitt B.II.

hoffnungslosen gesundheitlichen Zustand“,<sup>15</sup> wenn „nach ärztlicher Überzeugung keine Aussicht auf Besserung besteht“ oder wenn „die Krankheit einen tödlichen Verlauf angenommen haben sollte“ sowie falls „ich dauerhaft in einem Koma liege, z. B. wegen schwerer Dauerschädigung des Gehirns oder dauernden Ausfalls lebenswichtiger Organfunktionen“<sup>16</sup> und für den Fall, dass „meine Fähigkeit, Einsicht zu gewinnen, Entscheidungen zu treffen und mit anderen Menschen in Kontakt zu treten, aller Wahrscheinlichkeit nach unwiederbringlich erloschen ist“.<sup>17</sup>

Der Vertreter wird die entweder mündlich formulierten oder in diesen relativ allgemein gehaltenen Formulierungen zum Ausdruck kommenden Wünsche feststellen und mit der tatsächlich eingetretenen Situation vergleichen. Dabei wird er je nach seinen sonstigen Erkenntnissen über die Vorstellungen des nicht mehr Einwilligungsfähigen zu ergründen versuchen, ob dieser mit der geschilderten auch die tatsächlich eingetretene Lage gemeint haben könnte oder aber eine so große Diskrepanz zwischen den beiden Situationen besteht, dass er sich nicht für verpflichtet halten muss, den Wünschen des Patienten zu folgen. Für die Auslegung maßgebliche Kriterien werden neben den in § 1901 a Abs. 2 Satz 3 BGB genannten u. a. sein: War ihm die Krankheitssituation aus vergleichbaren Fällen bekannt; hat er seinen Behandlungswunsch mit jemand anderem in einer bestimmten Situation besprochen oder hat er bewusst deswegen nur eine Situation beschrieben, weil er mit alternativen Entwicklungen nicht rechnen musste.

Da die ersten Verfügungen inzwischen etliche Jahre alt sind, hat der Vertreter auch den inzwischen stattgefundenen Fortschritt in den medizinischen und pflegerischen Methoden, gerade auch im Bereich der Palliativmedizin zu berücksichtigen. Dies betrifft etwa die häufige Ablehnung der künstlichen Beatmung: Während in den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts noch künstliche und damit maschinelle Beatmung nur mittels eines Luftröhrenschnitts möglich war, kann der Patient heute auch durch eine speziell angepasste Gesichtsmaske über Mund und Nase beatmet werden. Der Vertreter wird insoweit zu klären haben, ob sich der Patient grundsätzlich gegen derartige Maßnahmen gestellt oder diese nur in der damals üblichen Form abgelehnt hat und heute in sie sehr wohl einwilligen würde.

Weiterhin wird es sinnvoll sein, auf der Folgenseite bestimmte Zielvorstellungen anzugeben, etwa die ausreichende Schmerztherapie, das Lindern von sonstigen Beschwerden wie Juckreiz, Atemnot oder Übelkeit. Vermieden werden sollte, bereits in gesunden Tagen Ärzten und Pflegern vorzuschreiben, wie diese Ziele zu erreichen sind. Sonst besteht zum einen die Gefahr, dass der Vertreter die Anwendung bestimmter, vielleicht neu entwickelter Methoden ablehnen muss, obwohl mit ihnen das Ziel schonender erreicht werden könnte. Zum anderen ist es nach unserer Erfahrung den Patienten beim Behandlungsabbruch häufig nicht so wichtig, auf welchem methodischen Weg ihr Ziel, meist ein entspannter, friedlicher Sterbeprozess ohne langes Leiden, erreicht werden kann, sondern vielmehr dass es erreicht wird.

Bei der künftigen Formulierung von Behandlungswünschen ist darauf zu achten, dem Vertreter seine Entscheidung möglichst zu erleichtern, damit einerseits dem Willen des Patienten soweit wie möglich Rechnung getragen wird, andererseits

aber auch der Vertreter seine schwere Aufgabe einigermaßen unbeschadet erledigen kann. Aus Gesprächen mit Betreuern und Bevollmächtigten vor und nach der Entscheidung über den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen ist bekannt, dass die auch schon nach der bisherigen Rechtslage bestehende Aufgabenstellung eine erhebliche psychische Belastung sein kann, besonders wenn der Vertreter aus dem Kreis der nächsten Angehörigen stammt. Es erscheint deshalb ratsam, einerseits einfach zu interpretierende Begriffe zu verwenden, deren Vorliegen ein Arzt ohne Prognoseentscheidungen bestätigen kann, andererseits dem Vertreter aber auch bewusst den Handlungsspielraum durch einen Behandlungswunsch zu belassen und eben nicht durch eine Patientenverfügung festzulegen. So kann er auf unvorhersehbare Entwicklungen flexibel reagieren.

In einer Reihe von Formulierungsvorschlägen wird empfohlen, frühere Erlebnisse bei Dritten als Ausdruck eigener Wertvorstellungen dem Vertreter an die Hand zu geben, um ihm seine Entscheidung zu erleichtern, beispielsweise, dass die Reanimation des eigenen 85-jährigen, dementen Vaters für falsch gehalten wurde. Dies entspricht dem gesetzlichen Auftrag in § 1901 a Abs. 2 Satz 3 BGB insofern, als der Vertreter die Wertvorstellungen des Patienten zu ermitteln hat. Falls jetzt wieder eine vergleichbare Krankheitssituation eintritt, wird der Vertreter davon für seine Entscheidung profitieren. Ob er aber daraus den mutmaßlichen Willen des Patienten für eine ganz andere Frage, etwa die Medikation bei einem Hirntumor eines 68-Jährigen, ableiten kann, erscheint doch fraglich. Ganz anders sind frühere Äußerungen zur eigenen bisherigen Behandlung zu werten: Wenn der Patient beschreibt, dass er bereits mehrere Zyklen an Chemotherapie gegen seine Tumorerkrankung erlebt hat und nun für den Fall des Verlusts der Einwilligungsfähigkeit weitere derartige oder ähnliche Behandlungen ablehnt, dann kann der Vertreter daraus unschwer auf den mutmaßlichen Willen schließen.

Die Angabe der vom Gesetzgeber für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens als relevant angesehenen ethischen oder religiösen Überzeugungen ist weniger aufschlussreich. Was soll die Angabe „ich bin ein überzeugter Katholik“ für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens bei der Beantwortung der Frage beitragen, ob die durch einen Tumor ausgelöste Unruhe durch eine palliative Sedierung bekämpft werden soll oder nicht? Anders mag es sein, wenn es um die Ablehnung der aktiven Sterbehilfe geht. Diese Straftat steht aber im Rahmen der Patientenverfügung oder des Behandlungsabbruchs als Handlungsalternative ohnehin nicht zur Verfügung. Uns erscheint es eher sinnvoll, anstelle der Wertvorstellungen des Patienten dessen Zielvorstellungen über seine Behandlung in der von ihm definierten Situation zu beschreiben, um so dem Vertreter die für seine Entscheidung maßgeblichen konkreten Anhaltspunkte zu vermitteln.

## II. Verzicht auf Reichweitenbegrenzung

Zur Verdeutlichung auch gegenüber dem nicht Gesetz gewordenen *Bosbach*-Entwurf bestimmt § 1901 a Abs. 3 BGB, dass Behandlungswunsch und Patientenverfügung „unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung“ des Patienten maßgeblich sind. Auch war in der Literatur bezweifelt worden, ob die bisherige zivil- und strafrechtliche Rechtsprechung des BGH in der Weise zu interpretieren sei, dass Verfügungen, welche den Behandlungsabbruch verlangen, nur bei irreversibel tödlichem Verlauf gelten sollten. Auch wenn viel dafür spricht, dass zumindest der BGH in Zivilsachen<sup>18</sup> und auch der

<sup>15</sup> Renner in Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 2. Aufl. 2008, Rdnr. 785.

<sup>16</sup> Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2003, 348, 355.

<sup>17</sup> Homepage der Ärztekammer Hamburg unter <http://www.aerztekammer-hamburg.de/patienten/patientenverfueg.htm>.

<sup>18</sup> MittBayNot 2003, 387.

Zwischenbericht der Enquetekommission<sup>19</sup> die sog. Reichweitenbegrenzung zum Schutz des Menschen vor sich selbst für erforderlich hielten, ist die darüber bis zuletzt vehement geführte Debatte<sup>20</sup> nunmehr durch den sprichwörtlichen Federstrich des Gesetzgebers entschieden.

Genauso wie der in der aktuellen Situation entscheidungsfähige Patient soll auch der Verfasser einer Verfügung ohne Rücksicht auf die Art und den Verlauf seiner Erkrankung selbst darüber befinden können, ob und ggf. welche ärztlichen Maßnahmen an ihm vorgenommen werden dürfen, wenn er nicht mehr einwilligungsfähig ist. Es sei Ausfluss seines verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts, eine solche Entscheidung auch im Voraus für den Fall seiner Entscheidungsunfähigkeit zu treffen und von seinem Vertreter die Durchsetzung seines Willens erwarten zu können.<sup>21</sup> Schließlich sei es äußerst zweifelhaft, ob mit den unbestimmten Rechtsbegriffen zur Beschreibung der Reichweitenbegrenzung den Ärzten und Vertretern eine sichere Einschätzung darüber möglich sei, ob der Patientenwille beachtet werden darf, oder ob der Patient den Eingriff gegen seinen Willen erdulden muss.

In der Praxis spielt die Frage der Reichweitenbegrenzung nach unserer Erfahrung insbesondere in folgenden Fällen eine Rolle:

- Ein Patient wünscht, oft gegen den ärztlichen Rat (wenn er ihn denn eingeholt hat), jedenfalls nach Ablauf von zehn Tagen in einem komatösen Zustand die Einstellung aller lebenserhaltenden Maßnahmen. Abgeschreckt von Bildern im Fernsehen ist er der Ansicht, dass dann ohnehin sein Leben nichts mehr wert sei; auch will er niemandem länger als nötig zur Last fallen. Falls der Zustand reversibel ist, dürfte der Patientenverfügung bei Bestehen einer Reichweitenbegrenzung nicht Folge geleistet werden.
- Eine schwer altersdemente Patientin liegt im Koma ohne erkennbare körperliche Beschwerden. Bei guter Pflege könnte sie noch lange leben, wenn auch kaum reaktionsfähig. Da ihre Grundkrankheit noch nicht in absehbarer Zeit zum Tode führt, war es bislang umstritten, ob die Kriterien der Lübecker Entscheidung des BGH erfüllt sind.
- Der grundsätzlich gesunde, geistig rüstige 90-jährige Gentleman fürchtet sich vor einem Herzinfarkt, weil er die Sorge hat, nach einer missglückten Reanimation noch längere Zeit reaktionsunfähig weiterleben zu müssen. Er verlangt deshalb in einer Verfügung, dass eine Reanimation bei Herzinfarkt oder Schlaganfall zu unterbleiben hat.
- Die nach einem Unfall hoch querschnittsgelähmte ehemalige Drachenfliegerin hält ihren Zustand für unerträglich. Sie ordnet in einer Patientenverfügung an, dass jegliche kurative Therapie zu unterbleiben hat, wenn sich eine Begleiterkrankung, wie Lungenentzündung, Harnwegsentzündung oder ein Blutgerinnsel einstellen sollte. Auch hier liegt bei den meist alltäglichen Begleiterkrankungen kein irreversibel tödlicher Verlauf vor; vielmehr könnte mit vergleichsweise einfachen Mitteln der bisherige Zustand wiederhergestellt werden.

<sup>19</sup> Enquetekommission „Ethik und Recht in der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 15/3700.

<sup>20</sup> Vgl. das Plenarprotokoll der Sitzung des Deutschen Bundestages vom 18.6.2009, S. 25094 ff.

<sup>21</sup> *Stünker*-Entwurf, BT-Drucks. 16/8442, S. 16.

Die jetzt gefundene gesetzliche Lösung bietet sicher den am Behandlungsabbruch beteiligten Ärzten, Pflegern und Vertretern des Patienten den Vorteil gegenüber den strengereren, die Reichweitenbegrenzung favorisierenden Regelungen, dass sie eine geringere objektive Schwelle für die Wirksamkeit der Verfügung aufstellt, die dadurch auch leichter handhabbar ist. Der heutige § 1901 a BGB vertraut anstelle eines überindividuellen Lebensschutzes darauf, dass der mündige Bürger eine Verfügung nur mit dem Inhalt errichtet, den er auch tatsächlich vor sich verantworten kann, und dass er sich den Rat schon einholen wird, dessen er für eine verantwortungsbewusste Entscheidung über die Art seines Lebensendes bedarf. Die neue Rechtslage hat somit den Schwerpunkt des staatlichen Lebensschutzes von dem Erfordernis des objektiven Vorliegens einer bestimmten Krankheitssituation verschoben zu der subjektiven Kontrolle des präventiv geäußerten Willens des Patienten durch den Vertreter in der aktuellen Situation.

Nach unserer Erfahrung wird es auch weiterhin eine Vielzahl von Menschen geben, die eine Patientenverfügung oder einen Behandlungsabbruch gerade mit (ggf. modifizierter) Reichweitenbegrenzung errichten wollen, also den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen erst ab dem Eintritt einer bestimmten, medizinisch aussichtslosen Situation wünschen. Hier bietet es sich an, die bisher vorgeschlagenen Formulierungen weiter zu verwenden. Allerdings kann heute der Autor einer Verfügung den Behandlungsabbruch auch in den oben geschilderten Lagen in sicher rechtlich zulässiger Weise verlangen.

Wenn es darum geht, einen ungewöhnlich frühen Behandlungsabbruch zu verwirklichen, wird man als Leitschnur aber festhalten (schon um dem Vertreter die Beachtung des Patientenwillens zu erleichtern), dass je weniger der Behandlungsabbruch vom Vorliegen einer infausten Situation abhängen soll, desto intensiver die vorherige fachkundige Beratung und desto präziser die Schilderung der den Behandlungsabbruch auslösenden Umstände zu sein haben. Wenn der Vertreter sicher sein kann, dass sich der Verfasser der Verfügung genau über Voraussetzungen und Folgen des Behandlungsabbruchs in einer bestimmten Situation bewusst war, und sich dem Vertreter keine komplexen Auslegungsfragen stellen, sondern ihm eine präzise Patientenverfügung vorliegt, wird er sie befolgen, wenngleich auch möglicherweise mit Gewissensbissen. Ordnet der spätere Patient pauschal und uninformiert in der Form eines Behandlungswunschs einen radikalen frühen Behandlungsabbruch an, droht aus der Sicht des um sein Selbstbestimmungsrecht fürchtenden Patienten, dass sein Vertreter den Willen missversteht oder manipuliert und ihm gerade nicht Ausdruck und Geltung verschafft.

### III. Verfahren

Hat also der Lebensschutz vor dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten kapituliert? Nicht ganz: Er wurde durch das in § 1901 b BGB nunmehr vorgeschriebene Konsil und die Prüfungspflichten des Vertreters vom materiellen in den formellen Bereich verschoben, wenngleich mit Abstrichen.

#### 1. Schriftform

Nach der Legaldefinition in § 1901 a Abs. 1 BGB ist die Patientenverfügung nur wirksam, wenn sie schriftlich als Text abgefasst und vom Patienten selbst unterschrieben worden ist.

Nach der Gesetzesbegründung<sup>22</sup> dient die Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung vorrangig dem Ziel, die Betrof-

<sup>22</sup> *Stünker*-Entwurf, BT-Drucks. 16/8442, S. 13.

fenen vor übereilten oder unüberlegten Festlegungen zu warnen. Das erscheint im Hinblick auf die möglichen weitreichenden Folgen der in einer Patientenverfügung getroffenen Festlegungen für Gesundheit und Leben der Betroffenen erforderlich. Zudem kann das Formerfordernis auch zur Vermeidung des von dem Betroffenen Gewollten beitragen.

Zwar nicht aus dem Gesetzestext unmittelbar ersichtlich, aber doch aus dem Gesamtzusammenhang erkennbar, erscheint eine Vertretung bei der Errichtung einer Patientenverfügung nicht zulässig. Nach dem Wortlaut des § 1901 a Abs. 1 BGB wäre es möglich, dass ein Vertreter die mündlichen Erklärungen des Patienten schriftlich niederlegt und mit seiner eigenen Unterschrift abschließt. Wenn man aber die Höchstpersönlichkeit der Errichtung der Patientenverfügung ablehnen würde, wäre der mit der Schriftform bezweckte Übereilungsschutz und die Erleichterung der Identifizierung nicht mehr gegeben. Auch das mit der Patientenverfügung verfolgte Ziel, die Selbstbestimmung am Lebensende zu verwirklichen, würde verdunkelt, wenn sie von einem Vertreter errichtet werden könnte.

Durch das Schriftformerfordernis nicht ausgeschlossen ist es wie bisher, eine höherwertige Form für die Errichtung der Patientenverfügung zu wählen. Hier kommen insbesondere die notarielle Unterschriftsbeglaubigung und die notarielle Beurkundung in Betracht. Unumgänglich ist die notarielle Beurkundung der Verfügung in den Fällen, in denen der Patient nicht mehr selbst unterschreiben kann. Hier ist es mit Hilfe eines Schreibzeugen nach § 25 BeurkG möglich, die eigenhändige Unterschrift durch die eines Dritten zu ersetzen, wenn dieser bei der gesamten Verlesung der Urkunde und ihrer Genehmigung durch den Patienten anwesend gewesen ist.<sup>23</sup>

Der Behandlungswunsch bedarf nicht der Schriftform, wenn gleich sie auch hier dringend ratsam ist.

## 2. Jederzeitiger Widerruf

Zum Schutz des Patienten davor, sich durch eine längst überholte Patientenverfügung zu binden, bestimmt § 1901 a Abs. 1 Satz 3 BGB, dass sie jederzeit auch formlos widerrufen werden kann. Obwohl die Patientenverfügung als solche der Schriftform bedarf, hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, ihr Gegenstück auch mündlich oder lediglich konkludent, z. B. durch eine Körperbewegung, wirksam werden zu lassen. Erforderlich ist nur, dass die Willensänderung hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt. Dies gilt erst recht auch für den Widerruf eines Behandlungswunsches.

Allerdings schafft die Möglichkeit der formlosen Aufhebung der Verfügung eine zusätzliche Prüfungspflicht für den Vertreter,<sup>24</sup> der deshalb in jedem Fall nicht nur die Existenz einer genügend bestimmten schriftlichen Verfügung und ihre Anwendbarkeit auf die aktuelle Situation zu überprüfen hat, sondern auch, ob diese nicht in einwilligungsfähigen Tagen formlos aufgehoben worden ist. Der Nachweis negativer Tatsachen ist immer schwierig, insbesondere wenn diese auch formlos vorliegen können. Man wird deshalb den Vertreter mit der Suche nach einem formlosen Widerruf der Verfügung nicht überfordern dürfen. Solange ihm keine Anhaltspunkte für eine Meinungsänderung seines Patienten vorliegen, wird er auf den Fortbestand der ihm bekannten schriftlichen Verfügung vertrauen dürfen.

Um das Zusammenspiel zwischen einer bereits früher errichteten, möglicherweise widerrufenen, und einer aktuellen Ver-

fügung zu klären, wird es ratsam sein, im Text deutlich zu machen, dass damit alle früheren Anordnungen vollständig aufgehoben worden sind. Alternativ kann es sinnvoll sein, nur die geänderten Verfügungen zu erwähnen und im Übrigen ausdrücklich den Fortbestand der früheren Verfügung anzudeuten. Es bietet sich an, hierbei auf die bewährten Formulierungen<sup>25</sup> für die Errichtung von Verfügungen von Todes wegen und deren ganze oder teilweise Aufhebung zurückzugreifen.

## 3. Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens

Um den Verfechtern des *Zöller*-Entwurfs die Zustimmung zu erleichtern und als Reaktion auf eine Expertenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages wurde in die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses ein bisher im *Stünker*-Entwurf nicht enthaltener § 1901 b BGB aufgenommen, der das Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens im Einzelnen regeln soll.

Diese Vorschrift stellt unseres Erachtens einen wichtigen Aspekt des Kompromisses dar, der den Graben zwischen der auf die reine Selbstbestimmung fokussierten Meinung und der auf die Flexibilisierung der Verfügung durch den Vertreter setzenden Ansicht schließlich überbrückt hat.

### a) Ärztliche Indikation

Wie auch schon nach der bisherigen richterrechtlichen Rechtslage prüft nach § 1901 b Abs. 1 Satz 1 BGB der behandelnde Arzt zunächst, ob und welche Maßnahmen im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert sind. Die Indikation der ärztlichen Maßnahme ist die Vorfrage schlechthin zur Patientenverfügung und zum Behandlungswunsch: Hält der Arzt eine bestimmte Maßnahme für nicht mehr indiziert, kommt es auf die Frage nach einer aktuellen oder in einer Verfügung antizipierten Einwilligung durch den Patienten nicht mehr an. So ist insbesondere bei einem Patienten, der sich bereits im Sterbeprozess befindet, eine Reanimation nicht mehr indiziert.<sup>26</sup>

### b) Die Erörterung der indizierten Maßnahme

Hat aber der Arzt die Indikation für eine oder mehrere Behandlungsalternativen gestellt, wird er sie nach dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensablauf dem Vertreter des Patienten zur Diskussion vorlegen und ihm seine Gründe für die von ihm vorgeschlagenen Maßnahmen erläutern. Der Vertreter hat dagegen den ihm bekannten Patientenwillen darzustellen, insbesondere eine ihm vorliegende Patientenverfügung oder einen Behandlungswunsch zu interpretieren.

Die Bandbreite der für die direkte Anwendung der Patientenverfügung noch akzeptablen Abweichung in der Lebens- und Behandlungssituation hat der Vertreter in eigener Verantwortung (1901 a Abs. 1 Satz 1 BGB) zu entscheiden. Er wird sich dabei in dem Konsil von dem behandelnden Arzt beraten lassen; eine eigene Entscheidungskompetenz des Arztes besteht aber nach den nunmehr geltenden Vorschriften nicht. Dies verdeutlicht einmal mehr die starke Stellung des Vertreters in dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensablauf und die große Bedeutung, welche die Auswahl des richtigen Vertreters für die Verwirklichung des Patientenwillens hat.

<sup>25</sup> *Bengel/Reimann* in Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. 2009, Rdnr. 32 ff.

<sup>26</sup> „Ein offensichtlicher Sterbevorgang soll nicht durch lebenserhaltende Therapien künstlich in die Länge gezogen werden.“ Aus „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbegleitung“, Deutsches Ärzteblatt, Heft 19 vom 7.5.2004.

<sup>23</sup> *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 25 Rdnr. 11.

<sup>24</sup> *Stünker*-Entwurf, BT-Drucks. 16/8442, S. 13.

Treffen die in der Patientenverfügung getroffenen Festlegungen auf die vorliegende Lebens- und Behandlungssituation ohne für den Vertreter inakzeptable Abweichungen zu und gibt es keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffene seine Entscheidung geändert hat, ist dem Behandlungswillen des Betroffenen Geltung zu verschaffen. Auf dieser Stufe stehen weder dem Vertreter noch dem Arzt weitere Entscheidungskompetenzen zu.

Die Bedeutung des Vertreters wird auch dadurch nicht geschmälert, sondern nur ausgestaltet, dass er nach § 1901 b Abs. 2 BGB nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Patienten Gelegenheit geben soll, sich über den ihnen bekannten Patientenwillen nach § 1901 a Abs. 1 BGB oder den mutmaßlichen Willen nach § 1901 a Abs. 2 BGB zu äußern. Da im Bereich der Patientenverfügung für eine Interpretation wegen ihrer bestimmten, schriftlich niedergelegten Wünsche kein Raum sein kann, werden die Vertrauenspersonen wohl hauptsächlich für die Frage herangezogen werden, ob die Patientenverfügung auch auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft.

Soweit aber ein Behandlungswunsch<sup>27</sup> vorliegt,<sup>28</sup> ist die Bedeutung der Einbeziehung der Vertrauenspersonen größer. Gerade für einen (Berufs-)Betreuer, der mit dem Patienten in gesunden Tagen wenig oder noch nichts zu tun gehabt hat, sind die Aussagen der Angehörigen oder sonstiger Vertrauenspersonen über frühere Äußerungen des Patienten bei Entscheidungen über die Vornahme von medizinischen Maßnahmen oder seine Einstellung zu Sterben und Tod von Relevanz. Je weniger der Vertreter bisher Kontakt zu dem Patienten gepflegt hat, umso mehr wird er sein Ermessen dahingehend ausüben haben, dass er das familiäre Umfeld in die weiteren Entscheidungen einbindet; die dadurch möglicherweise eintretende Verzögerung wird in dem selben Maße hinzunehmen sein. Aus der Praxis ist bekannt, dass häufig das Misstrauen gegenüber Betreuern aus der zu geringen Einbindung der Angehörigen des Betreuten in die Entscheidungsprozesse herrührt. Dem sollte in diesem buchstäblich existenziellen Bereich durch ausreichende Kommunikation vorgebeugt werden.

#### IV. Vollmachten

Schließlich hat der Gesetzgeber in § 1901 a Abs. 5 und § 1904 Abs. 5 BGB ausdrücklich geregelt, dass alle Aussagen über den Betreuer im Zusammenhang mit der Patientenverfügung und dem Behandlungswunsch auch für einen Bevollmächtigten entsprechend gelten. Allerdings muss auch diese Vollmacht, wie schon bisher die Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten, schriftlich erteilt sein und die Maßnahme ausdrücklich erfassen, in die eingewilligt oder nicht eingewilligt wird. Der Gesetzgeber wollte auch für den Behandlungsabbruch erreichen, dass die schon bekannte Warnung an den Verfasser einer Vollmacht ergeht, wenn dieser die möglicherweise weit reichenden Eingriffe und Maßnahmen im Text ausdrücklich erwähnt und unterschreibt.

Es ist somit beispielsweise nicht ausreichend, in einer der Verfügung vorgeschalteten Vollmacht lediglich die §§ 1901 a und 1901 b BGB zu erwähnen, um die inhaltliche Ausgestaltung der Vollmacht zu umschreiben<sup>29</sup> oder „Vollmacht zu allen ärztlichen Maßnahmen“ zu erteilen. Die Ermächtigung zur

Nichteinwilligung oder zum Widerruf der Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme sollte einerseits so nah am Wortlaut wie nötig, andererseits aber auch so verständlich wie möglich für den juristischen Laien und den Arzt formuliert sein. Denkbar erscheint hier mit den Begriffen wie „Verweigerung und Abbruch der Behandlung“ zu arbeiten, die beide Kriterien erfüllen. Auch eine „Vollmacht zur Durchsetzung der in der Patientenverfügung geäußerten Wünsche“ erscheint gerade unter dem Gesichtspunkt der Warnfunktion ausreichend, wenn der Vollmachtgeber in der Patientenverfügung die möglichen Maßnahmen behandelt hat und beides in einer Erklärung zusammengefasst ist. Die Formulierung „Vollmacht zur Hilfe beim Sterben und zum Behandlungsabbruch“ dürfte als Umschreibung der in § 1904 Abs. 2 BGB dargestellten Situation verständlicher sein als der Gesetzeswortlaut und dennoch vor den existentiellen Folgen des Gebrauchs der Vollmacht warnen. Wie bereits bisher ist es nicht erforderlich, dass die Vollmacht die konkreten Gefahren und möglichen Folgen darstellt, die mit bestimmten Maßnahmen verbunden sind.<sup>30</sup>

#### C. Klarstellungen

Ein ausdrückliches Ziel des Gesetzgebers war es, die bereits bisher bestehende Rechtslage durch die Kodifikation stärker in das Bewusstsein der Menschen zu bringen. Deshalb sind eine Reihe von Regelungen geschaffen worden, die der Klarstellung von bereits bisher Bekanntem dienen.

#### I. Adressat der Patientenverfügung und des Behandlungsabbruchs

Schon die Lübecker Entscheidung des BGH hat jedenfalls für die Fälle, in denen der Patient einen Bevollmächtigten beauftragt hatte oder ihm ein Betreuer vom Gericht zur Seite gestellt worden war, angenommen, dass sich die Verfügung in erster Linie nicht an den Arzt, sondern an den Vertreter des Patienten richtet.<sup>31</sup> Der Vertreter hat dann auf der Grundlage der Verfügung über den weiteren Gang der Behandlung oder Nichtbehandlung zu entscheiden.

Die gelegentlich vertretene Meinung,<sup>32</sup> ein Vertreter könne wegen der höchstpersönlichen Natur der Einwilligung in eine medizinische oder pflegerische Behandlung eine solche Entscheidung nicht treffen und schon deshalb richte sich die Verfügung direkt an den Arzt, hat das Gericht abgelehnt und in der Traunsteiner Entscheidung<sup>33</sup> bekräftigt. Lediglich in den Fällen, in denen der Patient keinen Bevollmächtigten bestellt hat und auch vom Gericht kein Betreuer ernannt worden ist, konnte sich bislang die Verfügung direkt an den Arzt richten und von ihm ein bestimmtes Verhalten verlangen. Mit Recht wurde deshalb insoweit von der „Janusköpfigkeit“ der bisherigen Patientenverfügung gesprochen.<sup>34</sup>

Die gesetzliche Regelung hat die herrschende Meinung auch in der Hinsicht bestätigt, dass der Adressat der Verfügung eine

<sup>27</sup> I. S. d. § 1901 a Abs. 2 BGB.

<sup>28</sup> Sei es, weil die Voraussetzungen der Legaldefinition einer Patientenverfügung nicht erfüllt sind oder der Vertreter sie nicht in der aktuellen Situation für einschlägig hält.

<sup>29</sup> Ebenso Renner in Müller/Renner, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Rdnr. 307.

<sup>30</sup> Palandt/Diederichsen, *BGB*, 2009, § 1904 Rdnr. 7, Renner in Müller/Renner, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Rdnr. 308.

<sup>31</sup> BGH, NJW 2003, 1588, 1589 f. Ebenso Ihrig, *notar* 2009, 380, 383.

<sup>32</sup> LG München I, NJW 1999, 1788 = FamRZ 1999, 742; LG Augsburg, FamRZ 2000, 320, 321; *Lilie* in Wienke/Lippert, *Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben*, 2001, S. 75, 83; *Seitz*, ZRP 1998, 417, 420; *Soergel/Zimmermann*, *BGB*, 13. Aufl., § 1904 Rdnr. 42.

<sup>33</sup> BGH, NJW 2005, 2385.

<sup>34</sup> *Dieckmann*, *BWNotZ* 2004, 49, 54.

Entscheidung anstelle des Patienten zu treffen hat: Sowohl in § 1901 a Abs. 1 BGB als auch in dessen Abs. 2 wird dem Betreuer zunächst die Kompetenz zugewiesen, die Maßgeblichkeit der Verfügung für oder gegen die Behandlung des Patienten zu überprüfen. Er hat dann „dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen“, § 1901 a Abs. 1 Satz 2 BGB. Dies gilt für den Bevollmächtigten entsprechend, § 1901 a Abs. 5 BGB.

Auch das formelle Regelungskonzept der gefundenen gesetzlichen Lösung spricht dafür, dass sich die Verfügung als Anweisung im Innenverhältnis an einen Dritten richtet, der nicht mit dem behandelnden Arzt identisch sein kann. Als Kompensation für den Wegfall der Reichweitenbegrenzung und den Verzicht auf eine verbindlich vorgeschriebene ärztliche Beratung wurde das „Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens“ in § 1901 b BGB festgeschrieben. Es verlangt die Erörterung der indizierten Maßnahme zwischen dem Arzt und dem Vertreter, um durch die Dialektik des Gedankenaustauschs zu einer höheren Richtigkeitsgewähr der zu treffenden Entscheidung zu gelangen. Dieses Verfahren stellt als die auch verfassungsrechtlich gebotene Abwägung zwischen Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht des Patienten einen zentralen Schritt auf dem Weg zur Entscheidungsfindung dar. Eine solche Erörterung wäre völlig sinnlos, wenn der Arzt, verstanden als Adressat der Verfügung, das weitere Vorgehen auch mit sich selbst besprechen können sollte, wenn kein Vertreter vorhanden ist. Auch deshalb kann sich die Verfügung nicht an den behandelnden Arzt richten, sondern ausschließlich an den Vertreter. Erst recht richtet sie sich nicht an andere Personen oder Institutionen, wie etwa das Pflegepersonal oder ein Hospiz.<sup>35</sup> Die Patientenverfügung und der Behandlungswunsch sind heute nicht mehr janusköpfig! Das bedeutet aber auch, dass in allen Fällen, in denen es um die Anwendung der Patientenverfügung geht, ein Vertreter vorhanden sein muss, weil sonst das Verfahren nach § 1901 b BGB nicht durchgeführt werden kann.

Die Verfügung muss somit den Vertreter im Blick haben, also soweit vorhanden, den Bevollmächtigten oder sonst den vom Betreuungsgericht noch zu ernennenden Betreuer. Sinnvollerweise sind Patientenverfügung und Behandlungswunsch deshalb mit einer Vollmacht oder einer Betreuungsverfügung nach § 1897 Abs. 4 Satz 3 BGB<sup>36</sup> zu kombinieren.

## II. Keine Pflicht zur Aktualisierung

Aus dem Schweigen des Gesetzgebers zu einer bislang umstrittenen Frage ist zu schließen, dass er auch insoweit der Rechtsprechung folgt: Um die Wirksamkeit einer Verfügung aufrechtzuerhalten, bedarf es weiterhin nicht der regelmäßigen Bestätigung des einmal schriftlich (§ 1901 a Abs. 1 BGB) oder in sonstiger Weise (§ 1901 a Abs. 2 BGB) niedergelegten Willens.

Es bleibt somit bei der Verantwortung des Patienten, seinen einmal verfügten Behandlungswillen im Auge zu behalten und bei sich ändernden Umständen oder gewandelten Auffassungen über Krankheit und Tod rechtzeitig zu erkennen, dass er die Verfügung ebenfalls modifizieren muss.

Fraglich ist, ob es auch ohne gesetzliche Verpflichtung ratsam sein kann, den Bürger zu einer regelmäßigen Aktualisierung

seiner Verfügung anzuhalten.<sup>37</sup> Der Vorteil scheint darin zu liegen, dass unter Umständen einer wiederholten Unterschrift eine höhere Glaubwürdigkeit und damit der Entscheidung eine bessere Akzeptanz zukommt. Wenn aber der Patient nach mehrmaliger Aktualisierung, etwa im jährlichen Rhythmus, mehrere Jahre keine Unterschrift mehr geleistet hat, ist dieses Verhalten dann als eine innere Distanzierung vom Inhalt der früheren Verfügung, vielleicht sogar als konkludenter Widerruf zu verstehen? Es erscheint deshalb sinnvoller, es bei der gesetzlichen Regelung der Fortwirkung zu belassen, als durch eine gut gemeinte Anregung in manchen Fällen schwierige Auslegungsfragen aufzuwerfen. Aus der Beratungspraxis ist auch bekannt, dass viele Menschen nach einer intensiven Beschäftigung mit ihrer Patientenverfügung und ihrem eigenen Tod diesen Problemkreis mit der erstmaligen Errichtung für abgeschlossen halten; sie wollen sich oft damit nicht alle Jahre wieder beschäftigen, solange sich keine gravierende Änderung der Lebensumstände ergeben hat. Dem läuft der Rat zur freiwilligen regelmäßigen Aktualisierung zuwider.

## III. Keine Pflicht zur Beratung

Ebenso nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist die im Gesetzgebungsverfahren<sup>38</sup> und in der Literatur<sup>39</sup> viel diskutierte Frage, ob Voraussetzung der Wirksamkeit eines Behandlungswunsches oder wenigstens einer Patientenverfügung eine vorangegangene Beratung durch einen Arzt sein muss. Für die Pflicht zur ärztlichen Aufklärung spricht, dass der Patient ebenso wie z. B. bei der Einwilligung in eine Operation nur dann seine Zustimmung geben kann, wenn er umfassend über deren Folgen informiert ist. Er soll nicht in Unkenntnis von möglichen Methoden die Heilungs- oder zumindest Linderungschancen in seiner Lage zu pessimistisch einschätzen und deshalb zu früh den Behandlungsabbruch anordnen.

Dem ist der Gesetzgeber nicht gefolgt.<sup>40</sup> Zwar sei eine fachkundige Beratung sehr zu empfehlen. Die Risiken einer ohne fachkundige Beratung erstellten Verfügung dürften nicht überschätzt werden, da ohne eine solche ohnehin keine genügend präzise Anweisung i. S. d. § 1901 a Abs. 1 BGB formuliert werden könne. Allgemeine Wünsche und Richtlinien für künftige medizinische Behandlungen wären nur im Rahmen des § 1901 a Abs. 2 BGB als Indiz für den mutmaßlichen Patientenwillen maßgeblich und unterlägen insoweit der Prüfungspflicht des Vertreters.

Diese Ausführungen in den Materialien des Gesetzes belegen einmal mehr, welche hohe Hürde sich der Gesetzgeber für die Formulierung einer wirksamen Patientenverfügung i. S. d. § 1901 a Abs. 1 BGB vorgestellt hat.<sup>41</sup>

## IV. Gerichtliches Verfahren

Die betreuungsgerichtliche Genehmigung regeln die in den § 1904 BGB neu eingefügten Abs. 2 bis 4. So bestimmt

<sup>37</sup> So viele Formulare, z. B. „Vorsorge für Unfall, Krankheit und Alter“, herausgegeben vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 31: „Es empfiehlt sich, diese Verfügung regelmäßig (z. B. alle ein bis zwei Jahre) durch Unterschrift zu bestätigen.“

<sup>38</sup> *Bosbach*-Entwurf, BT-Drucks. 16/13314, S. 22; Anhörung der Experten im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 4.3.2009, BT-Drucks. 16/13314, S. 22.

<sup>39</sup> Z. B. *Berger*, JZ 2000, 798, 801; *Hollanders*, NotBZ 2005, 168, 171; *Zimmermann*, BWNotZ 1999, 57, 62. Vgl. *Renner* in Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rdnr. 363 m. w. N.

<sup>40</sup> *Stünker*-Entwurf, BT-Drucks. 16/8442, S. 14.

<sup>41</sup> Vgl. dazu oben Abschnitt B.I.1.

<sup>35</sup> So aber *Allert*, Die neue gesetzliche Regelung der Patientenverfügung, Bundes-Hospiz-Anzeiger 2009, Ausgabe 36, S. 1 f.

<sup>36</sup> Vgl. dazu *Palandt/Diederichsen*, 2008, Einf. v. § 1896 Rdnr. 8.

§ 1904 Abs. 2 BGB, dass grundsätzlich die Nichteinwilligung oder der Widerruf einer Einwilligung in eine ärztlich indizierte Maßnahme der gerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn die Gefahr besteht, dass der Patient aufgrund des Unterbleibens der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Dies entspricht dem bekannten § 1904 Abs. 1 BGB und war durch die Rechtsfortbildung in der Lübecker Entscheidung des BGH<sup>42</sup> auch seit 2003 anerkannt.

§ 1904 Abs. 3 BGB soll die Bindung des Betreuungsgerichts an den Willen des Patienten verdeutlichen und zwar sowohl für die bisher in Abs. 1 geregelten Fälle der Genehmigung von Gesundheitsmaßnahmen als auch für die neu hinzugekommenen Fälle der Verweigerung der Einwilligung.

Nach dem neuen § 1904 Abs. 4 BGB bedarf es aber keiner betreuungsgerichtlichen Genehmigung, wenn kein Konfliktfall vorliegt, also das Einvernehmen zwischen behandelndem Arzt und Vertreter darüber besteht, dass „die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung“ dem Willen des Betreuten entspricht. Der Gesetzgeber nimmt damit die von der Rechtsprechung in der Lübecker<sup>43</sup> und der Traunsteiner Entscheidung<sup>44</sup> entwickelte Einschränkung der Notwendigkeit einer gerichtlichen Genehmigung auf, weil er eine Einschaltung des Betreuungsgerichts zur Überprüfung der Vertreterentscheidung nicht für geboten hält, wenn Arzt und Vertreter keine Zweifel am Willen des Betreuten haben. Zum einen sichere nach der Begründung im *Stünker*-Entwurf<sup>45</sup> in diesen Fällen bereits das erforderliche Einvernehmen zwischen behandelndem Arzt und Betreuer, dass eine wechselseitige Kontrolle der Entscheidungsfindung stattfindet. Zum anderen entbehre ein generalisierender Missbrauchsverdacht gegen den behandelnden Arzt und den Betreuer jeder Grundlage.

#### D. Formulierungsvorschlag

Aufbauend auf dem früher in dieser Zeitschrift veröffentlichten Formulierungsvorschlag<sup>46</sup> stellen wir den nachfolgenden Text einer Vorsorgevollmacht mit einem Behandlungswunsch zur Diskussion. Als Sachverhalt wird hier die in der notariellen Beratungspraxis typische Situation angenommen, dass ein etwa 40 Jahre alter Gesunder Vorsorge für die Folgen eines Unfalls oder einer plötzlichen Erkrankung treffen will, also noch keine langfristig lebensbedrohliche Krankheit vorliegt. Der Vollmachtgeber hat sich weder ärztlich beraten lassen noch eine allzu präzise Vorstellung von den möglichen Szenarien, in denen seine Verfügung einmal eingreifen soll. Er will aber auf keinen Fall nach einem Schlaganfall oder einer nur teilweise geglückten Reanimation nach Herzinfarkt jahrelang im Koma liegen oder bei Altersdemenz und in einer Wachkoma-situation künstlich am Leben erhalten werden. Für seine finanziellen Angelegenheiten hat er anderweitig Vollmacht erteilt. Die Trennung in zwei Urkunden erscheint wegen der unterschiedlichen Formen des Vertrauens, welches die beiden Vollmachten erfordern, und aus Verschwiegenheitsgründen empfehlenswert.

Bei diesem Sachverhalt scheidet eine Patientenverfügung i. S. d. § 1901 a Abs. 1 BGB wegen mangelnder Bestimmtheit der einschlägigen Behandlungssituation und der Maßnahmen, in die hier (nicht) eingewilligt wird, aus. Es erscheint dennoch angebracht, auch diese Verfügung als Patientenverfügung (im

weiteren Sinne) zu bezeichnen, weil sich dieser Begriff für antizipierte (Nicht-)Einwilligungen in ärztliche Maßnahmen seit Jahren eingebürgert hat. Auch ist die zwar jetzt gesetzlich angelegte, aber tatsächlich nicht sauber zu ziehende Grenze zwischen der Patientenverfügung im engeren Sinne und dem Behandlungswunsch nach § 1901 a Abs. 2 BGB im Bewusstsein der Bevölkerung nicht verankert. Dem soll auch durch die einheitliche Bezeichnung Rechnung getragen werden.

(Urkundseingang)

Von der Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit des Erschienenen habe ich, der Notar, mich überzeugt.

I.

#### Vorsorgevollmacht

1.

Hiermit bevollmächtige ich, Carl Mustermann,

1. Frau Daniela Mustermann, geboren am 1.12.1970, Domplatz 1, 93047 Regensburg und

2. Frau Friederike Mustermann, geboren am 1.10.1980, Neupfarrplatz 1, 93047 Regensburg,

nachfolgend jeweils die Bevollmächtigte genannt,

und zwar jeweils einzeln und allein

sich um alle meine persönlichen Angelegenheiten zu kümmern, insbesondere im Hinblick auf eine spätere Erkrankung, Aufenthalte im Krankenhaus, Vertretung gegenüber Ärzten und Pflegern. Diese sind von der Verschwiegenheitspflicht der Bevollmächtigten gegenüber ausdrücklich befreit.

2.

Die Vollmacht ermächtigt die Bevollmächtigte daher insbesondere auch dazu, alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, zu denen ein Betreuer mit dem denkbar umfassendsten Aufgabenkreis befugt ist, insbesondere:

1. zur Wahrnehmung der Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge, auch zur Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, in eine Heilbehandlung oder in einen ärztlichen Eingriff, und zwar auch dann, wenn die begründete Gefahr besteht, dass ich aufgrund der Maßnahme sterbe oder einen schweren und einen länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleide (§ 1904 Abs. 1 BGB);
2. zur Hilfe beim Sterben und zum Behandlungsabbruch, wie dies nachfolgend in der Patientenverfügung niedergelegt ist (§ 1904 Abs. 2 BGB);
3. zur Bestimmung meines Aufenthalts. Die Vollmacht umfasst dabei auch die Befugnis zu einer Unterbringung von mir, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist (§ 1906 Abs. 1 BGB). Die Vollmacht ermächtigt ferner zur Entscheidung über freiheitsentziehende oder -beschränkende Maßnahmen durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise (§ 1906 Abs. 4 BGB).

3.

Die Bevollmächtigte ist aufgrund dieser Urkunde zur Verwaltung meines Vermögens oder zur Verfügung über mein

<sup>42</sup> MittBayNot 2003, 348.

<sup>43</sup> BGH, MittBayNot 2003, 348.

<sup>44</sup> BGH, NJW 2005, 2385.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 16/8442, S. 19.

<sup>46</sup> MittBayNot 2003, 348, 355.

Vermögen nicht berechtigt. Eventuell in anderen Urkunden erteilte Vollmachten werden dadurch aber nicht eingeschränkt.

Die Vollmacht gilt auch und gerade dann, wenn ich aufgrund einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung ganz oder teilweise nicht in der Lage bin, meine Angelegenheiten selbst zu besorgen. Ein Betreuer braucht und soll deshalb für mich nicht bestellt werden; ist seine Bestellung unumgänglich, soll die oder einer der Bevollmächtigten zum Betreuer ernannt werden. Die Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit; Untervollmacht kann nicht erteilt werden. Die Vollmacht ist jederzeit widerruflich.

## II.

### Patientenverfügung, Behandlungswunsch

#### 1.

Alle meine früheren Patientenverfügungen oder Behandlungswünsche hebe ich ersatzlos auf. Von nun an sollen nur die in dieser Urkunde niedergelegten Anordnungen oder spätere Änderungen gelten.

#### 2.

Die Bevollmächtigte bitte ich, dafür zu sorgen, dass ich zunächst angemessen medizinisch und pflegerisch betreut werde, schließlich mir auch Hilfe zum Sterben geleistet sowie mein hier niedergelegter Willen verwirklicht wird; dies schließt auch den Behandlungsabbruch mit ein. Auch ein eventuell bestellter Betreuer ist daran gebunden.

Wenn mein Grundleiden nach ärztlicher Überzeugung ohne Aussicht auf Besserung sein sollte sowie

- entweder der Tod ohnehin in kurzer Zeit eintritt oder
- ich mich infolge eines sehr weit fortgeschrittenen Hirnabbauprozesses (z. B. bei einer Demenzerkrankung) in einem Zustand befinde, in dem ich die Umwelt nicht mehr bewusst wahrnehme und auch mit Hilfestellung nicht mehr in der Lage bin, Nahrung und Flüssigkeit auf natürliche Weise zu mir zu nehmen, oder

- ich dauerhaft in einem Koma liege,

verfüge ich,

von allen Wiederbelebungsmaßnahmen und lebensverlängernden Maßnahmen abzusehen. Alle mein Leiden lindernde Maßnahmen der Basisbetreuung, z. B. eine ausreichende Schmerztherapie, sollen ergriffen werden, auch wenn sie lebensverkürzend wirken. Ich wünsche dann keine künstliche Beatmung und will auch nicht künstlich ernährt oder mit Flüssigkeit versorgt werden. Der natürliche Sterbeprozess soll seinen Lauf nehmen.

#### 3.

Ich weiß, dass mein Vertreter im Konfliktfall zu diesen Entscheidungen die Genehmigung des Betreuungsgerichts benötigt.

## III.

### Hinweise, Kosten, Abschriften

(...)

## Kapitalaufbringung und -erhaltung nach dem MoMiG – Welche Grenzen zieht § 43 a GmbHG?

Von Notar *Paul Michelfeit*, Werneck

Erklärtes Ziel des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>1</sup> war unter anderem, die Kapitalaufbringung und -erhaltung zu erleichtern.<sup>2</sup> Dieser Aufsatz untersucht unter dem Aspekt der Rück- oder Weiterzahlung des Kapitals die geltenden Regelungen der Kapitalaufbringung gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG (Abschnitt I.) und der Kapitalerhaltung gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG (Abschnitt II.). In einem dritten Teil (Abschnitt III.) werden die nach § 43 a GmbHG unverändert geltenden Beschränkungen gegenübergestellt und aufgezeigt, dass die Neuerungen in §§ 19, 30 GmbHG in vielen Fällen wegen § 43 a GmbHG fruchtlos sind.

### I. Kapitalaufbringung gemäß § 19 GmbHG

#### 1. Verbot des Hin- und Herzahlens

Die Gesellschafter einer GmbH sind verpflichtet, bestimmte Mindesteinlagen zur freien Verfügung der Geschäftsführung zu leisten (§§ 7, 8 und 19 GmbHG). Die „freie Verfügung“

wird in den Fällen des „Hin- und Herzahlens“ verneint, soweit nicht die Neuregelung in § 19 Abs. 5 GmbHG einschlägig ist (dazu Ziffer 5). Beim „Hin- und Herzahlen“ wird die geschuldete Bareinlage aufgrund einer vorab getroffenen Abrede wieder an die Gesellschafter zurückgezahlt, ohne dass ein sacheinlagefähiger Gegenanspruch der Gesellschaft vereinbart ist; deshalb liegt auch keine verdeckte Sacheinlage vor.<sup>3</sup> Die vorherige Absprache ist zwar notwendiges Tatbestands-

<sup>1</sup> BGBl 2008 I, S. 2026.

<sup>2</sup> Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drucks. 354/07, S. 1.

<sup>3</sup> *Leistikow*, Das neue GmbH-Recht, Rdnr. 271.

merkmal, wird bei Rückflüssen in zeitlichem Zusammenhang aber vermutet.<sup>4</sup>

## 2. Unbeachtlichkeit des Rechtsgrunds

Auf die schuldrechtliche Gestaltung des „Hin- und Herzah- lens“ kommt es nicht an. Verboten sind nicht nur das rechts- grundlose Hin- und Herzahlen,<sup>5</sup> sondern auch (unter anderen) die treuhänderische<sup>6</sup> oder darlehensweise<sup>7</sup> Rückzahlung. Die fehlende Einlagefähigkeit führte dazu, dass es jedenfalls im Rahmen der Kapitalaufbringung vor dem Inkrafttreten des MoMiG nicht auf die Werthaltigkeit der Gegenforderungen ankam.

## 3. Mittelbare Rückzahlungen

Ein „Hin- und Herzahlen“ liegt nicht nur bei der unmittel- baren, sondern auch der mittelbaren Rückzahlung an Gesell- schafter vor. Dies betrifft insbesondere die Weiterleitung an Personen, die für Rechnung des Gesellschafters handeln (also Treuhänder bzw. Strohmänner), die Weiterleitung an nahe Angehörige<sup>8</sup> und die Weiterleitung an andere, vom Inferenten beherrschte Unternehmen.

Im Hinblick auf beherrschte Unternehmen lässt der BGH ge- nügen, „dass der Inferent durch die Leistung des Dritten bzw. an den Dritten mittelbar in gleicher Weise begünstigt wird wie durch die unmittelbare Leistung.“<sup>9</sup> Die Weiterleitung an be- herrschte Gesellschaften sieht der BGH ausnahmslos als mit- telbare Rückzahlung. Dies betrifft insbesondere

- Cash-Pool-Systeme, bei denen das Kapital an eine vom Inferenten beherrschte Finanzierungsgesellschaft weiter- geleitet wird,<sup>10</sup>

<sup>4</sup> BGHZ 132, 133 = NJW 1996, 1286; BGH, NJW 2002, 3774 (aber nicht mehr bei mehr als acht Monaten); BGHZ 153, 107 = NJW 2003, 825; BGH, NZG 2008, 511 = GmbHR 2008, 818 (auch bei raten- weiser Rückzahlung); *Michalski/Ebbing*, GmbHG, § 19 Rdnr. 144 (Grenze bei sechs bis zwölf Monaten); *Leistikow*, Das neue GmbH- Recht, Rdnr. 239 (Grenze bei sechs Monaten); in allen Fällen, in denen die Vermutung nicht greift bzw. widerlegt wird, ist das Stamm- kapital wirksam aufgebracht, weshalb die Subsumtion unter § 30 GmbHG zu erfolgen hat, vgl. *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 902; die Sorge einer Lücke (*Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 432) ist m. E. unbegründet.

<sup>5</sup> BGH, NZG 2004, 618 = MittBayNot 2004, 373.

<sup>6</sup> BGHZ 165, 352 = NJW 2006, 906 = DNotZ 2006, 536 (Treuhand mit Nichtigkeit der Treuhandabrede); bemerkenswert ist, dass der Re- gierungsentwurf des MoMiG (BR-Drucks. 354/07, S. 79) „die Ein- zahlung auf ein Treuhandkonto des Geschäftsführers zugunsten der künftigen GmbH“ als zulässige Einlageleistung ansieht, was sowohl nach der BGH-Rechtsprechung als auch nach § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. allenfalls bei einem Fremd-Geschäftsführer denkbar ist, da es sonst schon am Hinzahlen fehlt.

<sup>7</sup> BGHZ 110, 47 = NJW 1990, 982 (für AG); BGHZ 153, 107 = NJW 2003, 825 (Darlehen an verbundenes Unternehmen); BGHZ 165, 113 = NJW 2006, 509 (Darlehen mit Nichtigkeit des Darlehens- vertrags).

<sup>8</sup> BGH, NJW 1982, 386 (zu § 30 GmbHG; das Urteil erwähnt obiter auch § 43 a GmbHG); *Goette*, DStR 1997, 1495, 1499 (mit Vorbehal- ten gegen eine Verallgemeinerung); anderes gilt für die umgekehrte Darlehensgewährung durch den Ehegatten an die GmbH: hier soll die eheliche Verbundenheit gerade kein Indiz für Eigenkapitalersatz sein, so BGH, GmbHR 2009, 876 m. Anm. *Bormann/Hösler*.

<sup>9</sup> So nur beispielhaft die Formulierung aus BGH, NZG 2007, 144 (Fall zu AG); nahezu wortgleich in BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736; weitere Beispiele: BGHZ 125, 141 = NJW 1994, 1477; OLG Dresden, GmbHR 2000, 34 = NJW-RR 2000, 563.

<sup>10</sup> BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736 (Cash-Pool); die Problematik entstand aber bereits spätestens mit BGH, NJW 2004, 1111, vgl. *Habersack*, NZG 2004, 689.

- und die typische personenidentische GmbH & Co. KG, bei der das vom GmbH-Gesellschafter eingezahlte Kapital der von den GmbH-Gesellschaftern beherrschten KG darlehensweise zur Verfügung gestellt wird und so in den Augen der Rechtsprechung an den GmbH-Gesellschafter *wegen seiner Stellung als Kommanditist* mittelbar zurück- fließt.<sup>11</sup>

Die Ausdehnung auf nahe Angehörige beruht auf einer Typisierung und geht auf §§ 89 Abs. 3, 115 Abs. 2 AktG zurück.

## 4. Rechtsfolgen

Da die vorgeblich geleistete Bareinlage beim Hin- und Her- zahlen nicht in der Gesellschaft verbleibt, hat die Zahlung an die GmbH (vorbehaltlich § 19 Abs. 5 GmbHG n. F.) keine Erfüllungswirkung (§ 362 BGB) hinsichtlich der Einlagever- pflichtung. Der Gesellschafter leistet nach der BGH-Recht- sprechung „nichts“. Darüber hinaus folgert der BGH aus dem Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften, dass die unzulässigen Verpflichtungsgeschäfte (Treuhandvertrag, Dar- lehensvertrag) nichtig seien.<sup>12</sup>

## 5. § 19 Abs. 5 GmbHG n. F.

Das reformierte GmbHG macht die vorstehend skizzierte Rechtsprechung nicht zur Makulatur. Vielmehr bestätigt § 19 Abs. 5 GmbHG n. F.,<sup>13</sup> dass es Leistungen an einlegende Ge- sellschafter gibt, die „wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage“ entsprechen, so dass der Gesellschafter nicht ohne weiteres von seiner Einlageverpflichtung befreit wird; dabei überlässt das Gesetz weiterhin der Rechtsprechung die Fest- legung des konkreten Anwendungsbereichs.

§ 19 Abs. 5 GmbHG n. F. eröffnet jedoch die Möglichkeit, an sich untersagte Gestaltungen zu wählen, wenn die folgenden, gesetzlich festgelegten Bestimmungen erfüllt sind:

- Die GmbH muss einen vollwertigen Rückgewähran- spruch haben.
- Der Rückgewähranspruch muss jederzeit fällig sein oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig gestellt werden können.
- Die Leistung oder Vereinbarung der Leistung ist in der Anmeldung nach § 8 GmbHG anzugeben.

Ist dies gegeben, wird die Einlageschuld erfüllt, obwohl die Mittel an den Gesellschafter wieder zurückfließen. Das GmbHG erkennt damit *indirekt* als Bareinlage auch die Ein- lage von Forderungen gegen Gesellschafter an und nimmt bei

<sup>11</sup> BGH, NZG 2008, 143 (GmbH & Co. KG) im Anschluss an OLG Hamm, NZG 2007, 395 und gegen OLG Jena, NZG 2006, 661; dass der Inferent auch als GmbH-Gesellschafter mittelbar an der KG be- teiligt ist, würde den Vorgang noch nicht unzulässig machen, so BGH, NJW 1992, 2698.

<sup>12</sup> BGHZ 165, 113 = NJW 2006, 509: „Wegen des Verstoßes gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften ist die Darlehensabrede unwirk- sam.“ BGH, NJW 2006, 906 = DNotZ 2006, 536: „Ließe sich mit der vorliegenden Treuhandkonstruktion eine Erfüllung der Bareinlage- schuld bewirken, würde damit diese im Ergebnis durch eine Forderung der Gesellschaft aus dem Treuhandverhältnis ersetzt, was Sinn und Zweck des § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG widerspräche und zur Unwirksamkeit der Treuhandabrede führen muss.“ Vgl. auch *Michalski*, GmbHG, § 19 Rdnr. 148.

<sup>13</sup> Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BR-Drucks. 354/07) sah zunächst eine Regelung als § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG vor. BT-Drucks. 16/6140, S. 76 bestätigt die grundsätzliche Fortgeltung der Rechtsprechung.

der Kapitalaufbringung erstmals eine bilanzielle Betrachtungsweise vor.<sup>14</sup>

Durch § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. können alle vorstehend genannten Rückzahlungsfälle (mit Ausnahme der rechtsgrundlosen Rückzahlung) grundsätzlich zulässig gestaltet werden.<sup>15</sup> Die einzelnen Kriterien verdienen jedoch eine genauere Betrachtung.

## a) Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs

### (1) Kritik am Ausschluss der Teilwertigkeit

§ 19 Abs. 5 GmbHG verlangt ausdrücklich die *Vollwertigkeit* des Rückgewähranspruchs. Eine „Teilwertigkeit“ genügt anders als bei Sacheinlagen (§ 19 Abs. 4 GmbHG n. F.) nicht.<sup>16</sup> Die Bundesregierung sah keinen Vorteil darin, wenn der Gesellschafter teilweise aus § 488 BGB auf Darlehensrückzahlung und teilweise aus § 19 GmbHG in Anspruch genommen wird. Ist keine Vollwertigkeit gegeben, weil der Gesellschafter nicht voll leisten kann, so würde der nur *teilweise* Anspruch aus § 19 GmbHG ohnehin *voll* ausfallen. Wichtig ist die Einlageforderung nur für die Haftung der Mitgesellschafter und Geschäftsführer, die im Rahmen der Ausfall- bzw. Schadensersatzhaftung ohnehin nur auf die Differenz haften.

Diese Überlegung ist im Wesentlichen zwar zutreffend, wenn an den Inferenten selbst zurückgezahlt wird. Bei der mittelbaren Rückzahlung kämen aber unterschiedliche Schuldner für die Ansprüche in Betracht, und bei den Verjährungsvorschriften ergeben sich Unterschiede. Da die Neuregelung ausdrücklich nur bei vollwertigen Rückgewähransprüchen gilt, bleibt es immer dann, wenn eine Teilwertigkeit vorliegt (und sei der Teilwert auch mit 90 % anzusetzen), bei der bisherigen Rechtslage: Der Gesellschafter leistet dann nicht zur freien Verfügung und ohne Erfüllungswirkung. Die schuldrechtlichen Abreden, z. B. ein Darlehensvertrag, sind nichtig. Auch die Rechtsprechung zu mittelbaren Rückzahlungen in Cash-Pools oder GmbH & Co. KGs ist unverändert anwendbar.

### (2) Voraussetzungen der Vollwertigkeit

Die geforderte Vollwertigkeit bedeutet nun, dass ein vorsichtiger Kaufmann den Kredit mit 100 % ansetzen kann. Der Empfänger muss leistungsbereit und leistungsfähig sein, wobei Letzteres voraussetzt, dass der Kredit vollständig durch Markt- und nicht nur Bilanzwerte gedeckt ist.<sup>17</sup> Die Gesetzes-

materialien sehen die Vollwertigkeit regelmäßig nicht gegeben, wenn das Kapital an „mit geringen Mitteln ausgestattete Erwerbsgesellschaften“ weitergeleitet wird.<sup>18</sup> So soll die GmbH vor einem Ausplündern geschützt sein. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Darlehensrückzahlung ist aber nicht erforderlich.<sup>19</sup>

Ob es aus Sicht der GmbH sinnvoll ist, den Kredit auszureichen, ist hingegen weder notwendige noch hinreichende Bedingung. Die Anknüpfung an ein bloßes „Interesse der Gesellschaft“<sup>20</sup> wurde gerade verworfen.

### (3) Folgerungen für die Praxis

Insbesondere wegen des Alles-oder-nichts-Prinzips ist bei der Darlehensgewährung Vorsicht geboten. Für die Praxis ist zu empfehlen, Darlehensgewährungen auf das notwendige und sichere Maß zu beschränken und den Darlehensempfänger (ggf. auch durch ein erhöhtes Stamm- oder Kommanditkapital) mit den nötigen Mitteln auszustatten.<sup>21</sup> Diese Warnung gilt insbesondere für den Standardfall der GmbH & Co. KG: Erhält die KG das vollständige Stammkapital der GmbH, während sie nur über geringe Kommanditeinlagen verfügt, dürfte die Werthaltigkeit schon angesichts der Gründungs- und Anlaufkosten der KG schnell gefährdet sein.

### b) Fälligkeit und Überwachungspflicht

Der Rückgewähranspruch muss fällig sein oder jedenfalls jederzeit fällig gestellt werden können.<sup>22</sup> Den Geschäftsführer trifft wegen der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit eine fortlaufende Überwachungspflicht, ob die Vollwertigkeit noch gegeben ist oder er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns den Rückforderungsanspruch geltend machen muss. Diese Pflicht folgt aus § 43 GmbHG.<sup>23</sup> Andererseits ändert ein späterer Wertverfall der Forderung nichts an der einmal eingetretenen Erfüllungswirkung hinsichtlich der Einlageverpflichtung und der Wirksamkeit des Darlehensvertrags.

### c) Offenlegung als Wirksamkeitsvoraussetzung oder Ordnungsvorschrift?

Ob die Offenlegung gegenüber dem Registergericht weitere Wirksamkeitsvoraussetzung oder bloße Ordnungsvorschrift im Registerverfahren ist, ist in der Literatur umstritten.<sup>24</sup> Der BGH hat sich in seiner „Qivive“-Entscheidung<sup>25</sup> bereits

<sup>14</sup> BT-Drucks. 354/07, S. 78; der Gesellschafter muss freilich das Geld noch einmal „vorzeigen“, bevor es die Gesellschaft zurückzahlt; *Wicke*, GmbHG, § 56 a Rdnr. 2 und *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 903 folgern daraus (m. E. das neue Recht konsequent zu Ende denkend), dass bei der Kapitalerhöhung die unmittelbare Forderungseinlage möglich sei; dagegen *Heckschen*, DStR 2009, 166, 173 und *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 36.

<sup>15</sup> Vgl. BR-Drucks. 354/07 zu § 8 Abs. 2 Satz 2 (nun § 19 Abs. 5) GmbHG, wo namentlich die Darlehensgewährung und die Beteiligung an Cash-Pool-Systemen erwähnt werden. Beachte aber für Kapitalerhöhungen die dort ebenfalls angesprochene Abgrenzung zur verdeckten Sacheinlage bei der Tilgung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Cash-Pool; dazu ausführlich *Herrler*, DNotZ 2008, 903, 906 f. und *Maier-Reimer/Wenzel*, ZIP 2008, 1449, 1454.

<sup>16</sup> Dies ergibt sich aus BT-Drucks. 16/6140, S. 66 (Gegenvorschlag Bundesrat) und S. 76 (Äußerung Bundesregierung); dabei wird zutreffend nur von der Erfüllungswirkung aus argumentiert und die Frage, ob das Verpflichtungsgeschäft nichtig ist, nicht angesprochen.

<sup>17</sup> BR-Drucks. 354/07 zu § 30 GmbHG (S. 94); *Leistikow*, Das neue GmbH-Recht, Rdnr. 359, 360; ob neben dem 100%igen Bilanzansatz auch eine Verzinsung nötig ist – so *Eusani*, GmbHR 2009, 795 ff. und *Blasche/König*, GmbHR 2009, 897 ff. unter Verweis auf BGH, NZG 2009, 107 („MPS“) – soll hier nicht näher untersucht werden.

<sup>18</sup> BR-Drucks. 354/07 zu § 30 GmbHG (S. 94).

<sup>19</sup> BGH, NZG 2009, 107 („MPS“); dazu *Altmeyden*, ZIP 2009, 49.

<sup>20</sup> So noch der Referentenentwurf vom 29.5.2006.

<sup>21</sup> Ungeklärt ist auch die Frage, ob bei einer verteilten Darlehensgewährung an mehrere Empfänger (z. B. bei einer Verwaltungs-GmbH als Mehrfachkomplementärin) jedes Darlehen isoliert betrachtet werden darf oder ein einziges nicht vollwertiges Darlehen die anderen „infiziert“.

<sup>22</sup> Der Begriff „jederzeit fällig“ ist wohl so zu verstehen, vgl. *Herrler*, DB 2008, 2347, 2348; die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/9737, S. 97 (die Aufnahme erfolgte erst in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses) ist sehr knapp.

<sup>23</sup> *Goette*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung zum MoMiG am 23.1.2008, S. 7 unter Verweis auf „Bremer Vulkan“ (BGH, NJW 2001, 3622); vgl. ausdrücklich BGH, NZG 2009, 107 zu § 93 AktG; *Altmeyden*, ZIP 2009, 49, 54 f.; *Nolting*, ZAP 2008, 567, 579.

<sup>24</sup> Bloße Ordnungsvorschrift: *Herrler*, DNotZ 2008, 903, 905 Fn. 11; Tatbestandsmerkmal: *Heckschen*, DStR 2009, 166, 173; *Lips/Randel/Werwigg*, DStR 2008, 2220, 2222; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 461; *Wälzholz*, GmbHR 2008, 841, 846 und MittBayNot 2008, 425, 431.

<sup>25</sup> BGH, NZG 2009, 463 = DStR 2009, 809; zustimmend *Pentz*, GmbHR 2009, 505, 511.

*obiter* festgelegt, dass es sich um eine Wirksamkeitsvoraussetzung handle. Anlass des Streits ist, dass erst § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG ohne ausdrückliche Benennung der Rechtsfolge die Offenlegung fordert. Ziel dieser Offenlegung ist, dem Registergericht die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen zu ermöglichen.<sup>26</sup> Dies spricht für eine bloße Ordnungsvorschrift und vermeidet auch Unstimmigkeiten mit § 3 Abs. 4 EGGmbHG, der für § 19 Abs. 5 GmbHG ausdrücklich Rückwirkung anordnet, wobei in der Vergangenheit naturgemäß keine Offenlegung erfolgt ist.<sup>27</sup> In Kauf zu nehmen wäre dann freilich, dass das Ziel einer effektiven Registerkontrolle ebenso wie bei verdeckten Sacheinlagen ohne größere zivilrechtliche Folgen unterlaufen werden kann.

#### d) Vorsorgliche Offenlegung

Unabhängig von der Rechtsfolge einer fehlenden Offenlegung stellt sich die Frage, wie der Geschäftsführer vorzugehen hat, wenn die Darlehensgewährung zwar nicht geplant ist, aber mittelfristig nicht ausgeschlossen werden kann, oder sie schon geplant, aber hinsichtlich Empfängern und Beträgen noch nicht konkretisiert ist.

Im ersten Fall ist zwar theoretisch § 30 GmbHG anwendbar. Da die *vorherige* Absprache bei zeitlichem Zusammenhang vermutet wird,<sup>28</sup> sollte sich der Geschäftsführer aber so verhalten, als ob § 19 GmbHG eingreifen würde. Ähnliches gilt im zweiten Fall, auch wenn das noch nicht konkretisierte Vorhaben möglicherweise noch nicht den Tatbestand einer Leistungsvereinbarung i. S. v. § 19 Abs. 5 GmbHG erfüllt.

Im Hinblick auf eventuelle Informationsgesuche des Registergerichts empfiehlt es sich, vorsorglich Darlehensverträge abzuschließen, die den Auszahlungszeitpunkt offen lassen und besonders bei mehreren möglichen Darlehensnehmern einen Leistungsvorbehalt der GmbH vorsehen, insgesamt nicht mehr als eine bestimmte Höchstsumme ausreichen zu müssen.

Sollte der Kreis der Darlehensnehmer noch nicht feststehen, wäre m. E. beispielsweise anzumelden:

Die geleisteten Stammeinlagen werden als Darlehen bis zu einer Höhe von ... € an die ... GmbH & Co. KG oder andere Kommanditgesellschaften, an denen die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin beteiligt ist, weitergegeben.

Eine effektive registergerichtliche Kontrolle ist dann mangels konkreter Daten natürlich nicht möglich, und einem Verlangen des Registergerichts nach näheren Informationen<sup>29</sup> könnte kaum nachgekommen werden; im Hinblick auf die zeitliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 19 GmbHG ist sie aber ggf. unvermeidlich.

<sup>26</sup> BT-Drucks. 16/9737, S. 97 f.

<sup>27</sup> Die Offenlegung wäre zwar schon bisher wegen § 8 Abs. 2 GmbHG erforderlich gewesen, hätte aber zur Verweigerung der Eintragung geführt. Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/9737, S. 101) kommentiert die Auswirkung im EGGmbHG überhaupt nicht. *Lips/Randel/Werwigk*, DStR 2008, 2220, 2222 sehen es offen, ob für Altfälle auf die Offenlegung wirklich verzichtet werden kann. *Goette* scheint das faktische Leerlaufen der Rückwirkung in Kauf zu nehmen (so seine Äußerungen beim Neunten Wissenschaftlichen Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 15.5.2009).

<sup>28</sup> Vgl. Fn. 4.

<sup>29</sup> *Herrler*, DNotZ 2008, 903, 905 und DB 2008, 2347, 2349 verlangt aber die Beifügung eines Vollwertigkeits- und Liquiditätsnachweises; *Heckschen*, DStR 2009, 166, 173 geht davon aus, dass in der Regel sogar ein Sachverständigengutachten nötig ist (was die erstrebte Vereinfachung m. E. zunichte machen würde).

## II. Kapitalerhaltung gemäß § 30 GmbHG

§ 30 GmbHG ergänzt die Vorschriften zur Kapitalaufbringung um die Bestimmung, dass „das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft ... an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden“ darf. Er erfasst alle Fälle, in denen das Kapital zunächst unter Beachtung der vorstehend geschilderten Regeln wirksam erbracht wurde und erst anschließend und aufgrund einer späteren Absprache ein Kapitalabfluss erfolgt.

### 1. Unbeachtlichkeit des Rechtsgrunds, mittelbare Rückzahlungen

Ähnlich wie bei § 19 GmbHG wendet die Rechtsprechung § 30 GmbHG auf alle Arten von „Auszahlungen“ an, unabhängig von ihrem Rechtsgrund und gleichviel, ob sie direkt oder nur mittelbar an einen Gesellschafter erfolgen. Ein Spannungsverhältnis zur Sacheinlage besteht hier nicht: § 30 GmbHG findet auf jede Verringerung des Gesellschaftsvermögens Anwendung,<sup>30</sup> insbesondere auch auf den Unterwert-Erwerb von Sachen von einem Gesellschafter. Voraussetzung ist aber eine Leistung *causa societatis* aufgrund der Stellung als Gesellschafter und nicht nur im Rahmen eines normalen Drittgeschäfts.<sup>31</sup>

### 2. (Teil-)Rückkehr zur bilanziellen Betrachtung

Nach ursprünglicher Meinung lag § 30 GmbHG jedoch eine bilanzielle Betrachtung zugrunde, d. h. bei einem Mittelabfluss von der Gesellschaft wurden vereinbarte Gegenleistungen berücksichtigt,<sup>32</sup> so dass Darlehensgewährungen bei vollwertigem Rückzahlungsanspruch möglich waren. Erst mit dem „November-Urteil“ vom 24.11.2003 hat der BGH entschieden, dass es bei Kreditgewährungen an Gesellschafter („upstream loans“) auf die Werthaltigkeit der Gegenforderung nicht ankomme.<sup>33</sup>

Dieses Urteil war Anlass für den Gesetzgeber, in § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n. F. ausdrücklich die bilanzielle Betrachtung zu normieren.<sup>34</sup> Zahlungen dürfen nun (wieder) auch aus dem Stammkapital im Rahmen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags oder bei Deckung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch erfolgen. Ebenso wie bei § 19 Abs. 5 GmbHG ist aber das Kriterium der Vollwertigkeit strikt zu beachten: Ein teilwertiger Rückgewähranspruch wird auch nicht teilweise berücksichtigt und, es bleibt dann bei den Grundsätzen des BGH-Urteils vom 24.11.2003.<sup>35</sup> Diese

<sup>30</sup> *Michalski*, GmbHG, § 30 Rdnr. 34.

<sup>31</sup> Vgl. *Michalski*, GmbHG, § 30 Rdnr. 41, 44.

<sup>32</sup> Der gesetzliche Anspruch aus § 31 GmbHG wurde aber natürlich nicht berücksichtigt, vgl. ausdrücklich BR-Drucks. 354/07, S. 95.

<sup>33</sup> NJW 2004, 1111 (Vollwertigkeit); *Reeman*, MittRhNotK 1996, 113, 121; zur früheren Meinung vgl. *Friedrich*, DStR 1991, 1118, 1120; *Müller*, BB 1998, 1804, 1805 m. w. N., aber auch schon mit ersten Anzeichen für die Änderung der Rechtsauffassung; die Änderung der Rechtsprechung ist noch nicht berücksichtigt in *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 43 a Rdnr. 7.

<sup>34</sup> BR-Drucks. 354/07 zu § 30 GmbHG (S. 93 f.)

<sup>35</sup> Die Freude von *Altmeyden*, ZIP 2009, 49, dass der Meinungsstreit um § 30 GmbHG überholt sei, scheint mir verfrüht. *Goettes* gegenteilige Ansicht (geäußert beim Neunten Wissenschaftlichen Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 15.5.2009; in DStR 2009, 51, 53 f. geht er darauf nicht ein) findet im Gesetz kaum eine Stütze, da dieses von einem „vollwertigen“ Anspruch spricht und nicht formuliert: „Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, soweit diese durch einen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt sind.“ Splittet man einheitliche Leistungen dennoch in einen gedeckten und einen nicht gedeckten Teil, so wäre dies auch bei § 19 Abs. 5 GmbHG nur konsequent.

Grundsätze ergeben sich jetzt als Umkehrschluss aber unmittelbar aus dem Gesetz.

Aus diesen Gründen sind Zweifel angebracht, ob – wie bezweckt – praktische Schwierigkeiten vermieden und vor allem in Cash-Pool-Systemen „alltägliche und wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehungen“ reibungslos ermöglicht werden:<sup>36</sup> In Cash-Pool-Systemen fordert § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ein tagesaktuelles Bewusstsein des jeweiligen Geschäftsführers einer Konzerngesellschaft, ob die Forderungen gegen den Cash-Pool vollwertig sind, was wiederum (tagesaktuell) von der Situation aller Konzerngesellschaften abhängt.<sup>37</sup> Zwar wird dies erst relevant, wenn in der Konzerngesellschaft ohne die Cash-Pool-Forderungen das Stammkapital verletzt wird. Weiter wird bei solider Finanzierung im Cash-Pool möglicherweise auch ein längerer Zeitraum mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abschätzbar sein. In Krisensituationen wird die Beteiligung am Cash-Pool aber besser rasch beendet.

### 3. Rechtsfolgen

In den Rechtsfolgen unterscheiden sich die §§ 30, 31 GmbHG erheblich von § 19 GmbHG: Ein Verstoß gegen § 30 GmbHG führt nicht zur Nichtigkeit der zugrundeliegenden Verträge und begründet lediglich einen gesetzlichen, sofort fälligen Erstattungsanspruch gemäß § 31 GmbHG.<sup>38</sup> § 134 BGB ist nicht anwendbar.<sup>39</sup> Der Erstattungsanspruch besteht parallel zu den Ansprüchen aus dem entgegen § 30 GmbHG getätigten Geschäft, z. B. aus Darlehen. Zu beachten ist, dass der selbständige Erstattungsanspruch der Gesellschaft auch nicht erlischt, wenn die Unterbilanz aus anderen Gründen nachträglich beseitigt wird.<sup>40</sup>

### 4. Überwachungspflichten des Geschäftsführers

§ 31 GmbHG führt zu einem zusätzlichen, gesetzlichen Rückzahlungsanspruch. Konstruktiv wäre es denkbar, diesen Anspruch auch nachträglich entstehen zu lassen, wenn die Vollwertigkeit später entfällt, und auf diese Weise die Gesellschafter in die Haftung zu nehmen. Dies hat die Regierungsbegründung jedoch ausdrücklich abgelehnt und auf die Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers verwiesen, wenn er ein (kündbares) Darlehen stehen lässt.<sup>41</sup> Die Haftung bei Nichtkündigung trifft über § 43 GmbHG also (allein) den Geschäftsführer. Dieser kann sich nicht dadurch entlasten, dass er die Prüfungszeitpunkte für die Vollwertigkeit durch entsprechende Kündigungsregelungen (z. B. Kündigung nur zum Quartalsende) reduziert. Zwar verlangt § 30 GmbHG (anders als § 19 Abs. 5 GmbHG) keine jederzeitige Fälligkeit, aber bei Darlehen besteht ein (jederzeitiges) außerordentliches Kündigungsrecht bei Vermögensverschlechterung (§ 490 Abs. 1 BGB).

<sup>36</sup> BR-Drucks. 354/07 zu § 30 GmbHG (S. 93 f.).

<sup>37</sup> Zur Notwendigkeit eines „Frühwarnsystems“ BGH, NZG 2009, 107.

<sup>38</sup> Vgl. auch BGH, NJW 2008, 2118 zur Rückgewähr einer Sache und Wertminderungen.

<sup>39</sup> BGH, NJW 1997, 2599 = DStR 1997, 1216 m. Anm. Goette; BGH, NZG 2007, 704; Michalski/Heidinger, GmbHG, § 30 Rdnr. 87, 88 mit Diskussion der anderen Behandlung im Aktienrecht; Friedrich, DStR 1991, 1118, 1121.

<sup>40</sup> BGH, NJW 2000, 2577 = DStR 2000, 1357; Abkehr von BGH, NJW 1988, 139; zur alten Rechtsauffassung Sotiropoulos, GmbHR 1996, 653, 656.

<sup>41</sup> BR-Drucks. 354/07, S. 94; dazu auch Altmeyden, ZIP 2009, 49, 54 f.

## III. Grenzen der Kapitalverwendung aus § 43 a GmbHG

### 1. Historischer Hintergrund

Anders als die §§ 19, 30 GmbHG wurde § 43 a GmbHG erst mit der Novelle von 1980 ins GmbHG eingefügt.<sup>42</sup> Unterstellt wurde, dass auch Mittelabflüsse an Fremdgeschäftsführer den Haftungsfonds der GmbH ähnlich wie Zahlungen an Gesellschafter schmälern können und Zuwendungen an Leitungsorgane typischerweise besonderen Gefahren unterliegen.<sup>43</sup>

Die praktische Bedeutung der Norm blieb vor allem in der Rechtsprechung, aber auch in der Literatur gering: Was nach § 43 a GmbHG verboten war, war in vielen Fällen ohnehin bereits nach § 19 oder § 30 GmbHG untersagt. Soweit es dann doch auf die Norm ankam, war ihre Anwendung oft unproblematisch.<sup>44</sup>

### 2. Bedeutung im Rahmen des MoMiG

Im Rahmen der Diskussion zum MoMiG blieb § 43 a GmbHG weitgehend unbeachtet.<sup>45</sup> Unausgesprochen befand es der Gesetzgeber nicht für nötig, § 43 a GmbHG um eine Parallelnorm zu § 19 Abs. 5 bzw. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zu ergänzen. Dadurch hat sich der Anwendungsbereich von § 43 a GmbHG faktisch wesentlich vergrößert: Während aufgrund des MoMiG bei §§ 19, 30 GmbHG viel erlaubt wurde, was bisher verboten war, blieb § 43 a GmbHG unverändert. Bei allen durch das MoMiG legalisierten Sachverhalten ist deshalb zu untersuchen, ob diese nicht § 43 a GmbHG unterfallen.

### 3. Grundtatbestand des § 43 a GmbHG

§ 43 a GmbHG beinhaltet in Satz 1 eine Verbotsnorm („darf nicht“) und in Satz 2 eine Rechtsfolgenregelung („ist zurückzugewähren“). Tatbestandsmerkmale der Verbotsnorm sind

- ein Kredit
- aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen
- an Geschäftsführer oder andere Leitungspersonen.

Umgehungsversuchen kann auch hier durch Auslegung der Tatbestandsmerkmale begegnet werden.<sup>46</sup> Der Begriff „Kredit“ scheint zunächst wesentlich enger als der Begriff der „Auszahlung“ in § 30 GmbHG. Erfasst sind neben Darlehen im Sinne des BGB aber auch wirtschaftlich vergleichbare Vorleistungen aller Art, z. B. Gehaltsvorschüsse.<sup>47</sup>

Bei der bilanziellen Betrachtung, ob das Stammkapital angegriffen wird, bestand (anders als bei § 30 GmbHG) schon im-

<sup>42</sup> BGBI I, S. 836; vgl. auch BT-Drucks. 8/1347, S. 74 und BT-Drucks. 8/3908, S. 75.

<sup>43</sup> Eine vertiefende Auseinandersetzung fand aber augenscheinlich auch 1980 nicht statt; vgl. die im Wesentlichen nur die Norm wiedergebenden Aufsätze von Deutler, GmbHR 1980, 145, 149; Priester, DNotZ 1980, 515, 532; K. Schmidt, NJW 1980, 1769, 1772.

<sup>44</sup> Fromm, GmbHR 2008, 537, 538 spricht vom „Schattendasein“; vgl. die unproblematische Abhandlung in BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736; in OLG München, GmbHR 1994, 181, 184 ist § 43 a GmbHG nur als alternative Norm neben § 30 GmbHG zitiert.

<sup>45</sup> Kurz erwähnt ist die Problematik nun bei Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdnr. 678, und K. Schmidt, GmbHR 2007, 1072, 1075.

<sup>46</sup> So ausdrücklich der gesetzgeberische Auftrag in BT-Drucks. 8/3908, S. 75.

<sup>47</sup> Heybrook/Theiselmann, GmbHG, § 43 a Rdnr. 5, 7; Michalski, GmbHG, § 43 a Rdnr. 26–28; Scholz/Schneider, GmbHG, § 43 a Rdnr. 36.

mer Einigkeit, dass die Gegenforderung gegen den Geschäftsführer nicht zu berücksichtigen ist. Sie wird quasi als wertlos fingiert.<sup>48</sup>

Nach einer Ansicht ist § 43 a GmbHG analog anzuwenden, wenn das Vermögen der Gesellschaft nach Kreditgewährung soweit absinkt, dass es zur Unterdeckung kommt.<sup>49</sup> Nach wohl herrschender Ansicht ist § 43 a GmbHG bei späterer Unterdeckung nur insoweit anzuwenden, als er die spätere Kreditverlängerung untersagt bzw. die Wahrnehmung von Kündigungsmöglichkeiten fordert.<sup>50</sup>

§ 43 a GmbHG findet zum einen unmittelbar und ohne Überschneidung mit den §§ 19, 30 GmbHG Anwendung auf Kredite, die *Fremdgeschäftsführern* oder anderen der in der Norm genannten Leitungspersonen gewährt werden. § 43 a GmbHG ist aber ebenso anzuwenden auf Gesellschafter-Geschäftsführer, und zwar parallel zur Anwendung der §§ 19, 30 GmbHG. In der typischen, *inhabergeführten* GmbH mit einem oder auch mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern ist eine nur wegen § 19 Abs. 5 oder § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zulässige Darlehensgewährung an den Gesellschafter stets zugleich eine Darlehensgewährung an den Geschäftsführer und damit ein Verstoß gegen § 43 a GmbHG. Inhabergeführte GmbHs profitieren daher von der Neuregelung nicht. Gerade bei solchen GmbHs war ein Hin- und Herzahlen aber schon bisher häufig zu beachten.

#### 4. Mittelbare Anwendung, insbesondere auf verbundene Unternehmen?

§ 43 a GmbHG ist analog anzuwenden, wenn seine Umgehung versucht wird. Eine Umgehung liegt jedenfalls vor, wenn die Kreditgewährung für Rechnung des Geschäftsführers erfolgt, also beispielsweise ein echtes Treuhand- oder Strohmännengeschäft vorliegt.<sup>51</sup>

Unabhängig von einer konkreten Umgehungsabsicht erfolgt darüber hinaus eine typisierende Anwendung von § 43 a GmbHG auf die Kreditgewährung an Ehegatten und minderjährige Kinder des Geschäftsführers (vgl. §§ 89, 115 AktG).<sup>52</sup>

Umstritten ist bei § 43 a GmbHG, ob auch die Kreditgewährung an mit einem Geschäftsführer *verbundene Unternehmen* dem Verbot unterfällt.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> *Saenger/Koch*, NZG 2004, 271; a. A. (aber im Bewusstsein der Mindermeinung) jedoch für besicherte Darlehen: *Müller*, BB 1998, 1804, 1806 Fn. 21; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 40; zur umstrittenen Frage, ob der Kredit durch (echte) Rücklagen gedeckt sein muss oder bloße Gewinnvorträge genügen vgl. *Fromm*, GmbHR 2008, 537, 539.

<sup>49</sup> *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 43; beachte, dass dies kein Fall des § 490 BGB ist, da sich ja nicht die Vermögensverhältnisse des Geschäftsführers verschlechtern.

<sup>50</sup> *Fromm*, GmbHR 2008, 537, 540; *Gessler*, BB 1980, 1385, 1389; *Heybrook/Theiselmann*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 10; *Michalski*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 34; denkbar wäre auch, die Nichtkündigung nur als Sorgfaltspflichtverletzung i. S. v. § 43 GmbHG zu behandeln.

<sup>51</sup> *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 33; *Goette*, DStR 1997, 1495, 1498.

<sup>52</sup> Vgl. die obiter erfolgte Erwähnung von § 43 a GmbHG in BGH, NJW 1982, 386; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 3; *Heybrook/Theiselmann*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 5 ohne Beschränkung auf Minderjährige; *Michalski*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 20 mit Plädoyer für eine Entlastungsmöglichkeit, wenn nachweislich kein Zusammenhang mit der Geschäftsführerstellung; *Michalski*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 21 und *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 34 unter Verweis auf Einzelfallprüfung bei sonstigen Verwandten.

<sup>53</sup> *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 4 a. E., m. w. N.; *Michalski*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 18; zum Begriff vgl. die Legaldefinition in § 15 AktG.

Von dieser Frage hängt ab, ob

- einer GmbH & Co. KG, in der der Geschäftsführer der Verwaltungs-GmbH zugleich Kommanditist ist, das GmbH-Stammkapital darlehensweise zur Verfügung gestellt werden darf;
- inhabergeführte Cash-Pool-Systeme (bei denen in der operativen Gesellschaft der Gesellschafter zugleich Geschäftsführer ist) möglich sind.<sup>54</sup>

Für die §§ 19, 30 GmbHG hat der BGH die Anwendung auf mit dem Gesellschafter verbundene Unternehmen rigoros bejaht – zuletzt auch ausdrücklich im Zusammenhang mit Cash-Pools und GmbH & Co. KGs.

Aktuelle Entscheidungen des BGH zu mittelbaren Anwendungsfällen bei § 43 a GmbHG liegen nicht vor. Allerdings gilt auch bei § 43 a GmbHG grundsätzlich ein Umgehungsverbot, und die abstrakte Gefahr einer Weiterleitung an den Geschäftsführer kann ebenso wie die einer Weiterleitung an den Gesellschafter bestehen. Deshalb scheint auf den ersten Blick eine Übertragung der zu §§ 19, 30 GmbHG ergangenen Rechtsprechung konsequent.<sup>55</sup> Dies würde bedeuten, dass § 43 a GmbHG immer anwendbar wäre, wenn der Geschäftsführer den tatsächlichen Zahlungsempfänger – ggf. auch über zwischengeschaltete Gesellschaften – beherrscht.<sup>56</sup>

#### a) Teleologischer Vergleich der §§ 19, 30, 43 a GmbHG

Auch wenn dieses Ergebnis *prima facie* naheliegender erscheint, soll es ausgehend vom Zweck der Normen überprüft werden. Im Vergleich zu § 43 a GmbHG wesentliches Merkmal der §§ 19, 30 GmbHG ist, dass diese Normen die Gläubiger nur vor *konkreten Vermögensminderungen* schützen: Nur wenn die Gegenforderungen tatsächlich nicht vollwertig sind, greifen die Sanktionen. Darüber hinausgehende, andere Bedenken, z. B. dass Darlehen an Gesellschafter grundsätzlich riskant sein könnten, stellt der Gesetzgeber hier bewusst zurück.

§ 43 a GmbHG dagegen verbietet bereits den bloßen Aktivtausch „Geld gegen Forderung“.<sup>57</sup> Er begegnet schon bloß *abstrakten Vermögensgefährdungen* und verbietet Kredite allein deshalb, weil sie typischerweise besondere Risiken mit sich bringen.<sup>58</sup> Diese Risiken lassen sich unter die Begriffe der fehlenden *Objektivitätsgarantien*<sup>59</sup> und der *Vermischung der Risikosphären* zusammenfassen. Der Gesetzgeber fürcht-

<sup>54</sup> So der Sachverhalt in BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736.

<sup>55</sup> Pauschal verneinend aber *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 3, wobei nicht klar ist, ob dort zwischen den drei Fallgruppen differenziert wird; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 4 und *Michalski*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 29 jeweils konkret verneinend zu Management-Buy-Out, da die Gesellschaft und nicht der Geschäftsführer begünstigt sei; eine Diskussion der mittelbaren Begünstigung erfolgt nicht.

<sup>56</sup> *Wittkowski*, GmbHR 1990, 544, 550 untersucht beim Management-Buy-Out genau so eine Situation, lehnt die Eliminierung der Holding-Instanz für § 43 a GmbHG jedoch deutlich ab; dabei konnte er aber die spätere Rechtsprechung natürlich nicht einbeziehen.

<sup>57</sup> Diese Feststellung greift auch historisch, da 1980 im Rahmen des § 30 GmbHG die Gegenforderung ebenfalls berücksichtigt wurde.

<sup>58</sup> Vgl. *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 1; *Michalski*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 1; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 a Rdnr. 1 und 8–15 (die Ausführungen zum Hin- und Herzahlen zum Zweck der Sterngründung treffen auf den Gesellschafter aber ebenso zu, und hier nimmt der Gesetzgeber in § 19 Abs. 5 GmbHG nun genau eine andere Wertung vor); *Müller*, BB 1998, 1804, 1807; a. A. *Helmreich*, GmbHR 2004, 457, 461, der den Stammkapitalschutz betont.

<sup>59</sup> Vgl. *Sotiropoulos*, GmbHR 1996, 653, 655.

tet, dass Kredite innerhalb der Leitungsorgane überhöht, zu unangemessenen Konditionen oder ohne hinreichende Sicherheiten gewährt werden. Weiter würde die Gesellschaft mit Liquiditätsrisiken aus der Sphäre ihrer Leitungspersonen belastet. Ob das Insolvenzrisiko dabei an sich schon höher ist als bei der Kreditgewährung an Dritte, kann dahinstehen,<sup>60</sup> denn die Geschäftsführung müsste sich zur Risikovermeidung selbst als Kreditnehmer überwachen und ihre eigene Solvenz objektiv prüfen.

Diese Risikoeinschätzung rechtfertigt aus Sicht des Gesetzgebers das *abstrakt-generelle Verbot* bestimmter Kredite unabhängig von ihrer konkreten Gestaltung bzw. der Werthaltigkeit der Gegenforderung. Die Stringenz von § 43 a GmbHG leidet im Verhältnis zu den §§ 19, 30 GmbHG freilich daran, dass der Geschäftsführer nicht nur seinen Mitgeschäftsführern, sondern auch den Gesellschaftern Loyalität entgegenbringen wird;<sup>61</sup> auch Gesellschafterkredite dürften kaum objektiver als Geschäftsführerkredite verhandelt sein, und auch bei Gesellschafterkrediten werden persönliche Insolvenzrisiken auf die GmbH übertragen.

Diese Kritik sollte *de lege ferenda* Anlass geben, die Konzeption von § 43 a GmbHG insgesamt zu überdenken. *De lege lata* kann sie aber nichts an den gerade durch das MoMiG geklärten gesetzgeberischen Wertungen ändern.

#### b) Folgerungen für die mittelbare Anwendung

Aus dem so skizzierten Leitbild der Normen folgt zunächst, dass § 43 a GmbHG einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich als § 30 GmbHG hat, da er neben den konkreten Gefährdungen wie bei § 30 GmbHG auch schon bloß abstrakte Gefährdungen genügen lässt. Will die Norm diesen abstrakten Gefahren effektiv begegnen, muss sie vergleichbar wie § 30 GmbHG erst recht auf Umgehungssachverhalte angewandt werden, die dieselben abstrakten Risiken in sich bergen.

Würde die Anwendung auf die Kreditgewährung an vom Geschäftsführer beherrschte Gesellschaften verneint, so könnte § 43 a GmbHG zunächst durch die Zwischenschaltung einer Gesellschaft systematisch umgangen werden. Erfasst würden nur nachgewiesene Strohmannfälle. Dieser Nachweis wäre aber kaum möglich, da außen stehende Gläubiger Kenntnis von internen Absprachen haben müssten und solche Absprachen bei faktischer Beherrschung auch nicht erforderlich sind.

Im Hinblick auf die Risikobewertung ist auch nicht ersichtlich, warum derselbe Geschäftsführer einen Kredit objektiver verhandeln sollte, wenn er nicht für sich selbst, sondern (nur) für ein ihm gehörendes Unternehmen zeichnet. Die Liquiditätsrisiken der zwischengeschalteten Gesellschaft werden bei genereller Betrachtung ebenso kaum geringer sein als die persönlichen Risiken des Geschäftsführers. Betrachtet man eine klassische GmbH & Co. KG, in der ein Geschäftsführer zugleich wirtschaftlich beherrschender Kommanditist ist, so hat er ein wirtschaftliches Interesse am Erfolg der KG. Ein allein den Interessen der GmbH verpflichtetes Handeln ist nicht zu erwarten.

Da schlicht keine Gründe ersichtlich sind, die die unterstellte, mangelnde Objektivität und die Vermischung von Risikosphären aufwiegen würden, ist § 43 a GmbHG auch bzw. wegen des abstrakten Ansatzes sogar erst recht analog auf die Kreditgewährung an mit dem Geschäftsführer verbundene Unternehmen anzuwenden.

<sup>60</sup> So erwähnt bei Michalski, GmbHG, § 43 a Rdnr. 1 und Scholz/Schneider, GmbHG, § 43 a Rdnr. 30.

<sup>61</sup> Zur Weisungsabhängigkeit vgl. Altmeyden, ZIP 2009, 49, 53 f.

#### 5. Rechtsfolgen von § 43 a GmbHG

Unabhängig von seiner mittelbaren Anwendung steht schon allein aufgrund des unmittelbaren Anwendungsbereichs von § 43 a GmbHG fest, dass die Problematik der Darlehensgewährung nun in vielen Fällen von §§ 19, 30 GmbHG auf § 43 a GmbHG verlagert ist. Deshalb lohnt ein Blick auf die Rechtsfolgen.

Die unmittelbar in § 43 a GmbHG angeordnete Rechtsfolge ist ein sofort fälliger Rückzahlungsanspruch. Dieser Anspruch richtet sich allein gegen den Leistungsempfänger.<sup>62</sup> Eine Anwendung von § 134 BGB wäre wegen des Wortlauts „darf nicht“ in § 43 a GmbHG zwar denkbar. Es besteht aber Einigkeit, dass abgeschlossene Darlehensverträge trotz Verstoßes gegen § 43 a GmbHG wirksam sind.<sup>63</sup> Allerdings ist dem Geschäftsführer wegen des Verbots aus § 43 a GmbHG trotz wirksamen Darlehensvertrags die Auszahlung unter Androhung der Schadensersatzhaftung des § 43 GmbHG verboten.<sup>64</sup>

Trotz wirksamen Darlehensvertrags besteht ein Leistungsverweigerungs- und Aufrechnungsrecht mit dem sofortigen Rückgewähranspruch.<sup>65</sup>

#### 6. § 43 a GmbHG und die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG

Neben den sich aus § 43 a GmbHG folgenden Rechtsfolgen stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Verletzung von § 43 a GmbHG in der Gründungsphase auf die Wirksamkeit der Kapitalaufbringung und die abzugebenden Versicherungen hat.

##### a) Auswirkungen auf die Einlageleistung

Zunächst fordert § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Versicherung, dass die Einlagen (zur freien Verfügung) bewirkt sind.<sup>66</sup> Soweit aber § 19 Abs. 5 GmbHG beachtet wird, ist die Einlageverpflichtung trotz Rückfluss an den Gesellschafter-Geschäftsführer kraft gesetzlicher Anordnung erfüllt.<sup>67</sup> Daran ändert ein eventueller Verstoß gegen § 43 a GmbHG nichts.

##### b) Offenlegung von Änderungen in der Kapitalzusammensetzung

Da Bedingung des § 19 Abs. 5 GmbHG die Vollwertigkeit der Gegenforderung ist, liegt in einer nach § 43 a GmbHG verbotenen Darlehensgewährung auch kein anzugebender Wertverzehr (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 GmbHG). Unabhängig davon, ob die bloße *Änderung in der Zusammensetzung* des

<sup>62</sup> Bei mittelbarer Auszahlung ist Schuldner entsprechend § 30 GmbHG wohl die Leitungsperson, der der Empfänger zuzurechnen ist.

<sup>63</sup> BT-Drucks. 8/3908, S. 75; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 Rdnr. 32 und § 43 a Rdnr. 7; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 a Rdnr. 12; Michalski, GmbHG, § 43 a Rdnr. 39; Scholz/Schneider, GmbHG, § 43 a Rdnr. 49; Gessler, BB 1980, 1385, 1389; Goette, DStR 1997, 1495, 1496; Friedrich, DStR 1991, 1118, 1120; Sotiropoulos, GmbHR 1996, 653, 656.

<sup>64</sup> BT-Drucks. 8/3908, S. 75.

<sup>65</sup> Heybrook/Theiselmann, GmbHG, § 43 a Rdnr. 18; Michalski/Heidinger, GmbHG, § 30 Rdnr. 83, der zutreffend darauf hinweist, dass den Geschäftsführer selbst ein Auszahlungsverbot trifft; Scholz/Schneider, GmbHG, § 43 a Rdnr. 52.

<sup>66</sup> Vgl. Baumbach/Hueck, GmbHG, § 7 Rdnr. 8.

<sup>67</sup> Vgl. BR-Drucks. 354/07 zu § 8 Abs. 2 Satz 2 (nun § 19 Abs. 5) GmbHG: „Sind die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Satz 2 erfüllt, kann eine ordnungsgemäße Kapitalaufbringung selbstverständlich auch nicht mehr unter Berufung auf § 19 Abs. 2 Satz 1 abgelehnt werden.“

Stammkapitals in der Anmeldung anzugeben ist,<sup>68</sup> wird in der Praxis die Offenlegung wegen § 19 Abs. 5 GmbHG künftig schon „freiwillig“ erfolgen: Wird die Darlehensgewährung an den *Gesellschafter* offen gelegt, so ist dies ja in vielen Fällen zugleich die Darlehensgewährung an den personenidentischen Geschäftsführer.

### c) Eintragungspflicht trotz Verstoß gegen § 43 a GmbHG?

Daraus resultiert aber die registerrechtliche Folgefrage, wie das Registergericht auf den Verstoß gegen § 43 a GmbHG reagieren darf: Muss sich das Registergericht auf die Prüfung der Werthaltigkeit beschränken (§ 19 Abs. 5 GmbHG) oder darf es den Verstoß gegen § 43 a GmbHG ahnden? Gemäß § 9 c GmbHG ist die Eintragung abzulehnen, wenn die Gesellschaft „nicht ordnungsgemäß errichtet und angemeldet“ ist. Im Hinblick auf die von § 43 a GmbHG nicht betroffene Errichtung im engeren Sinn, die Wirksamkeit der Kapitalaufbringung und die bei Offenlegung auch richtige Anmeldung besteht m. E. kein Eintragungshindernis.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Für die AG bejahend: BGH, NJW 1992, 3300, 3303; für die GmbH bejahend: *Keilbach*, MittRhNotK 2000, 365, 375; *Lindemeier*, RNotZ 2003, 503, 505 bezeichnet dies zwar als mutmaßliche Meinung des BGH, wendet sich aber aus vermeintlich praktischen Gründen dagegen.

<sup>69</sup> Vgl. zum Prüfungsumfang auch *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 9 c Rdnr. 8; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 9 c Rdnr. 19.

## IV. Ergebnis

Die Einfügung von § 19 Abs. 5 bzw. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG hat in vielen Fällen die Kapitalverwendung erleichtert. Allerdings hat der Gesetzgeber die mittelbare Anwendung der Normen nicht zurückgedrängt und mit dem Erfordernis der „Vollwertigkeit“ ein Damoklesschwert über alle Gestaltungen gehängt, das mit größter Vorsicht zu behandeln ist.

Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber § 43 a GmbHG nicht gewürdigt. Immer dann, wenn ein Gesellschafter zugleich geschäftsführend tätig ist, verlagert sich die Problematik nun von einer Norm auf die andere.

Insbesondere ist zu erwarten, dass die von der Rechtsprechung bereits zu §§ 19, 30 GmbHG entwickelten Erkenntnisse nun auf § 43 a GmbHG übertragen werden. Weder Cash-Pool-Gestaltungen noch die klassische GmbHG & Co. KG sind vor einer mittelbaren Anwendung des § 43 a GmbHG sicher.

Die Rechtsprechung bleibt aufgerufen, den neuen Regeln durch eine klare Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 43 a GmbHG möglichst zur praktischen Wirksamkeit zu verhelfen. Die eigentliche Aufgabe liegt jedoch beim Gesetzgeber, der § 43 a GmbHG grundsätzlich überarbeiten sollte. Dabei sollte bedacht werden, dass eine konkrete Schädigung der Gesellschaft ohnehin § 43 GmbHG unterfällt und den Geschäftsführern (im Einvernehmen mit der Gesellschafterversammlung) jedenfalls das erlaubt werden sollte, was auch den Gesellschaftern gestattet ist.

## Vererbung von Immobilien in Griechenland durch deutsche Staatsangehörige

Von Notar a. D. Dr. *Gerd Lintz*, Landsberg am Lech, und  
Prof. Dr. *Joannis Papadimopoulos*, Larissa, Griechenland

Der Kauf von Grundstücken in Griechenland durch deutsche Staatsangehörige erfolgt inzwischen relativ problemlos, insbesondere in den Gebieten, in denen das neue Nationale Grundbuch<sup>1</sup> eingeführt ist, dem ein auch nach deutschem Vorbild gestaltetes Katastersystem zugrundeliegt. Der Vollzug der in einem deutschen Testament getroffenen Verfügungen stößt aber in Griechenland häufig auf rechtliche und tatsächliche Probleme. Dies muss der Notar berücksichtigen, der ein Testament (auch) bezüglich eines in Griechenland gelegenen Grundbesitzes beurkundet.

### I. Vorbemerkung

Es gibt inzwischen einige deutschsprachige Darstellungen des griechischen Erbrechts.<sup>2</sup> Manche beschränken sich auf die

<sup>1</sup> Dazu ausführlich *Papadimopoulos/Lintz*, ZfIR 2009, 254.

<sup>2</sup> Zum Beispiel: *Georgiades* in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, Band III, Länderbericht Griechenland; NK-BGB/*Galanulis*, 2004, Band 5, Länderbericht Griechenland; *Stamatiadis/Tsantinis* in Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2007; *Ziouvas* in Frank/Wachter, Handbuch Immobilienrecht in Europa, 2004; *Schömmner/Kosmidis*, Internationales Erbrecht Griechenland, 2007.

Darstellung des Sachrechts. Andere berücksichtigen zwar auch das Internationale Erbrecht; die Ausführungen hierzu sind allerdings oft recht knapp, beschränken sich auf Grundsätzliches und geben kaum Hinweise für die Praxis: Vor allem findet man aber kaum Ausführungen darüber, wie eine in Deutschland getroffene letztwillige Anordnung in Griechenland vollzogen werden kann.<sup>3</sup> Die vorliegende Abhandlung will deshalb die speziellen Probleme bei Errichtung

<sup>3</sup> Dazu *Stamatiadis/Tsantinis* in Süß, Erbrecht in Europa, Rdnr. 69–80 und *Schömmner/Kosmidis*, Internationales Erbrecht Griechenland.

eines Testaments durch einen Erblasser, der auch Grundbesitz in Griechenland hat, sowie die rechtlichen und tatsächlichen Fragen des Vollzugs der testamentarischen Anordnungen in Griechenland behandeln. Praktische Erfahrungen größeren Umfangs fehlten allerdings bisher, da wegen der früher stärkeren Erwerbsbeschränkungen für Ausländer die ersten nennenswerten Käufe von in Griechenland gelegenen Grundstücken durch deutsche Staatsangehörige erst Ende der 80er-Jahre erfolgten, die große Zahl an Erbfolgen also erst ansteht. Jedoch zeichnet sich bereits ab, dass der Vollzug, d. h. die Umsetzung der in Deutschland angeordneten Erbfolge in Griechenland auf erhebliche praktische und theoretische Schwierigkeiten stößt. Allerdings kann das Problem der Abwicklung einer Erbfolge durch vorzeitige Überlassung zu Lebzeiten umgangen werden. Für eine solche Überlassung, soweit sie an Abkömmlinge geht, bestehen in Griechenland keine Einschränkungen und keine besonderen Genehmigungserfordernisse, so dass die Durchführung und der Vollzug von Überlassungen unter Lebenden in Griechenland stark erleichtert sind.

Betroffen sind ca. 30 000 Immobilien deutscher Staatsangehöriger in Griechenland. Um das Ergebnis sogleich vorwegzunehmen: Will ein deutscher Staatsangehöriger mit Grundbesitz in Griechenland in Deutschland ein Testament errichten, sollte der beurkundende Notar, obwohl sowohl aus deutscher wie auch aus griechischer Sicht ausschließlich deutsches materielles Erbrecht gilt, dringend darauf hinwirken, dass zwei getrennte, sich aber nicht widersprechende Testamente errichtet werden, von denen eines ausschließlich den Grundbesitz in Griechenland betrifft. Dieses (einseitige) Testament sollte nach Möglichkeit auch dem griechischen materiellen Sachen- und Erbrecht Rechnung tragen.

## II. Testamenterrichtung

### 1. Materielles Erbrecht (Erbstatut)

Bei deutschen Staatsangehörigen gilt für die Rechtsnachfolge von Todes wegen auch für den in Griechenland belegenen Grundbesitz deutsches Recht. Denn die Rechtsnachfolge von Todes wegen richtet sich aus deutscher Sicht nach dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte (Art. 25 Abs. 1 EGBGB). Damit gilt für den deutschen Staatsangehörigen grundsätzlich deutsches (Erb-)Recht. Besitzt er aber Auslandsvermögen und unterliegt dieses Vermögen besonderen Vorschriften des Belegenheitsstaates, so gehen diese dem deutschen Recht vor (Art. 3 a Abs. 2 EGBGB). Zu solchen Vorschriften zählen nach herrschender Meinung auch IPR-Regeln des fremden Staates, etwa wenn sie eine Nachlassspaltung anordnen. Das griechische Internationale Erbrecht beruht jedoch ebenfalls auf dem Prinzip der Nachlassseinheit: Auch aus griechischer Sicht gilt für alle erbrechtlichen Verhältnisse das Recht der Staatsangehörigkeit des Erblassers zur Zeit seines Todes (Art. 28 ZGB). Diese Kollisionsnorm gilt in gleicher Weise für die Beerbung von Griechen im Ausland wie von Ausländern in Griechenland. Auch das griechische IPR verweist also auf das deutsche materielle Recht, ausdrücklich nicht aber auf das deutsche IPR (Art. 32 ZGB). Damit beurteilt sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen für deutsche Staatsangehörige hinsichtlich des in Griechenland belegenen Grundbesitzes auch aus griechischer Sicht nach deutschem Erbrecht. Somit gilt auch für den Inhalt letztwilliger Verfügungen, die sich auf in Griechenland belegenen Grundbesitz beziehen, deutsches Recht.

### 2. Formelles Erbrecht (Formstatut)

Nach deutschem IPR ist ein Testament u. a. formgültig, wenn entweder das Heimatrecht des Erblassers zur Zeit seines

Ablebens oder das Recht des Staates, in dem das Testament errichtet wurde, beachtet ist (Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 EGBGB). Testamente von Deutschen oder Testamente, die in Deutschland errichtet wurden, sind also formgültig, wenn sie den deutschen Vorschriften entsprechen. Nach griechischem IPR richtet sich die Frage der Testamentsform nach den Grundsätzen über die Form von Rechtsgeschäften (Art. 11 ZGB). Danach ist ein Testament formgültig, wenn es dem für seinen Inhalt maßgebenden Recht, also in unserem Fall deutschem Recht, entspricht (Art. 28 ZGB), oder wenn es dem Recht des Staates, in dem das Testament errichtet wurde, oder dem Heimatrecht des Erblassers entspricht. In Art. 26 Abs. 1 bis 3 EGBGB ist das Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5.10.1961 inkorporiert, das auch in Griechenland gilt (ratifiziert durch Gesetz 1325/1983); es wurde aber nicht in das ZGB aufgenommen. Danach (Art. 1 des Übereinkommens) ist eine letztwillige Verfügung hinsichtlich ihrer Form gültig, wenn sie – alternativ – der Ortsform entspricht, der Form des Heimatrechts des Erblassers, der Form am Wohnsitz des Erblassers oder der Form am gewöhnlichen Aufenthalt. Für die Formwirksamkeit maßgeblich ist u. a. der Zeitpunkt, in dem der Erblasser letztwillig verfügt hat; deshalb ist ein späterer Wohnsitzwechsel oder ein Wechsel der Staatsangehörigkeit unschädlich. Daher kommt man, gleich aus welcher Sicht, immer zum selben Ergebnis: Von Deutschen oder in Deutschland errichtete Testamente, die nach deutschem Recht formgültig sind, werden auch in Griechenland als (form-)wirksam anerkannt.

### 3. Erbvertrag, gemeinschaftliches Testament

Nach wie vor umstritten ist die Frage, ob eine Verfügung von Todes wegen durch einen deutschen Erblasser über ein in Griechenland gelegenes Grundstück auch in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament errichtet werden kann. Unstreitig ist inzwischen – trotz Art. 4 des Haager Übereinkommens – sowohl in Griechenland als auch in Deutschland, dass die Frage der Zulässigkeit eines gemeinschaftlich errichteten Testamentes oder eines Erbvertrages keine Formfrage, sondern eine Frage des materiellen Erbrechts ist. Für die Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testamentes und des Erbvertrages ist also aus griechischer Sicht kollisionsrechtlich das Erbstatut des Art. 28 ZGB maßgebend. Das griechische Erbstatut verweist aber über Art. 28 ZGB auf das deutsche Erbrecht. Somit könnte primär also auch die Verfügung über ein in Griechenland gelegenes Grundstück durch einen deutschen Erblasser in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament errichtet werden. Allerdings kennt auch das griechische IPR in Art. 33 ZGB den Vorbehalt des *ordre public*. Als mit dem griechischen *ordre public* unvereinbar angesehen wird der Erbvertrag als Berufungsgrund, weil er in Griechenland nach herrschender ethischer Grundvorstellung als unzulässige Beschränkung der Freiheit und Selbstbestimmung einer Person angesehen wird. Damit setzt sich das im griechischen materiellen Erbrecht in Art. 368 ZGB enthaltene Verbot von Erbverträgen in den *ordre public* des griechischen IPR fort. Daraus folgt, dass abweichend von der grundsätzlichen Maßgeblichkeit des deutschen Erbstatuts aus griechischer Sicht über in Griechenland belegenen Grundbesitz erbvertraglich nicht verfügt werden kann.<sup>4</sup>

Als Ausweichgestaltung könnte demgegenüber die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes in Frage kommen.

<sup>4</sup> In Griechenland wird von einer Mindermeinung eine Auffassung vertreten, die der Anerkennung von Erbverträgen wohlwollend gegenübersteht. Anlass gab das GD (Dekret kraft Gesetzes) 472/1974. Dazu näher *Papacharalampous/Lintz*, MittBayNot 2003, 464, 476.

Zwar enthält das griechische materielle Erbrecht in Art. 1717 ZGB<sup>5</sup> auch ein Verbot gemeinschaftlicher Testamente. Diese Vorschrift wird nicht lediglich als Formvorschrift verstanden, sondern bezieht sich auf den Testamentsinhalt, so dass für die Gültigkeit eines gemeinschaftlichen Testaments kollisionsrechtlich das Erbstatut und nicht das Formstatut entscheidend ist. Trotz dieses Verbotes widerspricht ein gemeinschaftliches Testament jedoch nicht dem griechischen *ordre public*, da es im früheren Gewohnheitsrecht als Rechtsinstitut bekannt war. Der griechische Richter könnte infolgedessen die Vorschriften des ausländischen Erbstatuts über das gemeinschaftliche Testament anwenden und dieses als zulässig und wirksam anerkennen.<sup>6</sup> Hier ist jedoch Vorsicht geboten. Die Rechtswirkungen eines gemeinschaftlichen Testaments nach deutschem Recht sind weitreichend, da sie unter den Voraussetzungen der §§ 2270 ff. BGB zu einer Bindung des überlebenden Ehegatten führen können, die einer erbvertraglichen Bindung zumindest sehr nahe kommt. Soweit wechselbezügliche Verfügungen also im Ergebnis erbvertragsähnliche Wirkungen haben können, erscheint sehr wohl fraglich, ob ein griechisches Gericht angesichts des kategorischen Verbotes und der Nichtanerkennung von Erbverträgen ein gemeinschaftliches Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen als wirksam ansehen würde. Deshalb ist es wahrscheinlich, dass ein griechisches Gericht ein gemeinschaftliches Testament nur dann als mit dem *ordre public* vereinbar ansehen wird, wenn es keine wechselbezüglichen Verfügungen enthält.<sup>7</sup> Der sichere Weg ist deshalb, wenn letztwillig verfügende Ehegatten jeweils auch urkundlich getrennte, einseitige Verfügungen von Todes wegen für den in Griechenland befindlichen Grundbesitz errichten.

### III. Eintragungsfähigkeit der letztwilligen Verfügungen im Transkriptions(Grund-)buch; Anpassung, Angleichung

Zum Erwerb von Eigentum an einem Grundstück oder eines dinglichen Rechtes aufgrund einer Verfügung von Todes wegen bedarf es in Griechenland der Eintragung im Transkriptionsbuch (Art. 1846, 1198 ZGB).

Bei der Abfassung eines Testaments, das (auch) Grundbesitz in Griechenland betrifft, stellt sich deshalb immer die Frage, ob Anordnungen in einem nach deutschem Recht errichteten Testament im griechischen Transkriptionsbuch nur dann eingetragen werden können, also eintragungsfähig sind, wenn diese Anordnungen auch dem griechischen materiellen Recht entsprechen. Denn wenn im Testament ein dingliches Recht des deutschen BGB eingeräumt wird, das das griechische ZGB so oder gar nicht kennt, gibt es einen „Konflikt“ zwischen dem aus deutscher und griechischer Sicht auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbaren deutschen Erbrecht und dem materiellen griechischen Sachenrecht. Ein derartiger Konflikt wird in der international-privatrechtlichen Literatur unter verschiedenen Begriffen behandelt. Teilweise wird hier allgemein von „Normwidersprüchen“<sup>8</sup> gesprochen,

meistens wird dieses Phänomen jedoch unter dem speziellen international-privatrechtlichen Ausdruck der „Anpassung“ oder „Angleichung“ behandelt.<sup>9</sup> Darunter versteht man einen Fall, in dem bei der Anwendbarkeit verschiedener Rechtsordnungen Normwidersprüche auftreten, die dann nur auf die Weise gelöst werden können, dass entweder auf international-privatrechtlicher oder auf sachrechtlicher Ebene eine „Anpassung“ vorgenommen wird. Durch die Anwendung zweier Rechtsordnungen kann es zu einem Normenmangel, zu einer Normenhäufung oder zu einer Normendiskrepanz kommen, die dadurch entsteht, dass ein von der einen Rechtsordnung vorgegebenes Sachrecht (Rechtsinstitut) in der anderen Rechtsordnung anders geregelt ist. Wenn das griechische Sachenrecht ein in einem deutschen Testament eingeräumtes Recht nicht oder nicht so kennt, tritt ein Widerspruch im Bereich Erbstatut/Sachstatut ein.

An zwei Beispielen soll dies verdeutlicht werden:

1. Beispiel: Das griechische materielle Erbrecht kennt das schuldrechtlich verpflichtende *Damnationslegat* in Art. 1995 ZGB. Daneben existiert auch das dinglich wirkende *Vindikationslegat* (Art. 1996 ZGB). Wie im deutschen Recht gibt das *Damnationslegat* auch nach griechischem Recht einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den beschwerten Erben. Die Erfüllung des Vermächtnisses erfolgt damit durch Übertragung des Eigentums an dem vermachten Gegenstand. Der typische Fall, dass der Erbe mit einem Vermächtnis bezüglich eines bestimmten Vermögensgegenstandes beschwert wird, ist nach griechischem Verständnis jedoch ein dinglich wirkendes *Vindikationslegat*, durch das der vermachte Gegenstand gemäß Art. 1996 ZGB „sofort und kraft Gesetzes vom Vermächtnisnehmer erworben“ wird, unter dem Vorbehalt der Vorschrift des Art. 1198 ZGB. In beiden Fällen ist die Eintragung im Transkriptionsbuch erforderlich. Deshalb stellt sich die Frage, wie in Griechenland zu verfahren ist, wenn in einem deutschen Testament ein Vermächtnis bezüglich eines in Griechenland gelegenen Grundstücks angeordnet ist. Dieser Konflikt zwischen dem deutschen Erbstatut (schuldrechtlich wirkendes *Damnationslegat*) und dem griechischen Sach- und Erbstatut (Notwendigkeit der Eintragung im Transkriptionsbuch, dinglich wirkendes *Vindikationslegat*) ist rechtstheoretisch noch ungeklärt und stößt in Griechenland auf praktische Schwierigkeiten. In Griechenland erwirbt der Vermächtnisnehmer gemäß Art. 1996 ZGB sofort kraft Gesetzes das Eigentum an einem vermachten Grundstück, weil er als Einzelrechtsnachfolger des Erblassers angesehen wird<sup>10</sup> und sich die eintragungspflichtige Annahme des Vermächtnisses bzw. die Eintragung des Eigentumserwerbs gemäß Art. 27 ZGB nach dem Recht des Staates richtet, in dem sich die Sache befindet. Dies bedeutet u. E., dass bei der Erfüllung einer deutschen testamentarischen Vermächtnisanordnung griechisches Recht angewendet und das deutsche *Damnationslegat* als *Vindikationslegat* in Griechenland behandelt wird.<sup>11</sup> Ist also ein Vermächtnis in einem deutschen öffentlichen Testament angeordnet, kann der Vermächtnisnehmer die Annahme der vermachten Immobilie vor einem griechischen Notar ohne Mitwirkung des Erben erklären und anschließend die Eintragung im Transkriptionsbuch durchführen. Gleichzeitig

<sup>5</sup> Art. 1717 ZGB: „Mehrere Personen können nicht durch dieselbe Urkunde ein Testament errichten.“

<sup>6</sup> So *Georgiades* in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, Rdnr. 23.

<sup>7</sup> Dies gilt umso mehr, wenn einer der Ehegatten griechischer Staatsangehöriger ist. In diesem Fall ist zu erwarten, dass ein griechisches Gericht das Testament aufgrund der Vorschrift des Art. 1717 ZGB für nichtig erklärt. So hat bereits der Areopag entschieden (Urteile 121/1967 und 666/1983).

<sup>8</sup> *Staudinger/Dörner*, EGBGB, 2007, Art. 25 Rdnr. 745 (Überschrift).

<sup>9</sup> *Kropholler*, IPR, 5. Aufl. 2004, § 34; *Schotten/Schmellenkamp*, Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 50.

<sup>10</sup> Vgl. *Papantoniou*, Erbrecht (in griechischer Sprache), 5. Aufl. 1989, S. 134.

<sup>11</sup> Vgl. *Vasilakakis*, Die testamentarische Erbfolge nach dem Internationalen Privatrecht (in griechischer Sprache), 1994, S. 200, wonach die Vollzugsweise des Eigentumserwerbs an einem vermachten Gegenstand durch die *lex rei sitae* geregelt wird.

muss er die Erfüllung des Vermächtnisses aber dem Erben gegenüber erklären. Da diese Behandlung des deutschen Vermächtnisses als griechisches Vindikationslegat nicht sicher ist, sollte der deutsche Notar das Testament sicherheitshalber so formulieren, dass der Institution des dinglich wirkenden griechischen Vindikationslegats (Art. 1996 ZGB) Rechnung getragen wird.

2. Beispiel: Ein deutscher Staatsangehöriger setzt seine beiden Kinder in einem Testament als Miterben je zur Hälfte ein. Außerdem ordnet er an, dass das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf die Dauer von 20 Jahren ausgeschlossen ist. Da sowohl nach griechischem wie nach deutschem Recht deutsches materielles Erbrecht gilt, wäre die Anordnung des Ausschlusses des Rechtes, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nach deutschem Recht wirksam, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist. Im Gegensatz zum deutschen Recht ist die Erbengemeinschaft im griechischen Recht als Bruchteilsgemeinschaft ausgestaltet. Auf die Bruchteilsgemeinschaft finden die allgemeinen Vorschriften über die Gemeinschaft (Art. 785 bis 805 ZGB) Anwendung, sofern in den Art. 1885 bis 1894 ZGB nichts anderes bestimmt ist. Gemäß Art. 1887 ZGB kann jeder Miterbe die Teilung (Auseinandersetzung) des Nachlasses jederzeit verlangen; allerdings kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung die Teilung für die Dauer von höchstens zehn Jahren ausschließen. Gemäß Art. 795 ZGB kann das Recht, die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft zu verlangen, durch Rechtsgeschäft (Vertrag) auf die Dauer von zehn Jahren ausgeschlossen werden. Zur Wirksamkeit des Ausschlusses dieses Rechtes bedarf es auch nach griechischem Recht (Art. 1115 ZGB) der Eintragung in das Transkriptionsbuch. Auch die Behandlung dieses Falles in Griechenland ist ungeklärt. In jedem Fall wird die Anordnung in der notariellen Annahmeerklärung oder im Erbschein aufgenommen. Dann gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder wird der Ausschluss des Rechtes auf die Dauer von 20 Jahren im Transkriptionsbuch eingetragen; in diesem Fall kann es später zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen den Miterben über die Nichtigkeit der Anordnung bzw. die tatsächliche Dauer des Ausschlusses kommen. Oder: Die Eintragung wird durch den Transkriptionsführer (Grundbuchführer) von Anfang an abgelehnt; auf Antrag der Miterben entscheidet dann das griechische Gericht über die Eintragungsfähigkeit der deutschen testamentarischen Anordnung (Art. 791 Abs. 2 ZPG). In beiden Konstellationen hat der griechische Richter erst zu prüfen, ob für diese Anordnung die *lex hereditatis*, also deutsches Recht, oder die *lex rei sitae*, also griechisches Recht, gilt. Nach einhelliger Meinung wird hier deutsches Recht angewendet.<sup>12</sup> Allerdings stellt sich weiterhin die Frage, ob die deutsche testamentarische Anordnung mit dem griechischen *ordre public* vereinbar ist, weil nach Art. 1887 Abs. 2 ZGB das Recht, die Aufhebung der Erbengemeinschaft zu verlangen, nur für die Dauer von höchstens zehn Jahren ausgeschlossen werden darf. Nach herrschender Meinung im Schrifttum und in der Rechtsprechung führt eine durch den griechischen Erblasser über zehn Jahren festgelegte Dauer des Ausschlusses nicht zur Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung; sie wird vielmehr auf zehn Jahre angepasst. In Anlehnung daran wird der griechische Richter wahrscheinlich davon ausgehen, dass die deutsche Anordnung als unzulässige Beschränkung der Freiheit und Selbstbestimmung der Miterben angesehen werden muss, und auf eine Anpassung der Dauer auf zehn Jahren entscheiden. Bei dieser Entscheidung wird zwischen den beiden deutschen Miterben auf die Dauer von zehn weiteren Jahren ein schuldrechtlicher An-

<sup>12</sup> Vgl. *Vasilakakis*, Die testamentarische Erbfolge nach dem Internationalen Privatrecht, S. 319 m. w. N.

spruch auf Nichtauseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft verbleiben. Deshalb ist auch hier wiederum unbedingt zu empfehlen, dass der deutsche Notar die entsprechenden griechischen Bestimmungen im deutschen Testament nach Möglichkeit berücksichtigt.

Eine generelle Antwort auf die Frage des Normenkonfliktes gibt es nicht. Im Zweifel verlangt jedoch das griechische Sachstatut eine stärkere Beachtung, da es sich aufgrund des bestehenden *numerus clausus* der Sachenrechte auch im griechischen Recht gegenüber einer Anpassung erheblich widerstandsfähiger erweist als das Erbstatut. Wird allerdings ein angeordnetes deutsches dingliches Recht zur Eintragung im griechischen Transkriptionsbuch so „angepasst“, dass Teile des Rechts zulasten des Begünstigten bei der Eintragung verloren gehen, so verbleibt der „Rest“ als schuldrechtliche Verpflichtung des von diesem Recht Betroffenen.

Aus all diesen Gründen ist zu empfehlen, für den in Griechenland gelegenen Grundbesitz ein eigenes Testament zu errichten, das dem griechischen Sach(en)recht Rechnung trägt, das aber mit dem anderen Testament, das den übrigen Nachlass regelt, nicht in Widerspruch stehen darf.<sup>13</sup>

#### IV. Vollzug der letztwilligen Verfügung durch Eintragung im Transkriptionsbuch

##### 1. Notwendiger Vollzug, Vollzugsvoraussetzungen

Wegen Geltung des deutschen Erbstatus gilt zwar für den Erwerb und die Ausschlagung der Erbschaft deutsches Recht; für den Besitz- und Eigentumserwerb an einzelnen Nachlassgegenständen gilt jedoch die *lex rei sitae*.<sup>14</sup> Gehört also zum Nachlass eines Deutschen ein Grundstück in Griechenland, so erwirbt der Erbe die Erbschaft zwar gemäß § 1942 BGB (dem entspricht auch Art. 1846 ZGB) mit dem Anfall. Für den Eigentumserwerb am Grundstück muss aber das in Art. 1193 ff. ZGB vorgeschriebene Verfahren eingehalten werden, wie bereits der Vorbehalt des Art. 1846 ZGB zeigt.<sup>15</sup> Danach erfolgt der Eigentumserwerb und der Erwerb von dinglichen Rechten nur durch Eintragung in das Transkriptionsbuch (Art. 1192, 1193, 1198 ZGB). Ohne Eintragung in das Transkriptionsbuch erfolgt kein Eigentumserwerb (Art. 1198, 1846 ZGB). Gemäß Art. 1193 ZGB muss, damit Eigentum oder dingliche Rechte an dem in Griechenland befindlichen Grundbesitz im Wege der Erbschaft oder des Vermächtnisses erworben werden können, jede Annahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses im Transkriptionsbuch eingetragen werden. Hierzu muss die Bestätigung des Todes des Erblassers (Sterbeurkunde) vorgelegt werden (Art. 1193 Satz 2 ZGB). Außerdem muss gemäß Art. 1195 ZGB die „im Transkriptionsbuch einzutragende Annahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses sich aus einer öffentlichen Urkunde ergeben. Statt der Annahme der Erbschaft kann in das Transkriptionsbuch der Erbschein eingetragen werden.“

##### 2. Nachweis der Erbfolge: Annahmeerklärung, deutscher oder griechischer Erbschein, notarielles Testament

###### a) Annahme und Ausschlagung

Die Bestimmungen zur Annahme der Erbschaft nach griechischem Recht entsprechen in etwa denen des deutschen Rechts

<sup>13</sup> So auch *Zimmermann* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, H Rdnr. 144.

<sup>14</sup> *Georgiades* in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, Rdnr. 12.

<sup>15</sup> Art. 1846 ZGB: „Der Erbe erwirbt kraft Gesetzes die Erbschaft mit dem Anfall unter dem Vorbehalt der Vorschrift des Art 1198.“

der §§ 1942 ff. BGB. Danach ist die Annahme vom Erwerb der Erbschaft zu unterscheiden. Nimmt der vorläufige Erbe innerhalb der Ausschlagungsfrist die Erbschaft an, was grundsätzlich auch durch schlüssige Handlung erfolgen kann, so kann er nicht mehr ausschlagen (Art. 1849 Satz 1 ZGB). Lässt er die Ausschlagungsfrist verstreichen, so gilt die Erbschaft als angenommen (Art. 1850 ZGB). Die Ausschlagung der Erbschaft ist fristgebunden. Die gesetzliche Frist beträgt an sich vier Monate, aber ein Jahr, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Ausland gehabt hat oder wenn der Erbe sich im Ausland befand, als er von dem Erbfall Kenntnis erlangte (Art. 1847 Abs. 2 ZGB). Die Ausschlagung des Vermächtnisses ist an keine Frist gebunden.<sup>16</sup> Die Annahmeerklärung ist formfrei, ausnahmsweise aber formbedürftig, wenn zum Nachlass ein Grundstück oder ein dingliches Recht an einem Grundstück gehört (vgl. Art. 1846 i. V. m. Art. 1198, 1193, 1195 ZGB). Danach erwirbt der Erbe bzw. der Vermächtnisnehmer das Eigentum am Nachlassgrundstück oder das zum Nachlass gehörende dingliche Recht erst mit der Eintragung der Annahmeerklärung in das Transkriptionsbuch, jedoch rückwirkend auf den Erbfall (Art. 1199 ZGB). Die Annahme der Erbschaft erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zuständigen Gericht,<sup>17</sup> die Annahme (und die Ausschlagung) eines Vermächtnisses „erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschweren“ (Erben), der aber bei der Erklärung nicht anwesend sein muss (Art. 2001 Abs. 2 ZGB).

Die schlüssige Annahme oder die Annahme der Erbschaft durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist hilft dem deutschen Erben oder Vermächtnisnehmer aber nicht, da wegen der Notwendigkeit der Eintragung der Annahme im Transkriptionsbuch in jedem Fall eine formelle Annahmeerklärung des Erben bzw. des Vermächtnisnehmers vorliegen muss.

Für die Form der Annahme und der Ausschlagung gilt wohl nach herrschender Meinung das Prinzip *locus regit actum*, also griechisches Recht, auch wenn der Erblasser deutscher Staatsangehöriger war.<sup>18</sup> Die Ausschlagung ist formbedürftig, sie erfolgt nur vor dem Sekretär der Geschäftsstelle des Nachlassgerichts („Einzelrichtergericht erster Instanz“, Art. 1848 Abs. 1 ZGB, Art. 810, 812 ZPG). Die Annahme „muss sich aus einer öffentlichen Urkunde ergeben“ (Art. 1195 ZGB): Sie kann also vor einem griechischen Notar erklärt werden; in Anlehnung an die Regelung des Art. 1848 ZGB über die Ausschlagung kann die Annahme aber auch durch eine Erklärung vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Nachlassgerichts erfolgen. Örtlich zuständig ist, wenn der Erblasser weder Wohnsitz noch Aufenthaltsort in Griechenland hatte, das Gericht der Hauptstadt Athen (Art. 810 ZPG).<sup>19</sup> Sowohl die Ausschlagungserklärung als auch die Annahmeerklärung kann durch einen Bevollmächtigten erfolgen; die Vollmacht muss notariell beurkundet sein (Art. 1848 Abs. 1 Satz 2 ZGB für die Ausschlagung und analog dieser Bestimmung für die Annahme).<sup>20</sup>

Sehr umstritten bis heute ist die Frage, ob die Ausschlagung oder Annahme im Ausland vor einem Notar oder vor dem

griechischen Konsul erklärt werden können. Dieser Meinungsstreit, der sich einerseits auf Art. 11 ZGB<sup>21</sup> und andererseits auf Art. 1848 Abs. 1 ZGB<sup>22</sup> beruft, kann dahingestellt bleiben; die Beurkundung der Annahme vor einem ausländischen Notar oder einem griechischen Konsul ist jedenfalls nicht zu empfehlen, weil sie nicht nur zeit- und kostenaufwendiger ist, sondern auch zu großen Komplikationen beim Vollzug der Eintragung im Transkriptionsbuch führt.<sup>23</sup>

Die notariell zu beurkundende Annahmeerklärung enthält unter Bezugnahme auf das Testament die Personendaten des Erblassers und der Erben bzw. des Vermächtnisnehmers. Weiterhin wird die Erklärung der Erben bzw. des Vermächtnisnehmers mit dem Inhalt aufgenommen, dass sie die Erbschaft bzw. den Vermächtnisgegenstand bedingungs- und befristungslos annehmen. Da i. d. R. im Testament die betroffene Immobilie nicht in allen Beschreibungseinzelheiten bestimmt ist, wird sie in der notariellen Urkunde im Detail beschrieben, wie z. B. die Erwerbsskette, die Grundflächengröße durch Angabe des Grenzverlaufs und der Quadratmeterzahl. Ist eine vererbte Immobilie bereits katastermäßig erfasst, dann ist der notariellen Urkunde ein Katasterauszug beizufügen, sonst ein topografischer Plan eines Bauingenieurs. Der Urkunde beizufügen sind die Sterbeurkunde, eine Abschrift des eröffneten Testaments oder des Gerichtsurteils, durch das ein eigenhändiges Testament zum Haupttestament erklärt wurde, eine Bestätigung über die Nichteröffnung eines anderen Testaments, eine Bestätigung des Standesamtes über die nächsten Verwandten des Verstorbenen sowie eine Bescheinigung des Finanzamts über die Abgabe der Erbschaftsteuererklärung.

## b) Erbschein

Statt der Annahme der Erbschaft kann in das Transkriptionsbuch der Erbschein eingetragen werden (Art. 1195 Satz 2 ZGB).

### aa) Deutscher Erbschein

Weil für den deutschen Erblasser auch nach griechischem Recht das deutsche Erbstatut gilt, sind die deutschen Gerichte für die Erteilung eines (deutschen) Erbscheins auch bezüglich des in Griechenland belegenen Grundstückes zuständig. Dieser Erbschein wird gemäß Art. 24 Abs. 2 des deutsch-griechischen Abkommens vom 11.5.1938 über die gegenseitige Rechtshilfe in Angelegenheiten des bürgerlichen und Handelsrechtes (RGBl 1939 II, S. 848 ff., vgl. Bekanntmachung vom 26.6.1952, BGBl II, S. 634) in Griechenland anerkannt, wenn er durch den zuständigen Präsidenten des LG beglaubigt ist.<sup>24</sup> Allerdings verweigern Grundbuchämter in der

<sup>21</sup> Danach ist ein Rechtsgeschäft formgültig, wenn es dem für seinen Inhalt maßgebenden Recht oder dem Heimatrecht der Beteiligten, also dem deutschen Recht entspricht.

<sup>22</sup> Danach enthält Art. 1848 Abs. 1 ZGB zwingendes Recht in der Weise, dass die Abgabe der Erklärung vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des griechischen Nachlassgerichts nicht nur eine Formvorschrift, sondern auch eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtsgeschäftes darstellt.

<sup>23</sup> Vgl. *Papadimopoulos/Fritz*, RIW 2007, 278, in Bezug auf einen im Ausland beurkundeten Kaufvertrag über eine griechische Immobilie.

<sup>24</sup> In der Literatur wird zum Nachweis dafür, dass ein deutscher Erbschein in Griechenland auch ohne Legalisation anerkannt wird, des Öfteren der bilaterale Vertrag zwischen Deutschland und Griechenland vom 4.11.1961 (BGBl 1963 II, S. 110) herangezogen, der am 18.9.1963 in Kraft getreten ist (zuletzt auch LG Rhodos 806/2005). So auch *Stamatiadis/Tsantinis* in Stieß, *Erbrecht in Europa*, Rdnr. 75. Dieses Abkommen gilt aber u. E. nicht für Erbscheine, da diese nicht rechtskraftfähig sind.

<sup>16</sup> Art. 2001 Abs. 3 ZGB verweist nicht auf Art. 1847 ZGB (so auch die Urteile LG Thessaloniki 2112/2008 und Areopag 1038/2004).

<sup>17</sup> Dies ist vergleichbar mit der Regelung des § 1945 Abs. 1 BGB.

<sup>18</sup> *Georgiades* in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, *Internationales Erbrecht*, Rdnr. 12.

<sup>19</sup> So *Georgiades* in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, *Internationales Erbrecht*, Rdnr. 306, der jedoch unter Rdnr. 27 ausführt, dass bei einem ausländischen Erblasser die griechischen Gerichte nur zuständig wären, wenn dieser zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Inland (also in Griechenland) hatte.

<sup>20</sup> *Papantoniou*, *Erbrecht*, S. 68 f.

Regel die Eintragung von ausländischen Erbscheinen. Dies betrifft aber in der Praxis nicht die Eintragung von deutschen Erbscheinen, weil die meisten Grundbuchführer wissen, dass die Regelungen über den griechischen Erbschein den aus dem deutschen Recht übernommenen Regelungen des deutschen Erbscheins materiellrechtlich entsprechen.

Die griechischen zuständigen Behörden können die Anerkennung des ausländischen Erbscheins oder die Erteilung eines Erbscheins durch ein griechisches Gericht verlangen, wenn sie davon nicht überzeugt sind, dass die in Art. 780 ZPG verankerten, nachfolgend aufgeführten Voraussetzungen vorliegen. Eine solche Anerkennung wird in der griechischen Praxis bei deutschen Erbscheinen in der Regel nicht verlangt.<sup>25</sup> Ein ausländischer Erbschein reicht für die Eintragung in das Transkriptionsbuch auf jeden Fall aus, wenn er durch das zuständige griechische Gericht „anerkannt“ ist. Nach griechischem Recht unterliegt die Erteilung des Erbscheins dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Gemäß Art. 780 ZPG entfaltet ein ausländisches Urteil oder ein ausländischer Erbschein ohne weiteres Verfahren die gleiche Wirkung in Griechenland wie nach dem Recht des Staates, dem das den Erbschein erlassende Gericht angehört, soweit die folgenden Voraussetzungen vorliegen: a) In dem ausländischen Urteil wurde das materielle Recht angewendet, das nach dem griechischen Recht angewendet werden müsste und das Urteil bzw. der Erbschein wurde durch dasjenige Gericht erlassen, welches nach dem Recht des Staates, dessen materielles Recht es angewendet hat, zuständig war, und b) das ausländische Urteil verstößt nicht gegen die guten Sitten oder gegen den *ordre public*. Auf dem deutschen Erbschein sollte im Übrigen auf jeden Fall vermerkt werden, dass er „ohne weiteres Verfahren“ gültig ist.

#### bb) Griechischer Erbschein

Da das deutsche Erbrecht den Erbschein kennt, ist aus griechischer Sicht der Erlass eines griechischen Erbscheins für den in Griechenland belegenen Nachlass eines deutschen Erblassers erlaubt.<sup>26</sup> Der griechische Erbschein wird nicht vom Gericht selbst, sondern vom zuständigen Beamten der Geschäftsstelle aufgrund eines entsprechenden Gerichtsurteils, das im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergeht, erteilt. Zuständiges Gericht ist das Einzelrichtergericht des Wohnsitzes beziehungsweise des letzten Aufenthaltes des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes. Hat der Erblasser zum oben genannten Zeitpunkt keinen Aufenthalt in Griechenland gehabt, so ist das Einzelrichtergericht von Athen zuständig (Art. 810 ZPG).<sup>27</sup> Gemäß Art. 1962 ZGB i. V. m. Art. 821 ZPG kommt dem griechischen Erbschein eine doppelte Vermutung zu, nämlich dass dem in dem Erbschein

genannten Erben, Nacherben, Vermächtnisnehmer<sup>28</sup> oder Testamentsvollstrecker die darin aufgeführten Rechte zustehen und dass diese Person nicht durch andere als die im Erbschein enthaltenen Anordnungen beschränkt ist. Allerdings liegt bei der Erteilung eines griechischen Erbscheins die Gefahr der Ausstellung von sich widersprechenden Erbscheinen auf der Hand, was mit erheblichem Kosten- und Zeitaufwand verbunden wäre.

#### c) Notarielles Testament

Die Frage, ob anstelle der Einreichung des Erbscheins im Transkriptionsbuch auch die Einreichung des deutschen notariellen Testaments samt Eröffnungsniederschrift (wie im deutschen Recht gemäß § 35 Abs. 1 GBO) genügt, ist in der griechischen Literatur und Praxis nicht geklärt. Wenn ein notarielles Testament vorliegt, wird zwar auch in Griechenland zum Nachweis der Erbfolge kein Erbschein benötigt, selbst das notarielle Testament ersetzt aber nicht die bei Vorhandensein von Grundbesitz in Griechenland dann noch für die Eintragung im Transkriptionsbuch notwendige Annahmeerklärung. Soll ein ausländisches Testament für die Annahmeerklärung verwendet werden, gilt folgendes Verfahren: Bei einem deutschen Testament, das nach dem Haager Übereinkommen von 1961 formgültig ist, muss in Griechenland erst geprüft werden, ob dieses Testament durch das in Deutschland zuständige Nachlassgericht oder durch eine griechische Konsulbehörde in Deutschland eröffnet wurde. Die Sterbeurkunde und das Testament werden samt den Übersetzungen in griechischer Sprache den griechischen Konsulbehörden oder der Geschäftsstelle eines griechischen LG (Einzelrichtergericht) eingereicht. Diese Behörden prüfen die Formgültigkeit des Testaments und nehmen das ausländische öffentliche Testament im Protokoll des Buches für Akte von ausländischen Behörden auf. Weiterhin senden sie eine beglaubigte Abschrift des Testaments samt dem Protokoll (Einreichungsbestätigung) an die Geschäftsstelle des Athener Einzelrichtergerichts. Beglaubigte Abschriften des eingereichten Testaments, der Einreichungsbestätigung sowie eine Bestätigung über die Nichteröffnung (Nichteinreichung) eines anderen Testaments werden sodann einem griechischen Notar zur Beurkundung der Annahmeerklärung vorgelegt. Nach griechischem Recht wird dann eben nicht das Testament, sondern die Annahmeerklärung im Transkriptionsbuch eingetragen. Die Testamente werden bei den Gerichten und den Notaren aufbewahrt. Da in der Praxis die eingetragene Annahmeerklärung den Testamentsinhalt nicht wörtlich wiedergibt, ist bei dem Kauf einer vererbten Immobilie zu empfehlen, nicht nur den Inhalt der im Transkriptionsbuch eingetragenen notariellen Annahmeerklärung, sondern auch den des Testaments zu prüfen, welches von dem Gericht oder dem Notar zu verlangen ist.

Gleichgültig welche Form der Testamentserrichtung<sup>29</sup> man für das Vorgehen in Griechenland für den dort belegenen Grundbesitz wählt, ist das Verwenden des notariellen Testaments zur Beurkundung der Annahmeerklärung und zu deren Eintragung in das Transkriptionsbuch in Griechenland wegen des umständlichen und zeitaufwändigen Verfahrens in Grie-

<sup>25</sup> In der Praxis verlangen jedoch die griechischen Banken eine Anerkennung des ausländischen Erbscheins durch das zuständige griechische Gericht, wenn später der Erbe das Grundobjekt verkauft und die Banken den Käufer finanzieren.

<sup>26</sup> Die griechischen Gerichte sind zuständig für die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins unter Anwendung ausländischen Erbrechts, wenn sich ein Teil der Erbmasse in Griechenland befindet (LG Athen Urteil 2726/1980); zuständig ist bei fehlendem Wohnsitz oder Aufenthalt in Griechenland das LG Athen gemäß Art. 810 ZPG (LG Athen 7346/2001). Es ist in der griechischen Rechtsprechung und in der Lehre nur streitig, ob der Erlass eines Erbscheins für einen ausländischen Erblasser möglich ist, wenn das ausländische Recht den Erbschein nicht kennt.

<sup>27</sup> Die für die Beantragung eines griechischen Erbscheins benötigten Unterlagen sind bei *Stamatiadis/Tsantinis* in Süß, Erbrecht in Europa, Rdnr. 73, aufgeführt.

<sup>28</sup> Dies entspricht fast wortwörtlich dem § 2365 BGB. Allerdings kann ein griechischer Erbschein auch die Anordnung von Vermächtnissen enthalten. Deshalb ist auch der Vermächtnisnehmer berechtigt, die Erteilung eines Erbscheins zu beantragen.

<sup>29</sup> Um dem griechischen Richter die Prüfung der Formgültigkeit des in Deutschland errichteten Testaments zu erleichtern, wird manchmal empfohlen, bei der Beurkundung des Testaments darauf zu achten, dass auch die Wirksamkeitsvoraussetzungen nach griechischem Recht eingehalten sind. Dazu *Papacharalampous/Lintz*, MittBayNot 2003, 464, 477.

chenland nicht zu empfehlen. Vielmehr sollte auch bei Vorliegen eines notariellen Testaments ein Erbschein für den in Griechenland gelegenen Grundbesitz beim deutschen Nachlassgericht beantragt und durch dieses, beschränkt auf den in Griechenland gelegenen Grundbesitz und mit dem entsprechenden Gültigkeitsvermerk, erteilt werden.<sup>30</sup>

### 3. Vollzug im Transkriptionsbuch

Die Urkunde über die Annahme bzw. der Erbschein werden samt der Sterbeurkunde und der Bestätigung des Standesamts über die nächsten Verwandten des Verstorbenen<sup>31</sup> einem griechischen Notar mit dem Antrag auf Vollzug vorgelegt. Antragsberechtigt sind der Erbe bzw. jeder Miterbe für seinen Teil, der Erbeserbe für den verstorbenen Erben, der Vermächtnisnehmer, der Testamentsvollstrecker.<sup>32</sup> Der Notar füllt die amtlich vorgedruckte Erbschaftsteuererklärung aus und reicht sie beim zuständigen griechischen Finanzamt des Ortes ein, in dem das Grundstück liegt. Denn das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Deutschland und Griechenland regelt nur den Erwerb von beweglichem Vermögen, nicht aber den Erwerb von unbeweglichem Vermögen. Somit existiert zwischen Deutschland und Griechenland auf dem Gebiet des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts für Immobilienvermögen kein Doppelbesteuerungsabkommen.<sup>33</sup> Nach Erhalt einer beglaubigten Abschrift der abgegebenen Erbschaftsteuererklärung<sup>34</sup> vom Finanzamt stellt der Notar den Antrag bei dem Transkriptionsbuchbeamten, um den Eigentums- bzw. Rechtserwerb im Transkriptionsbuch herbeizuführen.

<sup>30</sup> Um die vorbeschriebenen Schwierigkeiten zu erleichtern wird manchmal empfohlen, zur Vereinfachung des Vollzugs der Einsetzung oder der Vermächtniserfüllung einen Testamentsvollstrecker einzusetzen; hierzu *Papacharalampous/Lintz*, MittBayNot 2003, 464, 478; zur „Umgehung“ durch eine transmortale Vollmacht *Stamatiadis/Tsantinis* in Süß, Erbrecht in Europa, Rdnr. 76.

<sup>31</sup> Aus dieser standesamtlichen Bestätigung, die das deutsche Recht nicht kennt, muss sich der Verwandtschaftsgrad des Erben bzw. des Vermächtnisnehmers zum Erblasser ergeben, damit die Höhe der angefallenen Erbschaftsteuer berechnet werden kann.

<sup>32</sup> Weiter sind antragsberechtigt Nachlassgläubiger, persönliche Gläubiger des Erben sowie der Erbschaftskäufer.

<sup>33</sup> In Ermangelung eines besonderen bilateralen Abkommens zwischen Griechenland und Deutschland über die Besteuerung des unbeweglichen Nachlassvermögens greift die Regelung in § 21 des deutschen ErbStG ein, wonach die in Griechenland anfallende und gezahlte Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer anzurechnen ist. Nach dem Gesetz Nr. 3634/2008 betreffend die Besteuerung von Immobilien, Nachlässen und elterlichen Schenkungen sind die auf Immobilienwerte bezogenen Steuersätze der Erbschaftsteuer seit dem 1.1.2008 drastisch gesenkt worden. Allerdings wurde gleichzeitig eine neue Immobilienvermögenssteuer, die „Einheitliche Immobiliengebühr“ (*Eniaio Telos Akinitis Periousias*), eingeführt, wobei die Immobilieneigentümer jährlich 0,1% des objektiven Immobilienwerts oder mindestens 1 € pro Quadratmeter als Grundsteuer entrichten müssen.

<sup>34</sup> Es genügt ausdrücklich die Vorlage der Erbschaftsteuererklärung. Der Erbe bzw. der Vermächtnisnehmer muss die Erbschaftsteuer nicht im Voraus bezahlen, was aber in der Praxis häufig erfolgt.

## V. Schlussbemerkung, Zusammenfassung

Obwohl für die Vererbung von Immobilien in Griechenland durch deutsche Staatsangehörige sowohl materielles wie formelles deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt (materielles und formelles Erbstatut), ist dringend zu empfehlen, dass zwei getrennte Testamente errichtet werden, von denen eines alleine das in Griechenland befindliche Vermögen behandelt. Diese beiden Testamente dürfen in ihren Anordnungen und Verfügungen aber inhaltlich nicht im Widerspruch stehen. Bei dem einseitigen Testament, das den in Griechenland befindlichen Grundbesitz regelt, ist darauf zu achten, dass Anordnungen getroffen werden, die dem griechischen Sachen- und Erbrecht zumindest im Wesentlichen bekannt sind, damit wegen des insoweit bestehenden Vorrangs des griechischen Sachenrechts die zwingend vorgeschriebenen Eintragungen im Transkriptionsbuch vorgenommen werden können. Außerdem müssen wegen der Vorschriften der Art. 1193 ff. ZGB (Eigentums- bzw. Rechtserwerb erst durch Eintragung im Transkriptionsbuch) in Griechenland eine öffentliche Urkunde über die Erbschaftsannahme oder ein (deutscher oder griechischer) Erbschein zu dessen Eintragung im Transkriptionsbuch vorgelegt werden. Die Abwicklung in Griechenland wird durch einen Erbschein wesentlich erleichtert. Da ein deutscher Erbschein jedoch nur für eine Erbeinsetzung, nicht aber bezüglich einer Vermächtnisanordnung erteilt werden kann, ist zum Vollzug eines Vermächtnisses eine Annahmeerklärung „zu öffentlicher Urkunde“ (leider) unumgänglich.<sup>35</sup> Die Vorlage eines Erbscheins ist selbst dann, wenn ein notarielles Testament besteht, dringend zu empfehlen. Denn das notarielle Testament genügt, anders als in Deutschland, nicht als Eintragungsgrundlage für das Transkriptionsbuch. Vielmehr muss auch bei Vorliegen eines notariellen Testaments die Annahmeerklärung in Griechenland notariell beurkundet werden. Dies stößt aber in Griechenland auf formale Schwierigkeiten, deren Überwindung nicht zuletzt nur zeitaufwändig wäre. Der deutsche Erbschein wird ohne Apostille anerkannt, bedarf aber eventuell noch der Bestätigung durch das griechische Gericht. Bei Vorliegen eines ausschließlich für Griechenland geltenden Testaments und eines dementsprechend auf das Vermögen in Griechenland beschränkten Erbscheins ist der Vollzug in Griechenland relativ problemlos möglich, vorausgesetzt, dass keine dem griechischen Recht unbekanntem Rechtsinstitute im Testament angeordnet sind. Mit dem Vollzug einer letztwilligen Verfügung eines deutschen Erblassers bezüglich eines in Griechenland gelegenen Grundbesitzes muss aber im Hinblick auf die in Griechenland bestehenden Formalitäten ein griechischer Rechtsanwalt bzw. Notar beauftragt werden.

<sup>35</sup> Trotz dieses Umstands ist im Falle einer Vermächtnisanordnung die Beantragung eines griechischen Erbscheins selbst (gerade) dann nicht zu empfehlen, wenn das Vermächtnis als Vindikationsvermächtnis ausgestaltet ist, da die Gefahr besteht, dass sich dann der deutsche und der griechische Erbschein widersprechen.

## TAGUNGSBERICHT

### Zukunft des Bauträgervertrags

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 8.7.2009

Von Tilman Kunze, München

Die Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München beschäftigte sich in ihrer Tagung am 8.7.2009 mit der „Zukunft des Bauträgervertrags“. Zu diesem für Wissenschaft, Gerichte und notarielle Vertragsgestaltung bedeutsamen und problematischen Themenkomplex konnten hoch qualifizierte Referenten gewonnen werden.

Professor Dr. *Johannes Hager* begrüßte als geschäftsführender Direktor der Forschungsstelle die Zuhörerschaft. Über 100 Notare, Notarassessoren, Richter, Rechtsanwälte, Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht und Angehörige der Juristischen Fakultät sollten in den Genuss höchst informativer Vorträge zu wichtigen Fragestellungen des Bauträgervertrags kommen.

Nach einem Grußwort durch Notar a. D. und Rechtsanwalt Dr. *Hans Wolfsteiner* aus München eröffnete *Jürgen Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG München, mit seinem Referat zur „Bedeutung des Prospekts für den Bauträgervertrag“ den inhaltlichen Teil der Tagung. *Schmidt* trug den Zuhörern aus einem Prospekt für eine zu errichtende Wohnanlage vor, welcher den Akten eines derzeit anhängigen Gerichtsverfahrens entnommen war. Diesem zufolge sollten „Stadtvillen in Top-Lage“ entstehen, bei denen die Forderungen der DIN 4109 für den Schallschutz eingehalten würden. Bereits wenige Tage nach Einzug wandte sich ein Erwerber in einem wütenden Brief, aus welchem *Schmidt* zitierte, an den Bauträger. Der Erwerber erläuterte eindringlich die aus dem Badezimmer des Nachbarn stammende Geräuschkulisse, derer er sich in seiner Wohnung ausgesetzt sehe. Diese mitunter drastische Schilderung des aufgebracht Erwerbers stellte den Auftakt zu der Frage dar, ob mit dem notariell beurkundeten Vertrag die Karten neu gemischt würden und der Prospekt demnach rechtlich unverbindlich sei.

Die grundlegende Entscheidung zur Bedeutung des Prospekts, so *Schmidt*, stamme aus dem Jahr 1987. Im Urteil vom 7.5.1987 (NJW-RR 1987, 1046) ging es zunächst um die Frage, ob die Modernisierung eines Altbaus aufgrund ihres Umfangs einer Neuherstellung gleichzusetzen sei. Der BGH zog die „Baubeschreibung in Stichworten“, die den Klägern vor Abschluss der Verträge übergeben worden war, heran und folgerte, dass der Bauträger insgesamt die Neuherstellung des Wohnungseigentums schulde. „Dass das den Klägern bei der Besichtigung ausgehändigte ‚Exposé‘ später nicht den beurkundeten Erwerbsverträgen als Anlage beigefügt war, ist daher ohne Belang“, stellte der BGH wörtlich fest. Entscheidend, so *Schmidt*, sei also, welche Erwartungshaltung der Bauträger geweckt habe. Soweit diese Erwartungshaltung bei Abschluss des Vertrages noch andauere und dies dem Bauträger bekannt sei, würde sie Vertragsbestandteil.

Ein Jahrzehnt später habe der BGH diese Rechtsprechung ergänzt. Ein Bauträger hatte die Wohnfläche im Prospekt höher angegeben als sie sich schließlich darbot; im notariellen Vertrag und der dazu als Anlage beigefügten Baubeschreibung

waren jedoch keine ausdrücklichen Wohnflächenangaben enthalten. Im seinem Urteil vom 11.7.1997 (DNotZ 1998, 873) hielt der BGH fest: „Die einseitige Vorstellung einer Vertragspartei ist für die Bestimmung des Vertragsinhalts von Bedeutung, wenn der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden erkennt und in Kenntnis dieses Willens den Vertrag abschließt.“

Die wichtigste Entscheidung jedoch, so *Schmidt*, sei erst ein weiteres Jahrzehnt später ergangen. Eine Wohnung war im Verkaufsprospekt als „2-geschossige Maisonettewohnung im Ausbau“ beschrieben. Gegenstand des notariellen Vertrages war jedoch nicht das Exposé, vielmehr wurde auf eine Baubeschreibung Bezug genommen, in welcher die obere Etage als „Abstellraum“ bezeichnet worden war. Die Bauaufsichtsbehörde hatte schließlich dem Erwerber die Nutzung des Spitzbodens als Wohnung untersagt. Im amtlichen Leitsatz zum Urteil vom 25.10.2007 (DNotZ 2008, 609) heißt es: „Für die Beurteilung der Frage, welche werkvertragliche Verpflichtung ein Bauträger übernimmt, kann ein dem Erwerber übergebener Prospekt ausschlaggebend sein.“ In den Gründen ist zu lesen, dass bei Fehlen von Angaben über Wohnflächen in Erwerbverträgen die einseitigen Vorstellungen des Erwerbers für den Inhalt des Vertrages maßgeblich sind, wenn der Bauträger in eigener oder ihm zurechenbarer Kenntnis des Willens des Erwerbers den Vertrag abschließt. Bei der Vertragsauslegung dürfe in entscheidender Weise der Prospekt in den Vordergrund gestellt werden, auf dessen Angaben nach den getroffenen Feststellungen der Erwerbsentschluss des Klägers maßgeblich beruhe. Damit sei, so *Schmidt*, wohl endgültig vom für Bausachen zuständigen 7. Senat des BGH mit der Vorstellung aufgeräumt worden, dass mit dem notariellen Vertrag die Karten neu gemischt würden. *Schmidt* schloss diesen geschichtlichen Überblick zur Rechtsprechung mit seiner Einschätzung, dass dem Schutz des Erwerbers immer stärker Rechnung getragen würde. Umstände beim Vertragsschluss würden als Auslegungskriterien berücksichtigt; der Prospekt gehöre ganz wesentlich dazu.

*Schmidt* wandte sich nach diesen Ausführungen den Fragen des Schallschutzes selbst zu. Dieser spiele im Prospekt eine wichtige Rolle und stelle ein Problem auch bei der Vertragsgestaltung dar. In dem eingangs genannten Beispielfall war dem notariellen Vertrag nicht eindeutig zu entnehmen, ob ein Schallschutz „nach den anerkannten Regeln der Baukunst“ oder der Schallschutznorm DIN 4109 entsprechend geschuldet war. Ein „erhöhter Schallschutz“ wurde ausdrücklich nicht vereinbart. Der BGH stellte in seinem Urteil vom 14.6.2007 (DNotZ 2008, 108) fest, dass die DIN 4109 nur den Schutz vor unzumutbaren Belästigungen betreffe und für die Einhaltung eines üblichen Komfortstandards von vornherein nicht geeignet sei, als anerkannte Regel der Technik zu gelten. Ein Blick in den Prospekt des geschilderten Beispielfalls, so *Schmidt*, ergebe jedoch, dass der Erwerber davon ausgehen durfte, dass die Wohnung zumindest über den üblichen Kom-

fortstandard verfüge. *Schmidt* verwies auf die Entscheidung des OLG München vom 19.5.2009, wonach ein Verweis auf die DIN 4109 keine abschließende Festlegung des maßgeblichen Schallschutzes darstelle. Der Bauträger schulde vielmehr einen Schallschutz, welcher dem Komfort entspricht, den der Erwerber aufgrund der Angaben im Prospekt erwarten durfte. Im Vertrag hätte ausdrücklich darauf hingewiesen werden müssen, dass die anerkannten Regeln der Technik nicht eingehalten werden. Diese Auffassung habe nun auch der BGH in seiner Entscheidung vom 4.6.2009 (MittBayNot 2009, 460, in diesem Heft) bestätigt und festgestellt, dass ein Unternehmer, der vertraglich von dem üblichen Qualitäts- und Komfortstand abweichen wolle, den Erwerber hierüber deutlich aufklären müsse. Der Verweis auf eine „Schalldämmung nach DIN 4109“ genüge hierfür nicht. Ob die im Beispielsfall gewählte Vertragsklausel, wonach ein erhöhter Schallschutz ausdrücklich nicht vereinbart werde, ausreichend ist, ließ *Schmidt* ausdrücklich offen.

*Schmidt* verwies hierzu auf den BGH und seine Entscheidung vom 4.6.2009, wonach der Erwerber in der Regel keine Vorstellung habe, was sich hinter den Schalldämm-Maßen der DIN 4109 verberge, sondern allenfalls darüber, in welchem Maße er Geräuschbelastigungen ausgesetzt sei oder in Ruhe wohnen könne. Die rechtlichen Berater sollten sicherstellen, so die Anregung *Schmidts* zum Abschluss seines Vortrags, dass sich die Erwerber der Bedeutung der DIN 4109 bewusst sind. Im Vertrag sollte stehen, dass sich die Parteien darüber einig sind, dass der geschuldete Schallschutz nach der DIN 4109 nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht – oder eben dass ein den anerkannten Regeln der Technik entsprechender Schallschutz vereinbart wird.

Das zweite Referat hielt der Münchener Notar Dr. *Gregor Basty*. Zum Auftakt seines Vortrags zum Thema „Bauträgervertrag und Abnahme“ machte *Basty* deutlich, dass auf den Bauträgervertrag nach wie vor Werkvertragsrecht anzuwenden sei und somit der Abnahme zentrale Bedeutung für den Gefahrübergang, den Beginn der Verjährungsfristen und die Beweislastverteilung zwischen Unternehmer und Besteller zukomme. *Basty* warf die Frage auf, wie eine sachgerechte Regelung zur Abnahme von Gemeinschaftseigentum aussehen könne. Der Bauträger habe schließlich Interesse an einem Gleichlauf der Verjährungsfristen von Mängelansprüchen und somit an einer einheitlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch alle Erwerber. Der Anspruch auf Herstellung des Sonder- als auch des Gemeinschaftseigentums ergebe sich aus dem Bauträgervertrag, der individuell die geschuldete Beschaffenheit festlege. Dem entsprechend müsse die Abnahme grundsätzlich durch jeden Erwerber einzeln erfolgen. Im Interesse einer einheitlichen Abnahme sei die Gestaltung verbreitet, dass die Erwerber Abnahmevollmachten an Sachverständige erteilen. Anschließend stellte *Basty* die Überlegungen *Joachim Wenzels* vor, eine Lösung über das Wohnungseigentumsrecht zu finden. Nach *Wenzel* ergebe sich eine „Wahrnehmungsbefugnis“ der Gemeinschaft aus § 10 Abs. 6 WEG. Des Weiteren gebe es keinen sachlichen Grund, die sich aus § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG ergebende Verwaltungskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft, der auch die erstmalige Herstellung des Gemeinschaftseigentums zuzuordnen sei, erst dann eingreifen zu lassen, wenn das Bauwerk ordnungsgemäß hergestellt ist. Wolle man Wertungswidersprüche vermeiden, müsse *Wenzel* zufolge Entsprechendes auch für die Wahrnehmung der individualvertraglichen Abnahmepflicht gelten.

*Basty* formulierte daraufhin seine Bedenken an der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen Sachverständigen

oder Verwalter. Zum einen sei das Gemeinschaftseigentum nicht allen Erwerbern notwendigerweise gleich geschuldet. So könne ein Erwerber die Annahme verweigern, die anderen aber nicht. Zum anderen stelle sich die Frage, wie ein Gutachter oder Verwalter entscheiden könne, ob die Leistung im Wesentlichen vertragsgemäß ist. Selbst wenn man eine einheitliche Abnahme durch die Gemeinschaft anerkenne, erscheine es fraglich, ob es auch tatsächlich zu einer Abnahme i. S. d. § 640 BGB komme. Verwalter oder Gutachter nähmen nur eine technische Abnahme vor, die nicht mit einer Abnahme nach § 640 BGB gleichzusetzen sei.

*Basty* hob hervor, welche fatalen Folgen den Bauträger im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Abnahme trafen: Er müsste befürchten, dass er weiterhin die Beweislast für die Mangelfreiheit zu tragen hätte und Gewährleistungsfristen nicht anliefern. Für die Vertragsgestaltung müsse berücksichtigt werden, dass Rechtssicherheit für den Bauträger nur eintreten könne, wenn eine individuelle Abnahme erfolge. Es erscheine sinnvoll, dass bei der Abnahme des Sondereigentums gleichzeitig eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolge, soweit dieses abnahmefähig hergestellt sei. Diese rechtsgeschäftliche Abnahme könnte durch eine vorausgehende technische Abnahme durch einen Sachverständigen vorbereitet werden.

Des Weiteren sei an eine rechtsgeschäftliche Abnahmefiktion zu denken, bei der ein Schweigen als konkludente Annahme für die Vertragsgestaltung nutzbar gemacht werden könne. Dazu müsse zunächst eine technische Abnahme durch einen Sachverständigen erfolgen. Nach Zusendung des Protokolls würde der Erwerber aufgefordert, sich zu seiner rechtsgeschäftlichen Abnahme zu erklären. Ein Schweigen werde als Zustimmung verstanden, wenn er sich nicht innerhalb einer bestimmten Frist erkläre. Dies setze allerdings voraus, dass das Verhalten des Erwerbers den begründeten Schluss zulässt, er billige das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß. Darüber hinaus könne eine technische Abnahme geeignet sein, die Voraussetzungen für die in § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB geregelte fiktive Abnahme zu schaffen. Dem Erwerber könnte also, so *Basty*, das Protokoll über die technische Abnahme mit der Bitte zugesandt werden, binnen einer angemessenen Frist an der rechtsgeschäftlichen Abnahme mitzuwirken.

Zum Abschluss seines Vortrags ging *Basty* noch auf die Frage ein, ob eine Abnahme durch Gebrauch vorstellbar sei. Hierzu müsse jedoch festgestellt werden, dass eine schlüssige Abnahme durch Ingebrauchnahme mangels erkennbaren Erklärungsbewusstseins der Erwerber nicht in Betracht komme. Zudem werde, so die Entscheidung des OLG Koblenz vom 29.5.2008 (IBR 2009, 34), durch die Nutzung des Sondereigentums nicht zum Ausdruck gebracht, dass damit auch die Leistung hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums als im Wesentlichen vertragsgemäß erbracht anerkannt werde. Der bloßen Ingebrauchnahme könne nur dann der rechtsgeschäftliche Charakter einer konkludenten Abnahmeerklärung beigemessen werden, wenn eine gewisse Prüfungszeit hinzukomme. Je nach Art und Umfang des Werkes würden Zeiträume von mehreren Monaten, für Gemeinschaftseigentum von mindestens einem Jahr, erörtert.

Den dritten Vortrag hielt Professorin und Notarin a. D. Dr. *Andrea Brüggem* aus Berlin. Unter der Überschrift „Bauträgervertrag – quo vadis?“ beschrieb *Brüggem* zunächst die Defizite bei einer Insolvenz des Bauträgers und dem Rücktritt des Erwerbers. So sei dem Erwerber mit dem durch die Vormerkung gesicherten Eigentumsübergang wenig geholfen, wenn ihn eine nunmehr selbständige Fertigstellung des Bauvorhabens finanziell überfordere. Trete der Erwerber bei einem

Steckenbleiben des Baus aufgrund der Insolvenz des Bauträgers vom Vertrag zurück, gefährde er nicht nur die Rückgewähr seiner bis dato geleisteten Abschlagszahlungen, sondern verlöre auch noch die Vormerkungssicherung. Im Auftrag der Bundesnotarkammer habe das Institut für Finanzmarktforschung und Qualitätssicherung (IFQ) verschiedene Varianten zur Fortentwicklung des Sicherungskonzepts auf ihre wirtschaftlichen Folgen hin untersucht: Eine „Zahlung nach Baufortschritt mit zusätzlicher Sicherheit“ wie etwa einer gesetzlichen Rückzahlungspflicht oder einer Rückzahlungsbürgschaft neben oder anstelle der Vormerkung, eine „Zahlung im Wesentlichen bei Baubeginn gegen Stellung einer umfassenden Rückzahlungs-, Vertragserfüllungs- und Mängelbeseitigungsbürgschaft“ und letztlich eine „Zahlung erst zum Schluss“ bei Vorliegen einer Bürgschaft des Erwerbers. Unter Berücksichtigung der Vielgestaltigkeit von Bauträgervorhaben sollte es, so *Brüggen* weiter, allgemeines Ziel sein, die Folgen eines steckengebliebenen Baus für den Erwerber bei angemessener Risikoverteilung überschaubar zu halten und den Rücktritt als echte Option zu erhalten. Dies könne gerade dadurch geschehen, dass man Abschlagszahlungen von einer Rückzahlungssicherheit abhängig mache oder Erwerberzahlungen erst nach

Vollendung des Werkes zulasse, während der Bauträger bis dahin durch eine Erwerberbürgschaft abgesichert sei. *Brüggen* kam zu dem Schluss, dass mittels einer Rückzahlungssicherheit oder aufgeschobenen Zahlung dem Regelungsdefizit am besten begegnet werden könne. Die Studie des IFQ habe bewiesen, dass sich bei einem Sicherungskonzept mit dem Rücktritt als echter Option die Verteuerung um ca. 1 % für den Erwerber in einem überschaubaren Rahmen halte. Im Zusammenhang mit einer aufgeschobenen Zahlung wäre außerdem zu überlegen, ob man den Bauträgervertrag im Kaufrecht verankern sollte. Das kaufrechtliche Mängelrecht sei ohnehin, was die Angaben im Prospekt angehe, weitreichender als das Werkvertragsrecht.

Die Vorträge veranlassten die Zuhörer zu einer lebendigen Diskussion mit den Referenten und untereinander. Der anschließende Empfang bot schließlich ausreichend Gelegenheit zum Austausch über aktuelle Rechtsfragen und zur Vertiefung der fachlichen Gespräche. Die nächste Tagung der Forschungsstelle wird sich im November des Jahres mit dem Risikobegrenzungs-gesetz beschäftigen. Einzelheiten werden unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de) bekannt gegeben.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### LexisNexis: Online-Portal Notarrecht. Vorzugspreis 48 €, sonst 58 € monatlich, je zzgl. MwSt.

LexisNexis bietet neuerdings eine Online-Bibliothek speziell zum Notarrecht an. Für Anwaltsnotare ist dieses Online-Portal um weitere Rechtsmodule (z. B. Familien- und Erbrecht, Wirtschafts- und Steuerrecht, Zivilrecht, Strafrecht) erweiterbar.

Der Nutzer erhält als Zugangsvoraussetzung eine Benutzerkennung und ein Kennwort, mit dem er sich auf der Zugangseite ([www.notarrecht-online.de](http://www.notarrecht-online.de)) in seinen privaten Nutzungsbereich einwählt. Der Zugangsbereich gibt bereits einen guten Überblick über die Recherchemöglichkeiten. Die Bibliothek ermöglicht den Zugriff auf folgende spezielle Recherchebereiche: „Entscheidungen“, „Rechtsnormen“, „Kommentare“, „Fachzeitschriften“, „Formulare“, „Fachbücher“, wobei über eine einfache Suchfunktion auch eine Schnellsuche durchgeführt werden kann.

Laut Auskunft des Verlags umfasst die Sammlung über 730 000 Einzelnormen und über 530 000 Entscheidungen, die ständig auf den neuesten Stand gebracht werden. Einige Stichproben zum Auffinden aktueller Gerichtsentscheidungen waren durchwegs zufriedenstellend. Wie es bei Online-Bibliotheken mittlerweile guter Standard ist, werden zu einer Entscheidung alle Parallelfundstellen in den verschiedenen Fachzeitschriften angegeben. Die gefundene Entscheidung lässt sich einfach speichern, ausdrucken oder auch unmittelbar per E-Mail versenden. Eine interessante und für die Recherchetätigkeit sehr hilfreiche Funktion ist die Verlinkung der jeweiligen Entscheidung mit allen Dokumenten, welche die Entscheidung zitieren. Es kann hier wiederum nach allen Dokumenten gesucht werden, die ein Zitat der betreffenden Entscheidung enthalten, oder differenziert nach Kommentaren, anderen Entscheidungen oder Zeitschriften.

Im Recherchebereich „Fachbücher“ stehen dem Nutzer Werke des ZAP-Verlags aus allen notarrelevanten Rechtsgebieten zur Verfügung, die den meisten Notaren aus ihrer täglichen Praxis bekannt sind und mittlerweile teilweise als notarielle Standardliteratur gelten. Im Folgenden soll nur ein kurzer Überblick gegeben werden:

Verfügbar sind etwa das Würzburger Notarhandbuch von *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer*, Immobilienkaufverträge in der Praxis und Überlassungsverträge von *Krauß*, Handbuch der Unternehmensumwandlung von *Limmer*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte und Die Unternehmerehe von *Münch*, Erbrecht in Europa von *Süß* und Eherecht in Europa von *Süß/Ring*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen von *Müller/Renner*, Rechtshandbuch Wohnungseigentum von *Hügel/Scheel*. Die Recherche im Bereich Fachbücher ist übersichtlich und benutzerfreundlich. Ein Suchbegriff kann in allen Fachbüchern recherchiert werden, über eine Trefferliste kann die Suche eingegrenzt und konkretisiert werden. Möglich ist aber auch der Zugriff auf bestimmte Werke, etwa wenn man sich über ein bestimmtes Thema in einem bestimmten Fachbuch informieren will. In einem separaten Fenster lässt sich das gesamte Inhaltsverzeichnis des Fachbuchs anzeigen. Über einfaches Anklicken des jeweiligen Gliederungspunktes ruft man die zugehörigen Textpassagen auf. Sehr hilfreich ist auch die Funktion „blättern“, mit der sich wie in einem gebundenen Buch im Text nahtlos weiterblättern lässt, ohne dass man erst den nächsten Gliederungspunkt im Inhaltsverzeichnis aufrufen müsste.

An Kommentaren enthält die Online-Bibliothek folgende Werke, die für Notare relevant sind (alphabetisch nach Autoren): *Damrau*: Praxiskommentar Erbrecht, *Dodegge/Roth*: Praxiskommentar Betreuungsrecht, *Erman*: Bürgerliches Gesetzbuch, *Filzek*: Kommentar zur Kostenordnung, *Heybrock*: Praxiskommentar zum GmbH-Recht, *Staub*: Handelsgesetzbuch und die LexisNexis Online-Kommentare zum BeurkG, zur GBO, zur MaBV und zum WEG.

Im Bereich der Kommentare ist das Spektrum natürlich auf verlagseigene Werke beschränkt. Dementsprechend sind auch Werke vertreten, die sich in der Praxis vielleicht noch etwas etablieren müssen. Wenn man aber die Kommentierungen nicht ausschließlich für das wissenschaftliche Arbeiten verwenden will, wo man mehr oder weniger gehalten ist, die großen und bekannten Kommentare auszuwerten und zu zitieren, tut dies der Praxistauglichkeit keinen Abbruch. Für die tägliche Arbeit, bei der es darum geht, sich schnell und gezielt einen Überblick zu verschaffen oder eine Rechtsfrage zu klären, sind die angebotenen Kommentare völlig ausreichend, zumal man über die zitierte Sekundärliteratur mittelbar auch Zugriff auf bekanntere Werke hat.

Im Recherchebereich „Fachzeitschriften“ hat der Nutzer online Zugriff auf die jeweils aktuellen Ausgaben der ZNotP (Zeitschrift für die Notarpraxis), ZErB (Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis), ZFE (Zeitschrift für Familien- und Erbrecht) und ZGR (Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht). Im Online-Archiv sind zudem die kompletten Jahrgänge dieser Zeitschriften im Volltext recherchierbar. Daneben bietet die LexisNexis Online-Datenbank eine sog. Recht-Fachpresseschau, in deren Rahmen bis zu 160 Fachzeitschriften regelmäßig in Form von Besprechungen und Kurzzusammenfassungen von Fachaufsätzen ausgewertet werden. Die Volltextsuche beschränkt sich auch im Bereich „Fachzeitschriften“ naturgemäß auf die verlagsinternen Publikationen, wobei mit der ZNotP eine der bekanntesten Zeitschriften zum Notarrecht verfügbar ist. Die Zeitschriften-Auswertung gibt zwar einen guten Überblick über aktuelle Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur. Da aber auf die zugrundeliegenden Aufsätze in verlagsfremden Zeitschriften nicht unmittelbar online zugegriffen werden kann, ist dieser Service für eine konkrete Recherche nur mittelbar zielführend. Allerdings ermöglichen die Zusammenfassungen zumeist eine gute Entscheidungsgrundlage dahingehend, ob man sich einen bestimmten Fachaufsatz auf anderem Wege beschaffen sollte.

Der Recherchebereich „Formulare“ ist keine einheitliche Online-Formularsammlung, wie man aufgrund des Oberbegriffs vielleicht vermuten könnte. Vielmehr sind in diesem Menüpunkt einzelne Formularbücher eingestellt, in denen recherchiert werden kann. Allerdings ist die Auswahl an notarrelevanten Formularbüchern hier eher dürftig und im Wesentlichen auf das Erbrecht beschränkt.

Man kommt aber hinsichtlich brauchbarer Formulare in der Online-Bibliothek doch auf seine Kosten, indem man in den eingestellten Fachbüchern nach entsprechenden Musterverträgen und Formulierungshilfen sucht (also etwa im Würzburger Notarhandbuch oder in den Standardwerken von *Krauß* zum Immobilienrecht).

Ein echter Gewinn für die Datenbank wäre aus meiner Sicht, wenn unter dem Recherchepunkt „Formulare“ eine Auswahl

an Mustern zur Verfügung gestellt würde – nach einzelnen Rechtsgebieten geordnet und idealerweise auch in regelmäßigen Abständen auf den neuesten Stand gebracht.

Zusammenfassend lässt sich zur neuen Online-Bibliothek aus dem Hause LexisNexis Folgendes sagen: Der große Vorteil von Online-Datenbanken gegenüber Printmedien, die Verknüpfung mittels Hyperlinks, ist auch bei LexisNexis Notarrecht sehr komfortabel umgesetzt. In Entscheidungen, Kommentierungen, Fachbüchern und Formularen sind sowohl Verweise auf Randnummern derselben oder anderer Bearbeitungen verknüpft, als auch auf zitierte Gerichtsentscheidungen, Aufsätze oder Gesetzestexte. Die Verlinkung mit Aufsätzen ist – wie bereits erwähnt – allerdings beschränkt, da nur auf verlagsinterne Zeitschriften zugegriffen werden kann. Greift man auf ein verlinktes Dokument zu, kann von dort ausgehend wiederum nach weiteren Fundstellen gesucht werden, in denen das Dokument zitiert ist. Die Erschließung der juristischen Texte durch Hyperlinks macht ein sehr schnell-

les und effizientes Arbeiten mit den Dokumenten möglich. Das lästige Nebeneinander mehrerer Bücher auf dem Schreibtisch hat sich damit weitgehend erledigt. Das inhaltliche Angebot der Datenbank überzeugt, die für die notarielle Tätigkeit wesentlichen Bereiche sind gut abgedeckt. Die Benutzeroberfläche ist sehr übersichtlich und erschließt sich dem Nutzer nahezu von selbst. Insgesamt kann die Lexis Nexis Online-Bibliothek daher jedem Notar uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden. Die Preisgestaltung erscheint mir mit Blick auf das, was dem Nutzer geboten wird, sehr attraktiv. In diesem Zusammenhang soll noch darauf hingewiesen werden, dass für jeden Interessenten die Möglichkeit besteht, LexisNexis Notarrecht vier Wochen lang gratis zu testen: Eine gute Möglichkeit für jeden potentiellen Nutzer, die Online-Datenbank auf Herz und Nieren zu prüfen, bevor er sich für ein Abonnement entscheidet.

Notar Dr. *Thomas Grund*, Dipl. Kfm., Marktheidenfeld

### **Haft/Schlieffen: Handbuch Mediation. 2. Aufl., Beck, 2009. 1 350 S., 128 €**

Sieben Jahre nach der Erstveröffentlichung ist nun die zweite Auflage des Handbuchs Mediation erschienen. Im Vergleich zur Voraufgabe ist der Umfang um 124 Seiten gesunken. Nicht mehr übernommen wurde das bisherige siebte Kapitel, das die Aus- und Weiterbildung anhand einiger Beispiele erläuterte; übrig geblieben sind hier nur noch wenige Abschnitte in einzelnen Beiträgen. An dessen Stelle rückt als abschließendes Kapitel das Thema „Mediation in der Welt“, das die internationalen Bezüge noch deutlicher herausstellt. Ein zweiter Schwerpunkt der 2. Auflage ist der Bereich „Mediation und Justiz“, der nun ein eigenes Kapitel erhält; inhaltlich ist hier aber nur ein weiterer Beitrag hinzugekommen.

Die übrigen Beiträge wurden überarbeitet und auf den aktuellen Stand in Praxis und Theorie gebracht. Auffällig ist, dass einige Beiträge in neue Kapitel eingeordnet wurden. Insgesamt ist der Aufbau des Buchs dadurch übersichtlicher geworden. Das Werk ist nun in folgende sieben Kapitel gegliedert: 1. Grundlagen, 2. Methode, 3. Arbeitsgebiete, 4. Berufsbilder, 5. Mediation und Justiz, 6. rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen, 7. Mediation in der Welt.

Ein Leser, der ohne jede Vorkenntnisse zum Handbuch Mediation greift, möchte aller Wahrscheinlichkeit nach zunächst wissen, was mit dem Begriff „Mediation“ eigentlich gemeint ist. Den ersten Zugang bildet das eröffnende Kapitel „Grundlagen“. Bereits hier finden sich mehrere Vorschläge verschiedener Autoren für eine Begriffsbestimmung der Mediation, denen weitere im Handbuch folgen. Eine vollständige Übersicht erhält man durch das Sachregister, das zu diesem Thema stichprobenweise konsultiert wurde, leider nicht. Die Vielfalt der Meinungen hat ihre Ursache darin, dass es sich um einen offenen Begriff handelt, der je nach Perspektive, (wirtschaftlichem) Interesse und Rollenverständnis des vermittelnden Mediators mit unterschiedlichen Merkmalen verbunden wird.

Als Jurist mit einer Vorliebe für Legaldefinitionen kann man sich zur ersten Orientierung wohl am besten an die EU-Mediationsrichtlinie halten, zu der man allerdings erst auf S. 1241 vordringt. Mediation ist danach „ein strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei

oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung einer Streitigkeit zu erzielen“. Zu ergänzen wäre an dieser Stelle des Buchbeitrags die Definition des Mediators, aus der sich insbesondere die Neutralität ergibt: Nach Art. 3 b) der Richtlinie ist der Mediator eine „dritte Person, die ersucht wird, eine Mediation auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise durchzuführen (...)“.

Im Übrigen sind im ersten Kapitel interessante Ausführungen zum Thema Verhandlungstechnik zu lesen, insbesondere zur Sozialpsychologie des Verhandlens von *Klinger/Bierbrauer* und zur Auswahl des richtigen Verfahrens von *Heussen*.

Im zweiten Kapitel, das sich mit der Methode befasst, sind etliche Wiederholungen zu verzeichnen. Es geht in nicht weniger als drei Beiträgen um Kommunikationstechniken des Mediators, so dass sich zwangsläufig Überschneidungen ergeben, zum Beispiel bei der Aufzählung der verschiedenen Fragearten. Hervorzuheben ist der Beitrag von *Kracht*, der sich mit der Rolle und Aufgabe des Mediators sowie den Prinzipien der Mediation beschäftigt. Zentral ist hier die Neutralität des Dritten, die oft pauschal gefordert wird, aber auch im Einzelnen rechtlich abzusichern ist, etwa im Mediatorvertrag, wenn die Neutralität nicht – wie beim Notar – berufsrechtlich institutionalisiert ist. Erfrischend ist der Abschnitt „Die Suche nach kreativen Lösungen“, den *Greiter* beisteuert. Er stellt in einer Übersicht 77 Denkanstöße vor, die er anhand von 33 Beispielen mit Leben erfüllt.

Das dritte Kapitel stellt die Arbeitsgebiete der Mediation vor; diese reichen von dem Teilbereich, der in der Öffentlichkeit wohl am bekanntesten ist, nämlich der Familienmediation, bis hin zum Strafrecht. Insgesamt werden 15 Einsatzgebiete vorgestellt. Die schiere Zahl der Arbeitsgebiete, die sich zwanglos erweitern lassen würde, belegt schon allein das Potential der Mediation. Für Notare interessant ist hier vor allem der Beitrag von *Beisel*, der sich mit dem Erbrecht beschäftigt, und der richtig feststellt, dass das Erbrecht eine „nahezu unendliche Fülle von Konflikten“ bietet (S. 498).

Das vierte Kapitel hat die Berufsbilder zum Thema. Die Autoren beschreiben die Besonderheiten einer Mediation durch Rechtsanwälte, Psychologen, Richter und auch von Notaren.

Im letztgenannten Beitrag stellt der Notarkollege *Walz* zutreffend fest, dass sich die Mediation nicht notwendig mit Konfliktlösung beschäftige, vielmehr gehe es im Kern um Interessengegensätze. Diese können auch in Vertragsverhandlungen, die gerade einer Konfliktvermeidung dienen sollen, von einem neutralen Dritten koordiniert werden (S. 913). Das Beurkundungsverfahren lässt sich daher (auch) als eine spezielle Form der Vertragsmediation begreifen (S. 914). Insofern greift daher die oben wiedergegebene Definition der Mediation in der EU-Mediationsrichtlinie zu kurz, da sie nur auf die Beilegung von Streitigkeiten abzielt.

Das Verhältnis zwischen Mediation und Justiz wird im fünften Kapitel beleuchtet. Einprägsam ist hier vor allem der Beitrag von *Gottwald*, der die gerichtsnahe Mediation am Beispiel eines Modellprojekts in Niedersachsen beschreibt. Die begleitende Untersuchung hat beispielsweise eine Ersparnis von Richterarbeitszeit von immerhin 40 % festgestellt.

Im sechsten Kapitel erfährt der Leser etwas über die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Mediation, insbesondere zu den Rechtsgrundlagen, Haftung, Kosten, Durchsetzbarkeit von Vereinbarungen und der Vermarktung. Ein zentrales Element der Mediation ist die Vertraulichkeit. Insofern ist die Feststellung von *Hartmann*, dass die vorhandenen gesetzlichen Regelungen die Vertraulichkeit nur in wenigen Fällen sichern, bemerkenswert (S. 1098). Eine Schweigepflicht wie für Notare und Rechtsanwälte ist eher die Ausnahme; viele andere Berufsgruppen können sich darauf nicht berufen. Auch ist es nach *Nierhawe* durchaus fraglich, wer sich aus dieser Gruppe auf das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO berufen kann, wenn die Vertraulichkeit nur vertraglich geregelt ist (S. 1183).

Das siebte Kapitel, Mediation in der Welt, enthält einen Beitrag von *Yarn*, der sich mit der Mediation in den USA

beschäftigt. Die Beschreibung ist sehr hilfreich für jeden, der sich mit Mediation beschäftigt, da von dort die Initialzündung für diese Ideen kam. Die Vorreiterrolle der USA erlaubt vielleicht auch einen Blick in die Zukunft: *Yarn* schreibt hier auf S. 1269, dass die Mediation nun ein wenig flexibles, allzu formalisiertes Verfahren sei, geprägt von Vorschriften, ethischen Kodices und Verhaltensrichtlinien. Er fasst zusammen: „Das Rechtssystem verändert wohl die Mediation stärker als diese das Rechtssystem.“ Wir auf der anderen Seite des Atlantiks sind noch am Anfang der Entwicklung, doch die von *Sharma* dargestellten europarechtlichen Impulse, insbesondere die EU-Mediationsrichtlinie, belegen bereits den Weg zur Verrechtlichung.

Insgesamt gibt das Handbuch Mediation einen sehr fundierten Überblick über den gegenwärtigen Stand der Diskussion. Die Vielzahl der Autoren aus verschiedenen Berufsgruppen ist Garant dafür, dass jeder Leser wertvolle Anregungen erhält und sich mit dem Blick des anderen auseinandersetzen kann. Allen, die sich mit dieser Thematik eingehend beschäftigen möchten, sei das Werk daher empfohlen.

Das Schlusswort sei der Mitherausgeberin von *Schließen* überlassen, die auf S. 203 die Strukturkrise der Mediation beschreibt und dabei eine durchaus selbstreferentielle Aussage trifft: „(...) das Mediationsverfahren (...) kranke schon immer an einem Nachfragemangel. Was florierende und für Außenstehende insgesamt den Eindruck eines Marktgleichgewichts vermittelt (um nicht zu sagen: vortäuschte), war und ist der erfolgreiche Absatz von Leistungen und Produkten, denen in der Marketingstrategie des Primärguts Mediation eine Nebenfunktion zukommt. Beispielhaft erwähnt sei der Verkauf von Büchern über Mediation.“

Notar *Johannes Schwarzmann*, Miltenberg

### **Langenfeld: GmbH-Vertragspraxis. 6. Aufl., O. Schmidt, 2009. 380 S., 69,80 € + CD-ROM**

Im Zuge der Reform des GmbH-Rechts ist nunmehr auch das Werk von *Langenfeld* in der Neuauflage erschienen. Die zwölf Kapitel des Buches behandeln nicht nur die typischen notariellen Gestaltungssituationen bei der GmbH (Gründung, Satzungsänderung, Kapitalmaßnahmen, Auflösung und Liquidation, Treuhand, Mantelverwendung, Unternehmensverträge, Veräußerung von Geschäftsanteilen), sondern auch die GmbH & Co. KG, die Rechtsformalternativen zur GmbH (AG und englische Limited) sowie das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers einschließlich des GmbH-Geschäftsführervertrags. Ein eigenes Kapitel ist der Umwandlung unter Beteiligung einer GmbH bzw. GmbH & Co. KG gewidmet. Keine Ausführungen finden sich zur Insolvenz der GmbH bzw. GmbH & Co. KG.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Der *Langenfeld* ist und bleibt ein Buch weniger für dogmatische Feinheiten als vielmehr für den raschen Zugriff und für den schnellen Überblick.

Das MoMiG stellt *Langenfeld* im ersten Kapitel in einem eigenen Abschnitt auf knapp zwanzig Seiten in einem informativen und gut verständlichen Überblick dar. Daneben sind die durch das MoMiG bedingten Änderungen in den jeweiligen Kapiteln eingearbeitet. Dass auch ein Altmeister wie *Langen-*

*feld* nicht immer ganz perfekt ist, zeigt sich bei den Geschäftsführerversicherungen gemäß § 8 Abs. 3 GmbHG im Rahmen der Registeranmeldungen: Es fehlen die Betrugsstraftaten nach den §§ 263 bis 264 a StGB (Kapitel 2 § 9 Rdnr. 234 Muster 24, Kapitel 4 § 3 Rdnr. 447 Muster 61 und 63).

Einen Schwerpunkt des Buches bildet die Gestaltung der GmbH-Satzung (Kapitel 2). *Langenfeld* stellt hier eine Mustersatzung für die Mehr-Personen-GmbH, ergänzt um weitere optionale Regelungen, sowie eine Satzung für die Ein-Personen-GmbH voran. In den folgenden Paragraphen erläutert er dann die einzelnen Regelungsbereiche. Die Ausführungen sind souverän und sehr gut nachvollziehbar. Die Formulierungsvorschläge sind verständlich, prägnant und erfreulich kurz. In seinen Musterformulierungen nummeriert allerdings *Langenfeld* die Geschäftsanteile in der Satzung selbst nicht. Eine solche Nummerierung ist in der Satzung zwar nicht zwingend (anders bei der Gesellschafterliste, §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), erscheint mir aber dennoch sinnvoll.

Aus meiner Sicht zu knapp behandelt werden die den Notar bei Beurkundungen im GmbH-Recht häufig beschäftigenden Probleme der Vertretung von Beteiligten. Als Stichworte seien hier nur genannt: Formerfordernisse von Vollmachten, § 181 BGB, ausländische Beteiligte, Minderjährige.

Die Ausführungen zur GmbH & Co. KG (Kapitel 3) geben einen guten Überblick über die Besonderheiten dieser Rechts-

form. Jedoch geht *Langenfeld* in diesem Zusammenhang nicht auf die (nicht ganz unumstrittene) Frage der Komplementärfähigkeit einer UG, die nicht am Vermögen der KG beteiligt ist, ein.

Die Auswirkungen der durch das MoMiG getroffenen Neuregelungen in § 16 GmbHG für Anteilsabtretungen und die Änderungen zur Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) stellt *Langenfeld* ebenso dar wie die durch die Neufassung der §§ 19 Abs. 4 und 5, 30 Abs. 1 GmbHG sich ergebenden Folgen für die Kapitalaufbringung bzw. Kapitalerhaltung bei verdeckten Sacheinlagen, Hin- und Herzahlen, Cash-Pooling und Darlehensgewährungen seitens der Gesellschaft oder des Gesellschafters. Hier finden sich allerdings keine Hinweise auf die rechtsformunabhängig geltenden Bestimmungen der neu gefassten §§ 39, 135 InsO bzw. §§ 6, 6 a AnfG.

Im Buch von *Langenfeld* finden sich – wenn auch nicht durchgängig – Hinweise zum Steuerrecht. Wer jedoch den steuerlichen Hintergrund eingehend durchdringen und verstehen will, wird zum Beispiel zu *Tillmann/Schiffers/Wälzholz* (Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, 5. Aufl. 2009) greifen müssen.

Angesichts der Vielzahl der Punkte, die *Langenfeld* auf 380 Seiten abhandelt, ist realistischerweise nicht die Tiefe und detaillierte Problembearbeitung wie etwa in dem Werk von *Heckschen/Heidinger* (Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009) zu erwarten. Allerdings könnte aus meiner Sicht *Langenfeld* dieses Manko zumindest bis zu einem gewissen Punkt durch ein Mehr an Hinweisen zu weiterführender Literatur ausgleichen.

Insgesamt und trotz der vorstehenden kritischen Anmerkungen halte ich den *Langenfeld* weiterhin für ein sehr gutes Buch. Es verschafft dem Leser ein gutes Grundgerüst für fast alle Bereiche des notarrelevanten GmbH-Rechts. *Langenfeld* behält stets den Blick für das Wesentliche. Durch die knappe, prägnante und zugleich sehr gut lesbare Darstellung kann der Leser zudem schnell eine bestimmte Thematik des GmbH-Rechts erarbeiten bzw. seine diesbezüglichen Kenntnisse auffrischen.

Dem Buch beigelegt ist eine CD-ROM mit allen Musterformulierungen.

Notar Dr. *Michael Grötsch*, München

### **Ring/Grziwotz: Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht. Bundesanzeiger Verlag, 2009. 981 S., 98 € + CD-ROM**

Bereits kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist im Bundesanzeiger Verlag zu Beginn des Jahres 2009 das heute zu besprechende Werk „Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht für Unternehmer und Berater“ in erster Auflage erschienen. Herausgegeben wird dieser Kommentar von den beiden herausragenden Rechtswissenschaftlern Prof. Dr. *Gerhard Ring* und Prof. Dr. *Herbert Grziwotz*. Unterstützt werden beide Herausgeber von einem namhaften Autorenteam, zu dem ausgewiesene Praktiker im Bereich des Gesellschaftsrechts sowie des Steuerrechts zählen. Im Rahmen dieser Rezension ist es nicht möglich, auf jeden einzelnen Mitautor oder Beitrag angemessen einzugehen. Dennoch ist festzuhalten, dass trotz der Vielzahl der Autoren den Herausgebern ein einheitliches Gesamtwerk gelungen ist, das eine Bereicherung für die tägliche Beratung im Bereich des GmbH-Rechts darstellt. Um es vorwegzunehmen: Wer diesen Kommentar im juristischen Alltag bei im Bereich des GmbH-Rechts auftretenden Fragen zur Hand nimmt, wird schnell die richtigen Lösungsansätze finden.

Ogleich bereits die erste Auflage des Praxiskommentars 981 Seiten umfasst, vermeiden die Autoren unnötige Ausführungen und stellen mit der nötigen Ausführlichkeit die zentralen Probleme des seit 1.11.2008 geltenden GmbH-Rechts dar. Der Praxisbezug des zu besprechenden Werkes ist insbesondere daran erkennbar, dass sich die Autoren nicht nur auf die Kommentierung des GmbH-Gesetzes beschränkt haben, sondern dem Leser zugleich an zahlreichen Stellen hilfreiche Musterformulierungen zur Verfügung stellen. Dies macht den Praxiskommentar zu einem nützlichen Hilfsmittel bei der täglichen Vertragsgestaltung. Als große Bereicherung sind die Kommentierungen und Musterformulierungen zu den Normen des GmbH-Gesetzes hervorzuheben, die durch das MoMiG neu vom Gesetzgeber aufgenommen wurden und im

alten Recht keine Entsprechung hatten. So können als positives Beispiel die Kommentierungen und Musterformulierungen von Notarassessor *Sebastian Herrler* zum genehmigten Kapital nach § 55 a GmbHG genannt werden. Der Autor stellt dem Leser alle notwendigen Satzungsklauseln, Gesellschafterbeschlüsse und Handelsregisteranmeldungen zur Verfügung, die in der Praxis benötigt werden, um von dieser neu eingeführten Vorschrift Gebrauch zu machen.

Neben den zahlreichen Kommentierungen und Formulierungen zum GmbH-Gesetz werden noch weitere im Zusammenhang mit der Gesellschaft mit beschränkter Haftung stehende Rechtsbereiche, wie zum Beispiel das GmbH-Konzernrecht, Umwandlungsrecht, Arbeitsrecht und Steuerrecht von den Autoren behandelt. Sicherlich ersetzt das zu besprechende Werk hinsichtlich der vorstehend genannten Rechtsgebiete nicht einen ausführlichen und speziell für den jeweiligen Rechtsbereich verfassten Kommentar, doch vermittelt der Systematische Praxiskommentar einen Einblick in einige grundlegende Probleme. Bei den sicherlich noch folgenden weiteren Auflagen sind die vorstehend genannten Kommentierungen allerdings noch ausbaufähig. Insbesondere bei dem Abschnitt über das Arbeitsrecht und die Geschäftsführeranstellung ist eine mehr in die Tiefe gehende Kommentierung wünschenswert. So vermisst man in diesem Bereich das Muster eines Geschäftsführeransetzungsvertrags.

Die sorgfältige und systematisch wohl überlegte Untergliederung sowie die zahlreichen optischen Hervorhebungen im Text erleichtern das Studium des Praxiskommentars erheblich. Eine große Bereicherung für Rechtsanwälte und Notare stellt der Unterabschnitt mit der Überschrift „Weitere praktische Hinweise“ dar, welcher bei der Kommentierung der meisten Paragraphen zu finden ist. Die praktischen Hinweise umfassen beispielsweise Angaben zur Darlegungs- und Beweislast, Notar- und Gründungskosten und zur steuerlichen Beurteilung. Ogleich die steuerlichen Ausführungen eine Beratung durch einen Steuerberater nicht ersetzen können, enthalten sie viele wichtige und interessante Hinweise im Bereich des Körperschaft-, Gewerbe- und Einkommensteuer-

rechts, die man auf jeden Fall bei der Rechtsberatung kennen sollte. Erfreulich ist des Weiteren, dass die Autoren auf Praxisprobleme hinweisen. So stellt beispielsweise Notar Dr. *Roland Nagel* sehr anschaulich dar, warum das vom Gesetzgeber vorgegebene Musterprotokoll für die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) „völlig unpraktikabel“ ist.

Eine enorme Arbeitserleichterung stellt die beim Erwerb des Praxiskommentars beiliegende CD-ROM dar, die über ein übersichtliches Menü verfügt und alle im Praxiskommentar aufgeführten Musterformulierungen enthält. Auf diese Weise gestaltet sich die Suche nach dem richtigen Baustein für den Verwender des vorliegenden Werks sehr komfortabel.

Diese Besprechung muss mit der Feststellung enden, dass der Praxiskommentar aufgrund der mehr als umfassenden Verwertung von Rechtsprechung und Literatur als eine außerordentliche wissenschaftliche Leistung anzusehen ist, ohne den Bezug zur Praxis zu verlieren. Durch die Symbiose aus zum Teil sehr ausführlichen und doch verständlichen Kommentierungen und dem Bereitstellen zahlreicher Musterformulierungen wird das zu besprechende Werk seinem Titel als Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht für Unternehmer und Berater mehr als gerecht. Das Werk ist auf jeden Fall eine Bereicherung für jede juristische Bibliothek und eine enorme Hilfestellung für die tägliche Rechtsberatung im Bereich von Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Notarassessor Dr. *Damian Wolfgang Najdecki*, München

### **Ulmer/Schäfer: Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft. 5. Aufl., Beck, 2009. 748 S., 88 €**

Über fünf Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe liegt nunmehr die 5. Auflage des Systematischen Kommentars zu Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft vor. Es handelt sich hierbei um eine hinsichtlich der entsprechenden Vorschriften inhaltsgleiche Sonderausgabe aus Band 5 des Münchener Kommentars zum BGB. Knapp 30 Jahre sind seit der Erstauflage des im Jahre 1980 von *Peter Ulmer* ins Leben gerufenen Systematischen Kommentars vergangen, und entgegen seiner Ankündigung im Vorwort zur letzten Auflage hat sich der Heidelberger Emeritus nicht aus dem Werk zurückgezogen, sich allerdings in Gestalt von *Carsten Schäfer*, Professor an der Universität Mannheim, Verstärkung ins Boot geholt. Bei *Ulmer* verblieben ist die Kommentierung der zentralen Norm des § 705 BGB und der Vorbemerkungen hierzu (was zusammen immerhin deutlich über 200 Seiten des rund 700 Seiten umfassenden Werks ausmacht), während *Schäfer* für die Überarbeitung der Kommentierung der sonstigen Normen des BGB-Gesellschaftsrechts und des PartGG verantwortlich zeichnet.

In bewährter Manier stellen sich Schriftsatz und -bild angenehm und flüssig lesbar dar. Die umfangreichen Nachweise von Rechtsprechung und Literatur sind in Fußnoten gesetzt. Detaillierte Übersichten vor der Kommentierung nahezu jeder Norm erleichtern das Auffinden von Einzelproblemen.

Rechtsprechung und Literatur sind hinsichtlich beider Gesellschaftsformen bis Oktober 2008 berücksichtigt. Dementsprechend ist – leider – das Urteil des BGH vom 4.12.2008 (MittBayNot 2009, 225) zur Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft nicht mehr berücksichtigt, ebenso wenig die Reaktion des Gesetzgebers hierauf durch das zwischenzeitlich in Kraft getretene Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG). Indes ist es nicht schwer zu erraten, dass die Entscheidung vom 4.12.2008 in der Kommentierung *Ulmers* großen Beifall gefunden hätte. Wie auch bereits in der Voraufgabe, spricht sich *Ulmer* in seinen immerhin gut zweiseitigen Ausführungen zur Grundbuchfähigkeit der GbR (§ 705 Rdnr. 312 ff.) für die „Anerkennung der (formellen) Grundbuchfähigkeit der GbR“ aus. Allerdings sind auch seine entsprechenden Argumente hierfür nicht neu: neben dem – dogmatisch ja noch plausiblen – Ar-

gument des Gleichlaufs von materiellem Recht und Verfahrensrecht wird der altbekannte exotische Fall einer BGB-Gesellschaft mit vierstelliger Mitgliederzahl bemüht (LG Stuttgart, NJW-RR 1999, 743) und der damit einhergehende Arbeitsaufwand der Grundbuchämter, vor welchem diese zu bewahren seien (§ 705 Rdnr. 314 f.). Wie häufig derartige Fälle wirklich vorkommen, weiß jeder Praktiker selbst zu beurteilen.

Dies soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die grundlegenden Ausführungen *Ulmers* zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts als rechtsfähigem Personenverband (§ 705 Rdnr. 289 ff.) sicherlich als eines der herausragenden Kernelemente der Kommentierung des BGB-Gesellschaftsrechts zu bezeichnen sind. Aus der Feder eines der Begründer und Wegbereiter der rechtsfähigen BGB-Gesellschaft stammend, stellen sie den Paradigmenwechsel der GbR vom Schuldverhältnis zur rechtsfähigen Personengesellschaft authentisch dar und geben ebenso umfassend wie detailliert die diesbezügliche Rechtsentwicklung wieder.

Im Bereich der Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts waren in der Folge der grundlegenden Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1999 und 2001, mit welchen die Rechtsprechung den Übergang zur Akzessorietätstheorie vollzog, in den letzten Jahren speziellere Einzelfragen der Ausgestaltung der akzessorischen Gesellschafterhaftung Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Entscheidungen und breiter Diskussion in der Literatur. Auch diese werden zuverlässig und erschöpfend nachgezeichnet, so etwa die Fragen um die Haftung für deliktische Verbindlichkeiten (§ 714 Rdnr. 38), die Haftung eines Schein-Gesellschafters (§ 714 Rdnr. 40) sowie die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters und des eintretenden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten (§ 714 Rdnr. 70 ff.). Wie allorts im *Ulmer/Schäfer* werden Meinungsstand von Judikatur und Literatur klar und übersichtlich dargestellt, breit nachgewiesen und davon deutlich abgehoben eine eigene fundiert begründete Stellungnahme angeboten.

Die Kommentierung der PartGG nimmt naturgemäß gegenüber der Kommentierung des BGB-Gesellschaftsrechts einen weitaus geringeren Raum ein. Selbstverständlich sind auch hier die aktuellen gesetzlichen Vorgaben, etwa zur elektronischen Anmeldung zum Partnerschaftsregister, verlässlich dargestellt. Eine sinnvolle Ergänzung stellt die bei §§ 5, 4 PartGG abgedruckte Partnerschaftsregisterverordnung nebst einer zu-

sammenfassenden Erläuterung hierzu dar. Vorschriften des FGG werden bereits durchwegs zusammen mit den jeweils entsprechenden Vorschriften des FamFG zitiert.

Der Ulmer/Schäfer zeichnet sich – gerade in einer Zeit, in der allenthalben neue Kommentare entstehen – nicht nur durch eine in fast 30-jähriger Tradition gewachsene Homogenität, Fundiertheit und Verlässlichkeit aus. Seine Besonderheit ist auch und vor allem, dass die Kommentierung mit der Handschrift *Ulmers* diejenige eines der maßgeblichen Mitgestalter der Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte trägt und somit

ein außergewöhnliches Maß an Authentizität beinhaltet. Diese Tradition, den Stand der Dinge nicht nur darzustellen, sondern durch neue Denkanstöße die künftige Entwicklung mitzugestalten, setzt die 5. Auflage des Werkes fort. Für jeden, der gleichermaßen umfassende wie detaillierte Informationen im Recht der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und der Partnerschaftsgesellschaft benötigt, ist der Ulmer/Schäfer die erste Wahl.

Notar Dr. Michael Eigner, Ochsenfurt

### Spiegelberger: Unternehmensnachfolge – Gestaltung nach Zivil- und Steuerrecht, 2. Aufl., Beck, 2009. 544 S., 78 €

Anlässlich der Erbschaft- und Schenkungsteuerreform ist nunmehr die zweite Auflage des 1994 veröffentlichten Werkes von Notar a. D. Dr. *Sebastian Spiegelberger* erschienen. Angesichts der langen Zeitspanne für die Neuauflage (und der Halbwertszeit von steuerrechtlichen Vorschriften) kann man von einem „Neustart“ des Buches sprechen. Dies wird umso deutlicher, als der Umfang der zweiten Auflage so sehr gewachsen ist, dass sie in zwei Bänden erscheint. Die Aufteilung orientiert sich an den steuerlichen Begriffen des Privat- und Betriebsvermögens. Der hier besprochene erste Band behandelt betriebliche Übertragungen. Später wird unter dem Titel „Vermögensnachfolge“ der zweite Band erscheinen und sich thematisch mit dem Übergang des Privatvermögens befassen.

Der erste Band „Unternehmensnachfolge“ ist in sieben Abschnitte aufgeteilt: Im ersten Teil werden unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssicherung Testamentsgestaltungen des Unternehmers sowie Eheverträge und Vorsorgevollmachten behandelt. Der zweite Teil befasst sich mit lebzeitigen Übertragungen von Gewerbe- und landwirtschaftlichen Betrieben, der dritte Teil mit der von freiberuflichen Praxen und Beteiligungen an Partnerschaftsgesellschaften. Im vierten bis sechsten Teil werden Varianten der Unternehmensnachfolge unter Beteiligung von Gesellschaften, differenziert nach Personen- und Kapitalgesellschaften sowie Doppelgesellschaften besprochen. Schließlich runden Ausführungen zu Stiftungen im siebten Teil das Werk ab.

Die darüber hinausgehende Untergliederung des Buches verwirrt insgesamt etwas. Hierbei ist festzuhalten, dass nicht versucht wird, eine dem Titel entsprechende Differenzierung nach Zivil- und Steuerrecht durchweg auch gliederungstechnisch aufrechtzuhalten. Dies wäre wohl auch aufgrund der Abhängigkeit und Wechselwirkungen beider Bereiche voneinander ein unmögliches Unterfangen. Wesen und die große Stärke des Buches ist und bleibt, dass die vom Vertragsgestalter zu berücksichtigenden Aspekte des Zivil- und Steuerrechts in umfassender Weise (wo und in welcher Reihenfolge auch immer) behandelt werden. Am hilfreichsten geschieht dies jedoch für den Praktiker in den Teilen des Buches, in denen zunächst Formulierungsvorschläge als Muster abgedruckt werden und *Spiegelberger* diese anschließend im Rahmen von Anmerkungen in zivil- und steuerrechtlicher Hinsicht erörtert, kann man doch so den in der Vertragsgestaltung vorkommenden Fall unter den relevanten Gesichtspunkten

durchexerzieren, ohne sich mit langwierigen theoretischen Ausführungen aufzuhalten.

Zum Inhalt: Das Testament des Unternehmers wird anhand von Typenbildung – abhängig von Familienstand und Unternehmensform – durch häufig in der Praxis vorkommende Konstellationen umfassend behandelt. Hier erläutert *Spiegelberger* zunächst jeweils die Interessenlagen, dann folgen seine Formulierungsvorschläge und Anmerkungen (entsprechend dem gerade Gesagten). Abgeschlossen wird dieser Teil durch zehn Regeln zum Unternehmertestament, die jeder Notar in der Tat stets beherzigen sollte. Bei den lebzeitigen Übertragungen sind besonders hervorzuheben die steuerlich relevanten Nießbrauchsgestaltungen und der gesamte Bereich der wiederkehrenden Zahlungen. Der gesellschaftsrechtliche Teil behandelt wirklich alle Gesellschaftsformen einschließlich stiller Gesellschaft und Unterbeteiligung, wobei die primär steuerlich motivierten Doppelgesellschaften (GmbH & Co. KG, Betriebsaufspaltung) das Filetstück dieses Abschnittes bilden. Einmal mehr fällt hierbei die Vorliebe *Spiegelbergers* für die (Einheits-)GmbH & Co. KG auf, die von Fortbildungen des Autors bekannt sein dürfte. Nicht umsonst wird eingangs das Bonmot von *Matt Höfer* („Ich dachte in meiner Jugend, der Sozialismus sei die beste Gesellschaftsform. Jetzt weiß ich, dass es die GmbH & Co. KG ist.“) gebracht. Auch wenn der eine oder andere Steuerberater in diesem Zusammenhang von der Einheitsstruktur abrät, bietet die GmbH & Co. KG in dieser Form nicht zurückweisbare Vorteile, so dass *Spiegelberger* nur Recht zu geben ist.

Die Neuauflage des Buches ist anlässlich der Reform des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts erschienen und behandelt diese ausführlich und durchdringend. Hilfreiche Prüfungsschemata und Beispielrechnungen runden das positive Bild hierzu ab. Zu allen steuerrechtlichen Fragestellungen gilt: Der Autor stellt grundsätzlich die höchstrichterlichen Entscheidungen, Leitlinien der Finanzverwaltungen sowie die herrschende Meinung dar, so dass man als Praktiker immer sicheren Boden unter den Füßen behält, wenn man sich hieran orientiert. *Spiegelberger* hält sich gleichwohl nicht mit (z. T. heftiger) Kritik zurück, sofern er meint, kritische Worte anbringen zu müssen.

Die Gestaltungsvorschläge selbst sind grundsätzlich eher kurz gehalten; den Beteiligten eine Abschrift einer BGH-Entscheidung in die Hand zu drücken (so im Ehevertrag, S. 132), erscheint mir aber dann doch etwas zu viel des Guten. Die Muster sind durchgängig verwendbar. Dass sie dem Käufer mittels beiliegender CD zur Übernahme in die Mustersammlung zur Verfügung gestellt werden, sollte heutzutage eigent-

lich selbstverständlich sein. Im Vorwort wird zwar eine solche CD erwähnt, mit ausgeliefert ist sie jedoch nicht!

Fazit: Das Buch von *Spiegelberger* kann Notaren (und sonstigen Praktikern wie Steuerberatern und Anwälten) uneingeschränkt empfohlen werden. Es ist ein äußerst hilfreiches Werk, um die bei der Unternehmensnachfolge zu beachtenden

zivil- und steuerrechtlichen Implikationen gleichermaßen zu berücksichtigen. Die zweite Auflage leistet nunmehr die Gewähr für die erforderliche Aktualität hierfür.

Notar Dr. *Olaf Sommerfeld*, Bogen

### **Rothenöder: Der Anteil im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG. Duncker & Humblot, 2009. 346 S., 98 €**

Eine wissenschaftliche Abhandlung zum Anteilsbegriff i. S. d. § 1 Abs. 3 GrEStG war überfällig. *Rothenöders* Werk lag im Wintersemester 2007/2008 der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation vor. Die Arbeit beschäftigt sich mit dogmatischen Fragen zum Anteilsbegriff, die durch die Rechtsprechung aufgeworfen wurden. Der BFH differenziert bekanntlich bei der Auslegung des Anteilsbegriffs des § 1 Abs. 3 GrEStG zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften, obwohl der Wortlaut der Vorschrift keine entsprechende Unterscheidung erkennen lässt.

Beispiel 1 (Kapitalgesellschaft): An der Grundbesitz haltenden A-B-C-GmbH sind A mit 70 %, B mit 25 % und C mit 5 % vermögensmäßig beteiligt. B tritt seinen Anteil an A ab, so dass A zu 95 % vermögensmäßig beteiligt ist. Lösung: Hier liegt in der Person des A eine erstmalige Anteilsvereinigung i. S. d. § 1 Abs. 3 GrEStG vor. Der Vorgang ist somit steuerbar (vgl. hierzu *Teiche*, DStR 2005, 50; *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, 3. Aufl. 2009, S. 97 ff. m. w. N.).

Beispiel 2 (Personengesellschaft): An der A-B-C-OHG sind A mit 70 %, B mit 25 % und C mit 5 % beteiligt. B tritt seinen Anteil an A ab, so dass dieser künftig zu 95 % vermögensmäßig an der Gesellschaft beteiligt ist. Lösung: Im Gegensatz zu Fall 1 stellt die Rechtsprechung (BFH, DStR 2001, 1793; hierzu *Teiche*, DStR 2005, 50) – und nunmehr auch die Finanzverwaltung (gleichlautender Erlass der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 26.2.2003, DStR 2003, 980, Tz. 7.1.) – bei Personengesellschaften nicht auf die vermögensmäßige Beteiligung, sondern auf die Anzahl der Anteile ab. Während ursprünglich drei Anteile existierten (A, B und C hielten jeweils einen Anteil), sind nach der Gesellschaftsanteilsabtretung nur noch zwei Anteile vorhanden (A hält einen und C einen weiteren). Da sich in der Person des A somit nicht 95 % der Anteile, sondern nur 50 % (einer von zwei Anteilen) vereinigen, ist dieser Vorgang nicht steuerbar.

*Rothenöder* entwickelt in seinem Werk einen Anteilsbegriff, der weder auf eine rein vermögensmäßige Betrachtung noch auf eine rein anteilsbezogene Sichtweise abstellt. Ausgehend vom Normzweck des § 1 Abs. 3 GrEStG vertritt er einen überwiegend materiell verstandenen Anteilsbegriff (S. 132 ff.). Als Anteil i. S. d. § 1 Abs. 3 GrEStG wird die übertragbare, einer Bewertung zugängliche Mitgliedschaft an einer Grunderwerbsteuerrechtlich als rechtsfähig anerkannten Personenvereinigung verstanden, die eine Einflussnahme auf die

Willensbildung der Personenvereinigung mittels *Stimmrechten* ermöglicht und dem Mitglied das Vermögen der Personenvereinigung anteilig zuordnet (S. 138).

Bei Personengesellschaften sei demnach – anders als bei Kapitalgesellschaften – aufgrund des Einstimmigkeitsprinzips und der damit einhergehenden Stimmzählung nach Köpfen grundsätzlich kein 95 %iger Stimmrechtsanteil möglich, sondern ein maximal 50 %iger. Werden bei Personengesellschaften allerdings die Stimmrechte an die Höhe der Kapitalbeteiligung gekoppelt, so könne eine mindestens 95 %ige Anteilsvereinigung eintreten, da mit dieser Stimmenverteilung ein entsprechender Einfluss des Mehrheitsgesellschafters einhergehe. Bei Kapitalgesellschaften entscheide dagegen grundsätzlich die vermögensmäßige Beteiligung auch über den Stimmrechtsanteil (S. 138 ff.). Durch diese Sichtweise gelingt es *Rothenöder*, die zunächst in sich widersprüchlich erscheinende Rechtsprechung in ein stimmiges Konzept zu betten. Hierin liegt ein wesentliches Verdienst der Arbeit.

Daneben schneidet das Werk noch zahlreiche weitere Randbereiche im Zusammenhang mit § 1 Abs. 3 GrEStG an, die jedoch aufgrund der speziellen Zielsetzung der Abhandlung naturgemäß nicht besonders vertieft werden können. Hervorzuheben ist etwa die Bejahung der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift (S. 80 ff.) und ihre Europarechtskonformität (S. 82 ff.). Interessant sind auch die Ausführungen zu Konzernumstrukturierungen (S. 206 ff.) und die Schlussfolgerungen für den Gesellschaftsbegriff des § 1 Abs. 3 GrEStG (S. 139 ff.), die *Rothenöder* aus dem von ihm gewählten Anteilsbegriff ableitet, insbesondere bei Gesellschaften ausländischer Rechtsform (S. 162 ff.).

Im Hinblick darauf, dass es sich um eine Dissertation handelt, die sich in erster Linie mit schwierigen dogmatischen Fragen beschäftigt, ist die Verwertbarkeit des Werkes für den Praktiker naturgemäß eingeschränkt. Gleichwohl könnte es auf die Vertragsgestaltung künftig Einfluss nehmen, falls sich der BFH den Anteilsbegriff *Rothenöders* zu Nutze machen sollte. Dann könnten sich zum Beispiel noch gewisse Änderungen der bisherigen Gesetzesauslegung einstellen, insbesondere im Bereich der Organschaftsverhältnisse (S. 240 ff.).

Am Rande sei noch erwähnt, dass der Autor hin und wieder Grunderwerbsteuerliche Aufsätze aus der sog. „MittBayNotZ“ zitiert, die im Literaturverzeichnis als „Mittelbayerische Notarzeitschrift“ (S. 17) bezeichnet ist. Diese Fachzeitschrift war mir leider bisher nicht bekannt.

Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB § 305 c Abs. 2 (*Bedeutung notarieller Erläuterung für Auslegung von AGB*)

**Auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die grundsätzlich nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so auszulegen sind, ist der Auslegung die Prüfung vorgeschaltet, ob die Vertragsklausel von den Parteien übereinstimmend in einem bestimmten Sinn verstanden worden ist. Anlass für eine solche Prüfung besteht insbesondere dann, wenn es sich um einen notariell beurkundeten Vertrag handelt, bei dem es nicht fern liegt, dass beide Parteien eine möglicherweise nicht ohne weiteres zu verstehende Vertragsbestimmung übereinstimmend so verstanden haben, wie sie von dem Notar erläutert worden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Urteil vom 29.5.2009, V ZR 201/08

Mit notariellem Vertrag kauften die Kläger von dem Beklagten ein Baugrundstück. Der Vertrag enthält hierzu folgende, von dem Beklagten in vielen Verträgen verwendete vorformulierte Bestimmungen:

„§ 4 Kaufpreis

(...) In dem Kaufpreis sind die Kosten der Ver- und Entsorgungsleitungen für Schmutzwasser sowie Gas, Strom und Telekom bis an die Grundstücksgrenze bzw. zu dem Hausanschlusschacht auf dem Grundstück des Käufers, die Kosten der straßenbaulichen Erschließung und der Ausgleichsmaßnahme nach dem Bundesnaturschutzgesetz sowie die Vermessungskosten enthalten. (...)

§ 5 Kosten der Erschließung

Die Vertragsparteien sind darüber einig, dass die Erschließung nicht die Herstellung der Hausanschlüsse für Schmutzwasser, Gas (...), Strom (...) und Telekom erfasst. Die Durchführung der Netz- und Hausanschlüsse und die Bezahlung ist Sache des Käufers. Dies gilt ebenso für den Beitrag der Anschlussleitung/Hausanschluss für Frischwasser gemäß Verbandsatzung des Wasserbeschaffungsverbandes M. Der Notar belehrte die Parteien ausführlich über die Kostenverteilung.“

Den Klägern wurden von dem Elektroversorgungsunternehmen und dem Wasserbeschaffungsverband mit der Abrechnung der Hausanschlüsse auch Baukostenzuschüsse nach den einschlägigen Verordnungen über die Versorgungsbedingungen i. H. v. 526,18 € und 1.083,59 € in Rechnung gestellt. Sie verlangen von dem Beklagten die Erstattung dieser Beträge.

*Aus den Gründen:*

Das angefochtene Urteil unterliegt schon deswegen der Aufhebung (§ 562 Abs. 1 ZPO), weil das Berufungsgericht – wie die Revision zu Recht rügt – die Aussagen der von ihm vernommenen Zeugen entgegen § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO nicht protokolliert hat. (...)

### III.

Für die erneute Befassung des Berufungsgerichts mit der Sache weist der Senat auf Folgendes hin.

1. Auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die grundsätzlich nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so auszulegen sind, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der

beteiligten Kreise verstanden werden (BGH, VIZ 2003, 240, 241), ist der Auslegung die Prüfung vorgeschaltet, ob die Vertragsklausel von den Parteien übereinstimmend in einem bestimmten Sinn verstanden worden ist (BGH, NJW 2002, 2102, 2103). Ist das der Fall, geht der übereinstimmende Wille der objektiven Auslegung vor (BGHZ 113, 251, 259; BGH, NJW 2002, 2102, 2103). Anlass für eine solche Prüfung besteht hier deswegen, weil es sich um einen notariell beurkundeten Vertrag handelt, bei dem es nicht fern liegt, dass beide Parteien eine möglicherweise nicht ohne weiteres zu verstehende Vertragsbestimmung übereinstimmend so verstanden haben, wie sie von dem Notar erläutert worden ist.

Das Berufungsgericht wird daher zunächst zu prüfen haben, ob aufgrund der von dem Beklagten behaupteten Erläuterung durch den Notar anzunehmen ist, dass die Parteien die Regelungen der §§ 4 und 5 des Vertrages übereinstimmend verstanden haben. Für eine solche Annahme reicht es aus, wenn eine Partei ihren Willen äußert und die andere Partei dies erkennt und in Kenntnis dessen den Vertrag abschließt (BGH, NJW-RR 1993, 373). So kann es sein, wenn die Beweiswürdigung ergibt, dass der Notar den Klägern erläutert hat, dass § 5 des Vertrages so zu verstehen sei, dass die Käufer die Kosten nicht nur der Hausanschlüsse, sondern auch für die erstmalige Erstellung der Leitungen entstehenden Kosten zu tragen hätten, die den Grundstückseigentümern von den Versorgungsträgern als Beiträge oder als Baukostenzuschüsse auferlegt würden. Die von dem Beklagten gewollte Kostenverteilung wäre dann Vertragsinhalt geworden, auch wenn die Kläger sich dieses Verständnis nicht zu Eigen gemacht haben.

2. Lässt sich kein übereinstimmender Wille feststellen, geht dies insoweit zulasten desjenigen, der sich auf das übereinstimmende Verständnis der Vertragsklausel berufen hat. Die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB kommt nicht zum Tragen.

Es ist stattdessen der Vertragsinhalt im Wege der Auslegung zu bestimmen. Dabei ist § 305 c Abs. 2 BGB nicht schon dann anzuwenden, wenn Streit über die Auslegung besteht. Die Norm kommt vielmehr erst zur Anwendung, wenn nach Ausschöpfung der für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Betracht kommenden Methoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungen rechtlich vertretbar sind (BGHZ 112, 65, 68 f.; BGH, NJW-RR 2003, 1247, 1248; NJW 2007, 504, 506). Gegen diese Grundsätze hat das Berufungsgericht verstoßen, indem es von vornherein von einer „gebotene(n) eingeschränkte(n), verbraucherfreundlichsten Auslegung nach § 305 c Abs. 2 BGB“ ausgegangen ist.

3. Im Rahmen der Auslegung kann auch zu prüfen sein, ob eine Vertragsklausel gegen das Transparenzgebot verstößt, etwa unter dem Gesichtspunkt, ob sie die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen zu fordern ist (BGHZ 136, 394, 401).

### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Grziwotz*, MittBayNot 2009, 490 (in diesem Heft).

2. BGB § 157 (*Schallschutz nach DIN 4109*)
- a) **Welcher Schallschutz für die Errichtung von Eigentumswohnungen geschuldet ist, ist in erster Linie durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Wird ein üblicher Qualitäts- und Komfortstandard geschuldet, muss sich das einzuhaltende Schalldämm-Maß an dieser Vereinbarung orientieren. Der Umstand, dass im Vertrag auf eine „Schalldämmung nach DIN 4109“ Bezug genommen ist, lässt schon deshalb nicht die Annahme zu, es seien lediglich die Mindestmaße der DIN 4109 vereinbart, weil diese Werte in der Regel keine anerkannten Regeln der Technik für die Herstellung des Schallschutzes in Wohnungen sind, die üblichen Qualitäts- und Komfortstandards genügen (im Anschluss an BGHZ 172, 346 = DNotZ 2008, 108).**
- b) **Kann der Erwerber nach den Umständen erwarten, dass die Wohnung in Bezug auf den Schallschutz üblichen Qualitäts- und Komfortstandards entspricht, muss der Unternehmer, der hiervon vertraglich abweichen will, den Erwerber deutlich hierauf hinweisen und ihn über die Folgen einer solchen Bauweise für die Wohnqualität aufklären. Der Verweis des Unternehmers in der Leistungsbeschreibung auf „Schalldämmung nach DIN 4109“ genügt hierfür nicht.**

BGH, Urteil vom 4.6.2009, VII ZR 54/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kläger erwarben von der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden nur: die Beklagte) 1996 eine Eigentumswohnung in einer noch fertig zu stellenden Wohnanlage. Nach der im Erwerbsvertrag in Bezug genommenen Baubeschreibung sollte die Fassade einen mineralischen Kratzputz auf einem Wärmedämmverbundsystem erhalten. Stattdessen wurde ein Kunstharzsilikonputz aufgetragen. In der Baubeschreibung heißt es unter „Material- und Ausstattungsbeschreibung“ und „Geschossdecken“ weiter:

„Alle Geschossdecken werden in Stahlbeton gemäß Statik erstellt. In den Wohngeschossen kommt ein schwimmender Estrich auf Wärme- bzw. Trittschalldämmung gemäß DIN 4109 zur Ausführung. Dachgeschoss wie vor.“

Die Kläger verlangen wegen Mängeln des Putzes und des Schallschutzes Zahlung von 542.942,83 € Zug um Zug gegen Rückübertragung des Wohnungseigentums und Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten wegen aller weitergehenden Schäden der Kläger aus der Rückabwicklung. Das LG hat der auf Zahlung gerichteten Klage dem Grunde nach und dem Feststellungsantrag stattgegeben. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehren die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

*Aus den Gründen:*

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

Das für die Beurteilung maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

#### I.

Das Berufungsgericht führt aus, den Klägern stehe kein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB zu.

1. Der ausgeführte Kunstharzsilikonputz sei zwar mangelhaft, weil er von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit abweiche und der vertragliche Abänderungsvorbehalt unwirksam sei. Die nachträgliche Anbringung eines mineralischen Kratzputzes erfordere jedoch einen unverhältnismäßigen Aufwand i. S. v. § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB. Ebenso scheide ein auf Rückabwicklung des Vertrages gerichteter Schadensersatzan-

spruch in Anwendung des § 634 Abs. 3 BGB aus. Der Wert und die Tauglichkeit des Werkes seien durch die Abweichung überhaupt nicht oder jedenfalls nur unerheblich beeinträchtigt.

2. Wegen des Schallschutzes könnten die Kläger ebenfalls keine Rückabwicklung des Vertrages nach § 635 BGB verlangen. Zwar liege ein Mangel vor, soweit die Anforderungen der DIN 4109 (89) nicht erfüllt seien; insoweit habe die Beklagte jedoch stets die Beseitigung der Mängel angeboten, worauf die Kläger sich nicht eingelassen hätten. Einen erhöhten Schallschutz nach Beiblatt 2 zur DIN 4109 (89) habe die Beklagte nach dem Vertrag nicht geschuldet. In der Baubeschreibung sei hinsichtlich des Schallschutzes auf die DIN 4109 Bezug genommen. Dies müsse ein Vertragspartner in der Regel dahin verstehen, dass die Mindestanforderungen gemeint seien. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den Umständen, der baulichen Ausstattung oder dem bauordnungsrechtlichen Genehmigungsverfahren.

#### II.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Revision wendet sich zu Recht gegen die rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es einen Anspruch der Kläger auf großen Schadensersatz wegen der Schallschutzmängel verneint.

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, der Schadensersatzanspruch könne nicht darauf gestützt werden, dass teilweise bereits die Voraussetzungen der DIN 4109 (89) nicht eingehalten seien. Die Kläger haben von der Beklagten eine Mängelbeseitigung verlangt, die einen erhöhten Schallschutz nach DIN 4109 Beiblatt 2 gewährleistet. Sie waren nicht bereit, die geringeren Anforderungen der DIN 4109 zu akzeptieren. Entsprechende Angebote der Beklagten haben sie zurückgewiesen. Sie können deshalb den Schadensersatzanspruch nicht darauf stützen, dass die Beklagte die entsprechenden Schalldämm-Maße nicht geschaffen hat.

2. Rechtsfehlerhaft vertritt das Berufungsgericht jedoch die Auffassung, die Beklagte schulde nur einen Schallschutz, der den Mindestanforderungen der DIN 4109 genüge.

Das Berufungsgericht geht davon aus, dass ein Erwerber einer Eigentumswohnung den Vertrag, in dem hinsichtlich der Schalldämmung auf die DIN 4109 Bezug genommen worden ist, in der Regel dahin verstehen muss, dass die Mindestanforderungen dieser Norm gemeint sind. Von dieser Regel will es offenbar eine Ausnahme nur zulassen, wenn eine besonders exklusive Wohnung erworben wird oder der Vertrag Rückschlüsse darauf zulässt, dass eine besonders hochwertige Schalldämmung hergestellt werden soll. Dieser Ansatz ist verfehlt.

a) Welchen Schallschutz die Parteien eines Vertrages über den Erwerb einer Eigentumswohnung vereinbart haben, richtet sich in erster Linie nach der im Vertrag getroffenen Vereinbarung. Der Senat hat in seinem nach Erlass des Berufungsurteils veröffentlichten Urteil vom 14.6.2007 (BGHZ 172, 346 = DNotZ 2008, 108) darauf hingewiesen, dass insoweit die im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen von der Qualität des Schallschutzes, also der Beeinträchtigung durch Geräusche, maßgeblich sind. Vorzunehmen ist eine Gesamtabwägung, in die nicht nur der Vertragstext einzubeziehen ist, sondern auch die erläuternden und präzisierenden Erklärungen der Vertragsparteien, die sonstigen vertragsbegleitenden Umstände, die konkreten Verhältnisse des Bauwerks und seines Umfeldes, der qualitative Zuschnitt, der architektonische Anspruch und die Zweckbestimmung des

Gebäudes zu berücksichtigen sind (BGHZ 172, 346 = DNotZ 2008, 108). Der Senat hat auch darauf hingewiesen, dass der Erwerber einer Wohnung oder Doppelhaushälfte mit üblichen Komfort- und Qualitätsansprüchen in der Regel einen diesem Wohnraum entsprechenden Schallschutz erwarten darf und sich dieser Schallschutz nicht aus den Schalldämm-Maßen nach DIN 4109 ergibt. Denn die Anforderungen der DIN 4109 sollen nach ihrer in Ziffer 1 zum Ausdruck gebrachten Zweckbestimmung Menschen in Aufenthaltsräumen lediglich vor unzumutbaren Belästigungen durch Schallübertragung schützen. Das entspricht in der Regel nicht einem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard. Der Senat hat ferner darauf hingewiesen, dass die Schallschutzanforderungen der DIN 4109 hinsichtlich der Einhaltung der Schalldämm-Maße nur insoweit anerkannte Regeln der Technik darstellen, als es um die Abschirmung von unzumutbaren Belästigungen geht. Soweit weitergehende Schallschutzanforderungen an Bauwerke gestellt werden, wie z. B. die Einhaltung eines üblichen Komfortstandards oder eines Zustandes, in dem die Bewohner „im Allgemeinen Ruhe finden“, sind die Schalldämm-Maße der DIN 4109 von vornherein nicht geeignet, als anerkannte Regeln der Technik zu gelten. Insoweit können aus den Regelwerken die Schallschutzstufen II und III der VDI-Richtlinie 4100 aus dem Jahre 1994 oder das Beiblatt 2 zur DIN 4109 Anhaltspunkte liefern.

b) Diese Erwägungen gelten nicht nur dann, wenn die Parteien keine ausdrücklichen Vereinbarungen zum Schallschutz getroffen haben, sondern grundsätzlich auch dann, wenn sie hinsichtlich der Schalldämmung auf die DIN 4109 Bezug nehmen, wie das im zu beurteilenden Fall bezüglich der Trittschalldämmung geschehen ist.

aa) Denn auch in diesem Fall hat eine Gesamtabwägung stattzufinden, bei der die gesamten Umstände des Vertrages zu berücksichtigen sind. Der Umstand, dass im Vertrag auf eine Schalldämmung nach DIN 4109 Bezug genommen wird, lässt schon deshalb nicht die Annahme zu, es seien die Mindestanforderungen der DIN 4109 vereinbart, weil diese Werte in der Regel keine anerkannten Regeln der Technik für die Herstellung des Schallschutzes in Wohnungen sind, die üblichen Qualitäts- und Komfortstandards genügen (LG München I, IBR 2008, 727, mit Volltext in [www.ibr-online.de](http://www.ibr-online.de)). Der Erwerber kann ungeachtet der sonstigen Vereinbarungen grundsätzlich erwarten, dass der Veräußerer einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung den Schallschutz nach den zur Zeit der Abnahme geltenden anerkannten Regeln der Technik herstellt (BGHZ 139, 16, 18). Das hat auch die Beklagte in der Baubeschreibung unter dem Stichwort „Grundlagen der Planung und Ausführung“ versprochen. Den Hinweis auf die DIN 4109 muss der Erwerber nicht dahin verstehen, der Unternehmer wolle davon abweichen. Vielmehr ist der Verweis auf die DIN 4109 redlicherweise lediglich dahin zu verstehen, dass ein diesem Normwerk entsprechender Schallschutz versprochen wird, soweit die DIN 4109 anerkannte Regel der Technik ist. Will ein Unternehmer von den anerkannten Regeln der Technik abweichen, darf der Erwerber über den Hinweis auf die DIN 4109 hinaus eine entsprechende Aufklärung erwarten, die ihm mit aller Klarheit verdeutlicht, dass die Mindestanforderungen der DIN 4109 nicht mehr den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, der Erwerber also einen Schallschutz erhält, der deutlich unter den Anforderungen liegt, die er für seine Wohnung erwarten darf (vgl. BGHZ 139, 244; BGH, BauR 1996, 732 = ZfBR 1996, 264; BGHZ 91, 206; *Kögl*, BauR 2009, 156 f.).

bb) Darüber hinaus können die sich aus den sonstigen Umständen des Vertrages ergebenden Anforderungen an den ver-

traglich vereinbarten Schallschutz nicht durch einen einfachen Hinweis auf die DIN 4109 überspielt werden. Die Gesamtabwägung wird vielmehr regelmäßig ergeben, dass der Erwerber ungeachtet der anerkannten Regeln der Technik einen den Qualitäts- und Komfortstandards seiner Wohnung entsprechenden Schallschutz erwarten darf. In der Regel hat der Erwerber keine Vorstellung, was sich hinter den Schalldämm-Maßen der DIN 4109 verbirgt, sondern allenfalls darüber, in welchem Maße er Geräuschbelästigungen ausgesetzt ist oder in Ruhe wohnen kann bzw. sein eigenes Verhalten nicht einschränken muss, um Vertraulichkeit zu wahren (BGHZ 172, 346 = DNotZ 2008, 108). Kann der Erwerber nach den Umständen erwarten, dass die Wohnung in Bezug auf den Schallschutz üblichen Qualitäts- und Komfortstandards entspricht, dann muss der Unternehmer, der hiervon vertraglich abweichen will, deutlich hierauf hinweisen und den Erwerber über die Folgen einer solchen Bauweise für die Wohnqualität aufklären. Auch insoweit kann dem nicht näher erläuterten Hinweis auf die DIN 4109 nur untergeordnete Bedeutung zukommen (vgl. auch OLG Stuttgart, BauR 1977, 279; OLG Nürnberg, BauR 1989, 740).

cc) Da zu den bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigenden Umständen auch gehört, welcher Schallschutz nach den die anerkannten Regeln der Technik einzuhaltenden Bauweisen erbracht werden kann (BGHZ 172, 346 = DNotZ 2008, 108), kann sich im Einzelfall etwas anderes z. B. dann ergeben, wenn höhere Schalldämm-Maße als nach der DIN 4109 wegen der Besonderheiten der Bauweise nicht oder nur mit ungewöhnlich hohen Schwierigkeiten eingehalten werden können.

### III.

Die auf der fehlerhaften Auslegung des vertraglich geschuldeten Schallschutzes beruhende Abweisung der Klage kann daher nicht aufrechterhalten bleiben.

Das Berufungsurteil ist aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Das Berufungsgericht muss die Vertragsauslegung nach den vorgenannten Kriterien erneut vornehmen.

a) Maßgeblich ist, ob die Wohnung den üblichen Qualitäts- und Komfortstandards genügen sollte. Einen „herausgehobenen, exklusiven Eindruck“ muss eine Wohnung nicht vermitteln, um als den üblichen Ansprüchen genügende Komfortwohnung einen Schallschutz über den Mindestanforderungen der DIN 4109 erwarten zu lassen. Der Sachverständige G. spricht sowohl im Gutachten vom 14.7.2004 als auch in seinem Schreiben vom 14.9.2004 von „hohem Wohnstandard“ und bestätigt dies in seiner mündlichen Anhörung vor dem Berufungsgericht vom 13.2.2007. Die Baubeschreibung spricht an verschiedenen Stellen von „gehobener Ausstattung“, „neuestem Stand“, „repräsentativer Konstruktion“, „hochwertiger Anlage“. Treppen und Treppenhäuser werden „akustisch entkoppelt“ und erhalten einen „hochwertigen Steinbelag“. Die Wohnungseingangstüren werden in „schalldichter behindertengerechter Ausführung“ beschrieben. Die Ver- und Entsorgungsleitungen werden „gegen Schallübertragung und Wärmeverlust isoliert“. Die Rede ist von „geräuscharmen Spülkästen und Abluftanlagen“. Die Werbeprospekte preisen die Anlage als „Wohnpark City E.“, als „Wohn- und Geschäftsresidenz“ an, als „ehrgeiziges Bauvorhaben, das sich von allen Seiten sehen lassen kann“, mit „unverwechselbarer Architektur“ und „lichtdurchfluteten Wohnungen“. Der Kaufpreis der klägerischen Wohnung betrug 1996 583.000 DM für eine 110 m<sup>2</sup> große Maisonettenwohnung. Die Ausle-

gung des Berufungsgerichts, damit sei kein exklusiver Standard vereinbart, muss mangels einer rechtzeitigen Rüge vom Senat hingenommen werden. Das Berufungsgericht wird seine Auffassung in der neuen Verhandlung jedoch prüfen und jedenfalls erwägen müssen, ob ein üblicher Komfort- und Qualitätsstandard vereinbart ist. Daran können keine ernsthaften Zweifel bestehen. Das Berufungsgericht wird deshalb auch zu prüfen haben, welcher Schallschutz für eine solche Wohnung vereinbart ist. Im Hinblick darauf, dass die Schallschutzwerte der VDI-Richtlinie 4100 für übliche Komfortwohnungen und die erhöhten Werte der DIN 4109 Beiblatt 2 offenbar identisch sind, gibt es deutliche Anhaltspunkte, dass jedenfalls diese Schallschutzwerte auch vereinbart sind. Das Berufungsgericht wird bei der Ermittlung des geschuldeten Schallschutzes auch berücksichtigen müssen, dass bei gleichwertigen, anerkannten Bauweisen der Besteller angesichts der hohen Bedeutung des Schallschutzes im modernen Haus- und Wohnungsbau erwarten darf, dass der Unternehmer jedenfalls dann diejenige Bauweise wählt, die den besseren Schallschutz erbringt, wenn sie ohne nennenswerten Mehraufwand möglich ist. Ist eine Bauweise nicht vereinbart worden, so kann der Bauunternehmer sich zudem nicht auf Mindestanforderungen nach DIN 4109 zurückziehen, wenn die von ihm gewählte Bauweise bei einwandfreier Ausführung höhere Schalldämm-Maße ergibt (BGHZ 172, 346 = DNotZ 2008, 108; vgl. dazu auch *Locher-Weiß*, Rechtliche Probleme des Schallschutzes, 4. Aufl., S. 30).

2. Sollte es noch auf die Mängel des Putzes ankommen, weist der Senat auf Folgendes hin: Nach der Rechtsprechung des Senats kann ein Anspruch auf großen Schadensersatz zu ver-sagen sein, wenn der Mangel so geringfügig ist, dass der Besteller gegen Treu und Glauben handeln würde, wenn er den Anspruch durchsetzen würde (BGHZ 27, 215, 220). Sollte es darauf ankommen, wird das Berufungsgericht diese Würdigung vorzunehmen haben. § 634 Abs. 3 BGB ist nicht anwendbar (BGHZ 27, 215, 220). Bei der Gesamtwürdigung ist der Umstand mit einzubeziehen, dass die Beklagte bewusst von der Baubeschreibung abgewichen ist. Dieser Umstand zwingt jedoch entgegen der Auffassung der Revision nicht dazu, einen Verstoß gegen Treu und Glauben zu verneinen.

3. BGB §§ 307, 631 (*Nachweis des Baufortschritts durch Architekten oder Bauleiter*)

**Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, mit der sich der Besteller wegen der vom Baufortschritt abhängigen Werklohnraten der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, ist unwirksam, wenn der Nachweis des Baufortschritts danach durch einen mit dem Unternehmer verbundenen Architekten oder Bauleiter erfolgt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG München, Urteil vom 3.2.2009, 9 U 4916/08

Der Kläger wehrt sich mit der Vollstreckungsabwehrklage gegen die Vollstreckung der Beklagten aufgrund des notariellen Bauvertrages vom 14.7./8.8.2006. Die Beklagte sollte zu einem Festpreis von 194.000 € eine Doppelhaushälfte bis zur Bezugsfertigkeit errichten.

Wegen der vom Baufortschritt abhängigen Werklohnraten hatte sich der Kläger in dem Vertrag der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen und vereinbart, dass der Notar eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen sollte gegen den Nachweis des jeweiligen Baufortschrittes durch den bauleitenden Architekten oder den Bauleiter. Der Vertragsentwurf war von der Beklagten gestellt und wurde mehrfach von ihr verwendet.

Die Beklagte hat sich für die zweite Rate (Kellerfertigstellung) über 29.100 € vom Notar eine vollstreckbare Ausfertigung erstellen lassen, mit der sie vollstrecken will.

Der Kläger hält die Unterwerfungsklausel für unwirksam. Der Keller sei auch mit erheblichen Mängeln behaftet, wie sich aus den gerichtlich erhaltenen Gutachten ergebe. Die Beklagte hält die Klausel für wirksam und ihre erbrachte Leistung für mangelfrei.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Auf die zutreffenden tatsächlichen Feststellungen und Entscheidungsgründe des Ersturteils wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die vorliegende Unterwerfungsklausel verstößt als allgemeine Geschäftsbedingung gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.

In einer Unterwerfungsklausel, die keinerlei Erfordernis eines Nachweises von Voraussetzungen für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung aufstellt, liegt auch ein Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeit der Forderung. Dies setzt den Auftraggeber der Gefahr einer Vorleistung aus, welche der gesetzlichen Regelung des Werkvertrags fremd ist (BGH, NJW 2002, 138 = DNotZ 2002, 878, zu §§ 641, 320 BGB a. F.).

Der vorliegend in Form einer Allgemeinen Geschäftsbedingung vereinbarte Nachweis des Baufortschritts „durch“ den Architekten oder Bauleiter setzt den Auftraggeber tatsächlich in nahezu gleicher Weise der Gefahr einer Vorleistung aus, weil beide von der beklagten Unternehmerin beauftragt bzw. angestellt sind. Zutreffend hat das LG auf das Näheverhältnis hingewiesen, das dem „Nachweis“ seine Objektivität nimmt und ihn zu einer schlichten Behauptung des Unternehmers macht. Die Klausel ist auch so auszulegen, dass neben dem Nachweis „durch“ den Architekten oder Bauleiter kein weiterer Nachweis erforderlich sein sollte.

Entgegen der Ansicht der Beklagten bietet die Möglichkeit einer Vollstreckungsabwehrklage einem Auftraggeber keinen ausreichenden Schutz.

Infolgedessen ist die Unterwerfungsklausel unwirksam. Daraus folgt die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Konsequenterweise war auch die Verurteilung zur Freigabe des zur Abwendung der Zwangsvollstreckung hinterlegten Betrags zugunsten des Klägers auszusprechen, da der Vollstreckung aus der Urkunde die Grundlage entzogen ist.

Auf das Ergebnis des Gutachtens zum Keller, das unter anderem zu dem Ergebnis kommt, dass die vereinbarte Raumhöhe im Keller von ca. 240 cm nicht eingehalten wird, sondern höchstens theoretisch 231,5 cm betrage, was einen irreparablen Mangel darstelle und dazu führe, dass der Keller abgebrochen werden müsse, kommt es unter diesen Umständen nicht weiter an.

4. WEG § 24 (*Einberufung der Wohnungseigentümersammlung durch nicht befugte Person*)

**Wird eine Eigentümersammlung durch eine hierzu nicht befugte Person einberufen (hier: Verwalter nach Ablauf der Amtsdauer), können Beschlüsse nicht allein wegen dieses Einberufungsmangels angefochten werden, wenn sich alle Eigentümer auf die Einberufung entweder in der Weise eingelassen haben, dass sie an der Versammlung und Abstimmung teilnehmen, oder ihre Nichtteilnahme ersichtlich auf anderweitige Gründe als die fehlerhafte Ladung zurückzuführen ist (insbesondere Verhinderung). Eine in einer derartigen Versammlung**

### **erfolgte (Neu-)Wahl eines Verwalters bleibt damit unanfechtbar und wirksam. (Leitsatz des Einsenders)**

OLG München, Beschluss vom 6.4.2009, 32 Wx 3/09; eingeklagt von Notar *Martin Reiß*, Forchheim

Die Antragstellerin und die Antragsgegner sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft, für die bis 5.12.2004 und wiederum ab 1.1.2007 der weitere Beteiligte als Verwalter bestellt worden ist. In der Zeit dazwischen war für die Anlage kein Verwalter bestellt.

Der weitere Beteiligte berief mit Schreiben vom 25.5.2006 und Ladung vom 8.6.2006 eine Eigentümerversammlung für den 17.6.2006 ein, an der bis auf einen Wohnungseigentümer, der aus persönlichen Gründen fernblieb, alle anderen Wohnungseigentümer teilnahmen. In dieser Versammlung wurden diverse einstimmige Beschlüsse und ein Mehrheitsbeschluss zu verschiedenen Baumaßnahmen gefasst.

Aufgrund der fortgeschrittenen Zeit einigte man sich auf dieser Eigentümerversammlung auf eine Fortsetzung am 12.8.2006. Bei der weiteren Versammlung fehlte derselbe Eigentümer wie beim ersten Termin aus den gleichen Gründen sowie eine weitere Eigentümerin wegen zeitlicher Verhinderung. In der Fortsetzungsversammlung wurden mit einstimmigen Beschlüssen die Jahresabrechnungen für 2004 und 2005 genehmigt und ein neuer Verwaltungsbeirat gewählt sowie der weitere Beteiligte mehrheitlich wieder zum Verwalter bestellt.

Die Antragstellerin hat beantragt, diese Beschlüsse für ungültig zu erklären. Das AG hat mit Beschluss vom 16.5.2007 die Anfechtungsanträge in vollem Umfang abgewiesen. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat das LG mit Beschluss vom 23.12.2008 zurückgewiesen. Mit ihrer sofortigen weiteren Beschwerde verfolgt die Antragstellerin weiter ihr Ziel mit der Begründung, die Einberufung der Versammlungen durch den zu diesem Zeitpunkt nicht bestellten Verwalter stelle einen formellen Mangel dar, der dazu führe, dass die entsprechenden Beschlüsse nicht rechtmäßig seien.

*Aus den Gründen:*

#### II.

Das zulässige Rechtsmittel bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Das LG hat bezüglich der nunmehr noch gerügten Einberufungsmängel ausgeführt:

Die formell nicht ordnungsgemäße Einberufung und Leitung der Eigentümerversammlungen vom 17.6.2006 und 12.8.2006 durch den hierzu nicht mehr berufenen weiteren Beteiligten führe weder zur Nichtigkeit noch zur Anfechtbarkeit der dort gefassten Beschlüsse, da der formelle Mangel für das Zustandekommen dieser Beschlüsse nicht ursächlich gewesen sei.

Im Übrigen seien die Beschlussgegenstände in der Ladung hinreichend konkret bezeichnet gewesen und auch die Ladungsfrist eingehalten worden. Auch inhaltlich entsprächen die Beschlussfassungen ordnungsmäßiger Verwaltung. Wegen der Einzelheiten wird auf die ausführliche landgerichtliche Entscheidung Bezug genommen.

2. Die Entscheidung des LG hält der auf Rechtsfehler beschränkten Nachprüfung durch den Senat (§ 43 Abs. 1 WEG, § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 559 Abs. 2 ZPO) in vollem Umfang stand.

a) Zutreffend geht das LG zum einen davon aus, dass ein Verstoß gegen § 24 Abs. 3 und Abs. 5 WEG nur die Anfechtbarkeit der in einer solchen Versammlung gefassten Beschlüsse, nicht aber deren Nichtigkeit zur Folge hat (BayObLG, WE 1991, 285; WuM 1991, 131; MDR 1982, 323; NJW-RR 2000, 676; ZWE 2002, 360).

b) Zum anderen hat das LG richtig festgestellt, dass die formellen Mängel nicht ursächlich für die Beschlussergebnisse geworden sind.

aa) Nach § 24 Abs. 1 WEG ist regelmäßig der aktuelle Verwalter berechtigt – und gemäß § 24 Abs. 2 WEG auch verpflichtet – die Eigentümerversammlung einzuberufen. Fehlt es, wie hier für den maßgeblichen Zeitpunkt, an der Bestellung eines Verwalters und ist auch ein Verwaltungsbeirat nicht gewählt, so kann nur das Gericht einen Wohnungseigentümer ermächtigen, die Versammlung einzuberufen und die Tagesordnung festzulegen. Die Einberufung einer Wohnungseigentümerversammlung durch eine hierzu nicht gerichtlich ermächtigte Person führt zu einem formalen Mangel der in der Versammlung gefassten Beschlüsse.

bb) Den Vorsitz einer Wohnungseigentümerversammlung führt, wenn nichts anderes beschlossen oder vereinbart wird, nach § 24 Abs. 5 WEG der Verwalter bzw. im Fall des § 24 Abs. 3 WEG der Vorsitzende des Verwaltungsbeirats. Bei deren Fehlen kann ebenfalls gerichtlich die Versammlungsleitung durch eine andere Person angeordnet werden (vgl. KG, NZM 2003, 326; OLGZ 1989, 51 = NJW-RR 1989, 16).

cc) Die Einberufung der Eigentümerversammlungen, die Festlegung der Tagesordnung und die Leitung der Versammlungen durch den weiteren Beteiligten ohne gerichtliche Ermächtigung stellen somit formale Fehler dar. Für die Frage, ob die in diesen Versammlungen gefassten Beschlüsse einer ordnungsmäßigen Verwaltung widersprechen, kommt es entscheidend darauf an, ob diese Fehler für die Beschlussfassung ursächlich waren (BayObLG, ZWE 2002, 360, 362).

Nach der vom BGH (NJW 1972, 1320 = MDR 1972, 763) im Gesellschaftsrecht entwickelten Rechtsprechung kann die fehlende Kausalität eines Einberufungsmangels nur dann festgestellt werden, wenn klar zutage tritt, dass der Beschluss bei ordnungsmäßiger Einberufung und Durchführung der Versammlung gleichfalls zustande gekommen wäre. Es ist somit darauf abzustellen, wie sich die Dinge entwickelt hätten, wenn eine dazu berufene Person die Versammlung einberufen und geleitet sowie die Tagesordnung festgelegt hätte (vgl. OLG Hamm, ZMR 1997, 50). Von Ursächlichkeit ist danach regelmäßig auszugehen, wenn einzelne Wohnungseigentümer an der Wohnungseigentümerversammlung nicht teilgenommen haben, weil sie die Einberufung für unwirksam gehalten haben, da dann nicht ausgeschlossen werden kann, dass deren Diskussionsbeiträge zu einem anderen Ergebnis geführt hätten (OLG Düsseldorf, NJW 2006, 3645).

Vorliegend sind zwar, wie sich aus den Anwesenheitslisten ergibt, zu den Eigentümerversammlungen vom 17.6.2006 und 12.8.2006 ein bzw. zwei Eigentümer nicht erschienen; allerdings ist dies nicht deshalb geschehen, weil diese Eigentümer die Einberufung wegen Fehlens der Einberufungskompetenz des weiteren Beteiligten für unwirksam gehalten haben. Es ist auch nichts dafür erkennbar, dass bei einer Einladung zu den Eigentümerversammlungen durch einen Dritten bereits andere Tagesordnungspunkte angesetzt bzw. die vorgesehenen Punkte anders dargestellt worden wären. Insbesondere wäre es der Antragstellerin (oder einem anderen Eigentümer) ohne weiteres möglich gewesen, zu dem Tagesordnungspunkt der Verwalterwahl auch bei der Einberufung durch den weiteren Beteiligten Alternativvorschläge einzubringen oder wichtige Gründe für dessen Nichtbestellung anzuführen bzw. bei der Wahl mit Nein zu stimmen. Es spricht auch nichts dafür, dass dies geschehen wäre und sich die Beschlussfassungen anders entwickelt hätten, wenn eine dazu berufene Person die Versammlungen einberufen und geleitet sowie die Tagesordnung festgelegt hätte.

c) Auch eine Überprüfung der angefochtenen Entscheidung im Übrigen lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

5. BGB §§ 158, 883 Abs. 1 (*Vormerkung zur Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs bei drohender Zwangsvollstreckung*)

**Eine Vormerkung, die den Rückübertragungsanspruch des Veräußerers für den Fall sichern soll, dass „die Zwangsvollstreckung in den Vertragsbesitz droht“, kann im Grundbuch eingetragen werden.**

OLG München, Beschluss vom 12.3.2009, 34 Wx 9/09; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar *Rudolf Spoerer*, München

Mit notariellem Vertrag überließ der Beteiligte zu 1 im Weg der vorweggenommenen Erbfolge seinem volljährigen Sohn, dem Beteiligten zu 2, mehrere Eigentumswohnungen. Zugleich behielt sich der Veräußerer auf Lebenszeit das Nießbrauchsrecht vor. Ein ihm eingeräumtes Recht zum Rücktritt vom schuldrechtlichen Teil des Vertrags kann hiernach u. a. in folgenden Fällen ausgeübt werden:

„c) oder es droht die Zwangsvollstreckung in den Vertragsbesitz oder es tritt eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Erwerbers oder seines Rechtsnachfolgers ein, (...)“

Der Notar beantragte sodann gemäß § 15 GBO u. a. die Eintragung der in Ziffer V der Urkunde bewilligten Vormerkung zur Sicherung des Rückkaufanspruchs im Wohnungsbuch. Das AG – Grundbuchamt – beanstandete mit Zwischenverfügung, dass die Rücktrittsvoraussetzung, es drohe die Zwangsvollstreckung in den Vertragsbesitz, gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz verstoße.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die weitere Beschwerde ist gemäß § 78 GBO statthaft und auch im Übrigen (§§ 78, 80 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 i. V. m. § 71 Abs. 1 GBO) zulässig. Sie hat in der Sache Erfolg. Das Grundbuchamt kann die Eintragung der Rückkaufanspruchsvermerkungen nicht aus den in der Zwischenverfügung aufgeführten Gründen verweigern.

1. Das LG hat ausgeführt: (...)

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens bildet nur das mit der Beschwerde und der weiteren Beschwerde angegriffene Eintragungshindernis, also die vom Grundbuchamt ausschließlich beanstandete Unbestimmtheit einer einzigen Bedingung für den Rückkaufanspruch. Soweit in deren Zusammenhang die alternative Bedingung einer „wesentlichen Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen“ formuliert ist, hat das Grundbuchamt diese nach Maßgabe der Entscheidung des 32. Zivilsenats vom 10.4.2007 (MittBayNot 2008, 50 mit Anm. *Wartenburger*) hingenommen. Der nun für Grundbuchsachen zuständige 34. Zivilsenat schließt sich für jene Klausel der genannten Rechtsprechung an, so dass eine Eintragung der Vormerkung weder hieran noch an den sonstigen – praxisüblichen – Bedingungen scheitern würde.

b) Zutreffend geht die Beschwerdeentscheidung zunächst davon aus, dass bedingte Ansprüche (vgl. § 158 Abs. 1 BGB) vormerkungsfähig sind (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die gegenständliche Bedingung nimmt dem vertraglich begründeten Rückübertragungsanspruch nicht die erforderliche feste Grundlage. Denn die an ein zukünftiges Ereignis geknüpfte Rechtsfolge tritt unabhängig davon ein, ob sie vom Erwerber des Wohnungseigentums zu diesem Zeitpunkt noch gewollt war oder nicht. Er ist vielmehr vertraglich gebunden (vgl. BGHZ 134, 188; 151, 116, 121 = ZNotP 2002, 349).

c) Entgegen der Auffassung des LG genügt die beanstandete Anknüpfung des vertraglichen Rückübertragungsanspruchs dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.

(1) Dieser erfordert, dass der zu sichernde Anspruch nach Inhalt oder Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar ist. Hierfür ist jedoch ausreichend, dass das Ereignis, mit dessen Eintritt der bedingte Rückübertragungsanspruch wirksam sein soll, aufgrund objektiver Umstände bestimmbar ist, die auch außerhalb des Grundbuchs liegen können, sofern sie nachprüfbar oder wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind. Die Bestimmbarkeit eines durch Vormerkung zu sichernden bedingten Rechts wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Eintritt der Bedingung möglicherweise erst durch eine richterliche Entscheidung festgestellt werden kann (zuletzt BGHZ 151, 116, 123 = ZNotP 2002, 349).

(2) Nach diesen Maßstäben genügt die an das Vorliegen einer „drohenden“ Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz geknüpfte Bedingung dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Dass der Eintritt einer Bedingung, die mit ausfüllungsbedürftigen wertenden Merkmalen umschrieben ist, möglicherweise erst durch eine richterliche Entscheidung festgestellt werden kann, steht nicht entgegen. Auch bezogen auf die konkrete Klausel sind die vertraglich verwendeten Begriffe durch Gesetz und Rechtsprechung bereits näher ausgefüllt und besitzen dadurch einen objektiv bestimmbar und von den Parteien gewollten Bedeutungsgehalt. Eine inhaltliche Bestimmung ist meist dann gewährleistet, wenn die Vertragsklausel auf Begrifflichkeiten im Gesetz zurückgreift, für die es eine gefestigte Rechtsprechung gibt (BGHZ 151, 116 = ZNotP 2002, 349; grober Undank; OLG München, MittBayNot 2008, 50: wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2005, 146: Erfüllung bestimmter grundstücksbezogener Verkehrssicherungspflichten; OLG Düsseldorf, FGPrax 2002, 203: Verarmung des Schenkers). Zurückhaltung ist hingegen umso mehr geboten, je neuer, innovativer und ungewöhnlicher eine Beschreibung des zu sichernden Anspruchs ist. In diesen Fällen gilt, dass die Beschreibung umso klarer und weniger wertausfüllungsbedürftig zu sein hat (OLG Düsseldorf, FGPrax 2008, 144, 145).

aa) Ersichtliches und von der Rechtsordnung nicht offensichtlich missbilligtes Ziel der Bedingung ist es, dem Rückübertragungsberechtigten möglichst frühzeitig und ohne Behinderung durch Gläubiger des Eigentümers den lastenfrieren Rückerwerb zu sichern. Dies wäre erschwert, wenn erst Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Grundbesitz stattgefunden haben müssten, damit die Rückübertragung verlangt werden kann.

bb) Der äußere Anlass für den Anspruch auf Rückübertragung ist der drohende Zwangsvollstreckung. Die Klausel ist insofern einschränkend gefasst, als nicht irgendeine das sonstige Vermögen des Schuldners treffende Vollstreckungsmaßnahmen genügen, sondern solche sich gerade auf den Vertragsbesitz beziehen müssen. Mit der Zwangsvollstreckung ist das im Buch 8. der ZPO geregelte Verfahren gemeint, welches einen materiellen Anspruch durch staatlichen Zwang durchsetzt (*Zöller/Stöber*, ZPO, 27. Aufl., Vor § 704 Rdnr. 1). Die Zwangsvollstreckung hat allgemeine (vgl. § 750 ZPO) und spezielle Voraussetzungen (z. B. §§ 751, 756, 866 Abs. 3 ZPO). Sie beginnt mit der ersten Vollstreckungshandlung, bei der hier maßgeblichen Immobilienvollstreckung mit der Veranlassung der Eintragung im Grundbuch (§ 13 GBO) bzw. der Unterzeichnung der Eintragungsverfügung nach §§ 866, 867 ZPO oder der Anordnung der Zwangsvollstreckung bzw. Zwangsverwaltung gemäß §§ 15, 146 ZVG (vgl. *Zöller/Stöber*, ZPO, Vor § 704 Rdnr. 33).

cc) Die vertragliche Klausel verlagert die Voraussetzungen für den Anspruch in ein Vorfeld des gesetzlich bestimmten

Vollstreckungsbeginns, indem sie es genügen lässt, dass die Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz „droht“. Die Nähe zum Beginn selbst unterliegt damit einer gewissen Offenheit, die in ihrem Bedeutungsgehalt jedoch noch ausreichend bestimmt und insbesondere für Dritte feststellbar ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass die gewählte Formulierung für die Nähe der Gefährdung nicht zwingend auf das Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung (§§ 750, 751, 756 ZPO) abstellt. Wann außerhalb dieser äußerlich sichtbaren Merkmale wie das Vorhandensein von Titel und Klausel sowie der stattgefundenen Zustellung die Zwangsvollstreckung droht, lässt sich nicht unabhängig vom jeweiligen Einzelfall bestimmen.

Ähnlich wie sich etwa eine „wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen“ oder „grober Undank“ als auslösendes Merkmal für den Rücktrittsanspruch anhand hinreichend präzisierter Abgrenzungskriterien feststellen lässt, gilt dies auch dafür, wenn die Zwangsvollstreckung „droht“. So ist dem Gesetz in bestimmten Fällen ein vorgelagerter (präventiver) Rechtsschutz bei bloßen Gefahrenlagen (vgl. z. B. §§ 490 Abs. 1, 907, 908 BGB, § 940 ZPO) nicht unbekannt. Zum Beispiel besteht ein außerordentliches Kündigungsrecht des Darlehensgebers nach § 490 Abs. 1 BGB bereits dann, wenn (u. a.) in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers eine wesentliche Verschlechterung „einzutreten droht“. Dies wird damit umschrieben, dass sich das schädigende Ereignis „sichtbar abzeichnet“ (vgl. MünchKommBGB/Berger, 5. Aufl., § 490 Rdnr. 7; BT-Drucks. 14/6040, S. 254). Im Sicherheits- und Polizeirecht „droht“ ein als Gefahr definiertes Ereignis, wenn es erkennbar ist, was nicht heißt, dass das Ereignis im einzelnen Fall unmittelbar bevorstehen muss, sondern die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts in überschaubarer Zukunft im Einzelfall genügt (etwa BayVGH, BayVBl 1984, 272, 276; Berner/Köhler, PAG, 19. Aufl., Art. 2 Rdnr. 24). Bezogen auf die hiesige Klausel lässt sich anhand der konkreten Situation im Einzelfall durchaus beurteilen, ob sich die Zwangsvollstreckung in das Grundstück bereits sichtbar abzeichnet. Insoweit ist zum einen eine zeitliche Nähe zum möglichen Vollstreckungsbeginn zu verlangen. Zum anderen wird ins Gewicht fallen, ob der Inhalt eines etwaigen Vollstreckungstitels, z. B. die Höhe eines Zahlungstitels im Hinblick auf die Schranke in § 866 Abs. 3 ZPO, aber auch im Verhältnis zu den sonstigen aktuellen Vermögensverhältnissen des Schuldners, die Gefahr begründet, dass in den Vertragsbesitz vollstreckt wird. Derartige ist, wenn auch mit Schwierigkeiten verbunden, im Einzelfall ausreichend bestimmbar.

### Anmerkung:

Das OLG München bleibt seiner Rechtsprechung zum grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz auch nach dem Zuständigkeitswechsel vom 32. zum 34. Zivilsenat treu. Danach kann ein bedingter schuldrechtlicher Anspruch (hier: ein Rückforderungsanspruch aus einem Überlassungsvertrag) bereits dann durch eine Vormerkung gesichert werden, wenn sich der Bedingungseintritt durch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ermitteln lässt.<sup>1</sup> Dies soll zumindest dann gelten, wenn die verwendeten Begriffe rechtlich „etabliert“ sind, während für „innovative“ Klauseln eine strengere Bestimmtheitskontrolle angezeigt sei. Dementsprechend hält der Senat ein Rückforderungsrecht wegen „drohender Zwangsvollstreckung in den Vertragsgegenstand“ für hinreichend bestimmt.

<sup>1</sup> Vgl. OLG München, MittBayNot 2008, 50 m. Anm. Wartenburger.

## I. Hintergrund

Zum dogmatischen Hintergrund kann auf die Entscheidung des OLG München vom 10.4.2007<sup>2</sup> zur „wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse“ mitsamt der in MittBayNot 2008, 50 abgedruckten Anmerkung verwiesen werden.<sup>3</sup> Insoweit ergeben sich durch die hier besprochene Entscheidung keine wesentlichen Neuerungen.

Dass das Grundbuchamt und ihm folgend das LG gerade den Begriff der „drohenden Zwangsvollstreckung“ für zu unbestimmt gehalten haben, ist in der Tat erstaunlich: Derselbe Begriff wird schließlich auch vom Gesetzgeber in § 288 StGB verwendet. Die Entscheidung der Vorinstanzen hätte also die Konsequenz, dass der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz strikter gehandhabt würde als das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG. Dem hat sich das OLG vernünftigerweise nicht angeschlossen. Es stellt vielmehr am Ende der Entscheidungsgründe umfassend dar, wie „drohende“ Situationen im Zivil- und Verwaltungsrecht beurteilt und ausgelegt werden und schafft damit die Voraussetzungen dafür, dass zumindest künftig etwas klarer sein dürfte, wann diese Voraussetzung erfüllt ist. Ein exaktes Prüfungsschema erhält der Rechtsanwender dadurch freilich nicht, sondern nur ein Bündel von Kriterien, die zur Beurteilung des Einzelfalls herangezogen werden sollen. So soll insbesondere die zeitliche Nähe der Vollstreckung und die Höhe des Titels im Verhältnis zum sonstigen Vermögen des Rückforderungsschuldners von Bedeutung sein.

Abschnitt II. 2. c) (2) bb) der Entscheidungsgründe könnte so verstanden werden, dass die Bestimmtheit gerade gewahrt ist, weil die Rückforderung nach der zugrundeliegenden Klausel nur verlangt werden kann, wenn die Zwangsvollstreckung *in den Vertragsgegenstand* droht. Dies trifft jedoch nicht zu: Zwar mag eine Rückforderung des Vertragsgegenstandes wegen (drohender) Zwangsvollstreckung in andere Vermögensgegenstände des Schuldners unangemessen erscheinen; derartige Klauseln sind dementsprechend selten. Der allgemeine Vermögensverfall wird vielmehr regelmäßig durch eigenständige Rücktrittsgründe, etwa bei Einleitung eines Insolvenzverfahrens, erfasst. Am Bestimmtheitsgrundsatz dürfte eine solche Klausel jedoch gleichwohl nicht scheitern, im Gegenteil: Ob eine Vollstreckung ganz allgemein droht ist wesentlich leichter festzustellen als die Frage, in welchen Gegenstand die mutmaßliche Vollstreckung betrieben werden könnte. Mit anderen Worten: Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt nicht, dass die Rückforderungsrechte eng gefasst sind. Sie müssen nur hinreichend klar gefasst sein.

## II. Ergebnis

Insgesamt ist es begrüßenswert, dass der Schutz des Rückforderungsberechtigten mit dem Verweis auf eine „drohende“ Zwangsvollstreckung in das Vorfeld eigentlicher Vollstreckungsmaßnahmen verlagert werden kann. Das Abwarten der eigentlichen Zwangsvollstreckung hilft letztlich niemandem. Es verursacht nur höhere Kosten, weil z. B. zwischenzeitlich eingetragene (im Rückforderungsfall vormerkungswidrige) Zwangssicherungshypotheken erst wieder gelöscht werden müssen. Insofern ist sowohl die gegenständliche Formulierung als auch die Entscheidung des OLG München praxisgerecht. Sie sollte jedoch nicht als Freibrief zur unscharfen Formulierung von Rückforderungsrechten verstanden wer-

<sup>2</sup> MittBayNot 2008, 50.

<sup>3</sup> Dazu auch Palandt/Bassenge, BGB, 68. Aufl. 2009, § 883 Rdnr. 16 f. m. w. Rechtsprechungsnachweisen.

den. Wichtige Gründe für die Entscheidung waren die praktische Verbreitung ähnlicher Klauseln einerseits und der Mangel an Alternativklauseln mit gleicher Wirkung andererseits. Insbesondere bei der Prüfung neuer, noch nicht verbreiteter Klauseln kündigt sich eine strengere gerichtliche Kontrolle an. Abgesehen davon ist auch den Beteiligten durch eine aus sich heraus bestimmte und nicht nur durch gerichtliche Auslegung bestimmbare Formulierung besser gedient. Dem gelegentlich schlechten Vorbild des Gesetzgebers<sup>4</sup> sollte die Kautelarpraxis nicht folgen.

Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

<sup>4</sup> Vgl. zuletzt § 1385 Nr. 2 BGB i. d. F. des Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts. Dazu *Münch*, MittBayNot 2009, 261, 263 f.

6. BGB § 899 a; EGBGB Art. 229 § 21; GBO §§ 29, 47 (*Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen bei GbR*)

**Gemäß der auch für das Grundbuchamt geltenden Vermutensregel des § 899 a BGB sind sowohl die im Grundbuch eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts als auch die dort ausgewiesenen Gesellschafter in Ansehung des eingetragenen Eigentums berechtigt und verfügungsbefugt. Insoweit ist das Grundbuchamt nicht berechtigt, die Vorlage des Gesellschaftsvertrags oder die Abgabe eidesstattlicher Versicherungen der Gesellschafter zum Nachweis von Eintragungsvoraussetzungen zu verlangen. Dies gilt gemäß Art. 229 § 21 EGBGB auch dann, wenn die Gesellschaft und ihre Gesellschafter bereits vor Inkrafttreten des § 899 a BGB in das Grundbuch eingetragen worden waren. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG München, Beschluss vom 18.8.2009, 34 Wx 47/09; eingeklagt von Notar *Manfred Haselbeck*, Traunstein, und mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Als Eigentümer eines Grundstücks (Verkehrsfläche) sind im Grundbuch seit 13.6.1997 die Brüder B., die Beteiligten zu 2 und 3, „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts“ eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 17.2.2000 wurde das Grundstück an den Beteiligten zu 4 veräußert. Die Beteiligten zu 2 und 3 handelten hierbei für die „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“, wie sie im Grundbuch eingetragen ist (= Beteiligte zu 1). Zur Urkunde des Notars versicherten sie, dass sie die Inhaber der gesamten Geschäftsanteile sind und keine Abtretung der Geschäftsanteile außerhalb des Grundbuchs stattfand. Gemäß Ziffer 4 des notariellen Vertrags bewilligt und beantragt der Veräußerer die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch zur Sicherung des Anspruchs des Erwerbers auf Übertragung des Vertragsgrundbesitzes.

Am 27.2.2009 hat der Notar gemäß § 15 GBO den Antrag zur Eintragung der Vormerkung gestellt. Mit Zwischenverfügung vom 6.3.2009 hat das Grundbuchamt dem Notar unter Fristsetzung aufgegeben, ergänzend noch den Gesellschaftsvertrag und alle Nachträge hierzu in der Form des § 29 GBO vorzulegen. Außerdem sei von den Gesellschaftern an Eides statt zu versichern, dass diese Urkunden vollständig sind. Der eingelegten Beschwerde hat das Grundbuchamt am 27.3.2009 nicht abgeholfen. Das LG hat mit Beschluss vom 11.5.2009 das Rechtsmittel zurückgewiesen. Gegen die landgerichtliche Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Notars vom 26.5.2009.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg, ohne dass es noch auf die von den Instanzgerichten aufgeworfenen grundbuchrechtlichen Nachweisfragen ankommt.

1. Das LG hat ausgeführt: (...)

2. Die Entscheidung des LG hält der Rechtsprüfung (§ 78 Satz 1 GBO) nicht stand.

Der Senat hat das zum Zeitpunkt seiner Entscheidung geltende materielle Recht zugrunde zu legen. Denn es ist ein allgemeiner, auch im Grundbuchverfahren geltender Grundsatz, dass bei einem Wechsel der Gesetzgebung die angefochtene Entscheidung in der Rechtsbeschwerdeinstanz allein im Rahmen des neuen und nicht des früheren, vom Beschwerdegericht angewandten materiellen Rechts zu prüfen ist, wenn es nach seinem zeitlichen Geltungswillen das strittige Rechtsverhältnis erfasst (BayObLGZ 1977, 200, 202 f. m. w. N.; *Meyer-Holz* in Keidel/Kuntze/Winkler, FG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 16; *Demharter*, GBO, 26. Aufl. § 78 Rdnr. 10).

a) Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ist materiell grundbuchfähig, d. h. sie kann Eigentum an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten erwerben. Daran änderte es auch in der Vergangenheit nichts, wenn ein solcher Rechtserwerb durch die GbR nicht unter der für diese von ihren Gesellschaftern vereinbarten Bezeichnung im Grundbuch gebucht werden konnte. Ein Grundstück, als dessen Eigentümer mehrere natürliche Personen mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen sind, ist nicht gesamthänderisch gebundenes Eigentum dieser natürlichen Personen, sondern Eigentum der GbR (BGH, NJW 2009, 594 bei Rdnr. 11 = MittBayNot 2009, 225 = DNotZ 2009, 115; BGH, NJW 2006, 3716 = MittBayNot 2007, 118 = DNotZ 2007, 118). Schwierigkeiten beim Erwerb wie bei der Veräußerung von Eigentum durch eine GbR, deren gegenwärtiger Gesellschafterbestand und aktuelle Vertretungsbefugnis nirgends verlaublich sind, ändern an der Eigentumslage nichts. Sie sind zwangsläufige und hinzunehmende Folge aus der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit und der damit eröffneten Möglichkeit zur Teilnahme am Grundstücksverkehr (BGH, NJW 2009, 594 bei Rdnr. 12 a. E. = MittBayNot 2009, 225 = DNotZ 2009, 115).

b) In seinem Beschluss vom 4.12.2008 hatte der BGH keine Veranlassung, die Frage abschließend zu klären, wie der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen stattzufinden hat. Den Grundsatz des § 29 GBO hat der BGH jedoch nicht in Frage gestellt (BGH, NJW 2009, 594 bei Rdnr. 24 = MittBayNot 2009, 225 = DNotZ 2009, 115).

c) Die aufgezeigte Rechtsprechung hatte zur Folge, dass allein aufgrund der vorhandenen Eintragung „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ die Gesellschafter auch in „Altfällen“ nicht als eingetragen anzusehen und als Rechtsträger ausgewiesen waren (so noch BayObLGZ 2002, 330 = DNotZ 2003, 52). Ein Erwerb von den gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftern unterstand deshalb auch nicht dem Schutz des § 891 BGB (vgl. etwa *Zimmer*, NZM 2009, 187, 188).

Ob als Nachweis, der für die Eintragung erforderlichen Erklärungen (§ 29 Abs. 1 GBO) wie etwa der Verfügungsmacht der handelnden Personen der notarielle Überlassungsvertrag als Urkunde ausreichte, war bisher höchst zweifelhaft. Überwiegend wurde in der Praxis – wohl zusätzlich – der (öffentlich beglaubigte) Gesellschaftsvertrag (z. B. LG Oldenburg vom 17.3.2009, 17 T 204/09; *Dümig*, Rpfleger 2002, 53, 56 f.; *Tebben*, NZG 2009, 288, 291), teilweise wurden darüber hinaus eidesstattliche Versicherungen der Gesellschafter über den unveränderten Fortbestand der Gesellschaft verlangt (LG

Darmstadt vom 24.3.2009, 26 T 31/09; KEHE/Dümmig, GBO, 5. Aufl., Einl. B 70; Zimmer, NZM 2009, 187, 188). Andere Gerichte begnügten sich – ohne Vorhandensein konkreter entgegenstehender Anhaltspunkte – für weitere Grundbucheintragungen mit der Voreintragung der im Grundbuch vermerkten Gesellschafter (LG Ingolstadt, MittBayNot 2009, 300 m. zust. Anm. Amann).

d) Einer vertieften Betrachtung, ob und wie die GbR (Existenz, Mitgliederbestand und Vertretungsverhältnisse) nach dem bisher geltenden Grundbuchverfahrensrecht korrekt nachzuweisen wäre, bedarf es nicht, weil der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (im Folgenden: ERVGBG) vom 11.8.2009 (BGBl I, S. 2713) den veränderten Gegebenheiten, die die Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR und zu ihrer Eintragung im Grundbuch mit sich brachte, Rechnung getragen hat. Die nach Art. 5 Abs. 2 ERVGBG seit 18.8.2009 in Kraft befindlichen maßgeblichen Vorschriften regeln dies folgendermaßen:

(1) Ist eine GbR im Grundbuch eingetragen, so wird in Ansehung des eingetragenen Rechts auch vermutet, das diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind; bezüglich der Eintragung der Gesellschafter werden die § 892 bis 899 BGB für entsprechend anwendbar erklärt (Art. 4 Abs. 10 Nr. 2 ERVGBG = § 899 a BGB). Nach der Übergangsvorschrift in Art. 4 Abs. 9 Nr. 1 ERVGBG = Art. 299 § 20 EGBGB) gilt die vorerwähnte Bestimmung auch dann, wenn die Eintragung vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes erfolgt ist. Die gesetzlich angeordnete Rückwirkung kommt einer GbR auch im laufenden Grundbuchverfahren zugute (siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 17.6.2008, BT-Drucks. 18/13437, S. 30). Aus § 47 Abs. 2 GBO und § 15 Abs. 1 lit. c) GBV jeweils in der Fassung von Art. 1 Nr. 10 und Art. 2 Nr. 1 ERVGBG folgt, dass – gemäß der Rechtsprechung des BGH – die GbR nun selbst in das Grundbuch einzutragen ist, daneben aber auch die Gesellschafter und die für den Berechtigten geltenden Vorschriften entsprechend für die Gesellschafter gelten.

(2) Das bedeutet hier, dass die in Art. 229 EGBGB als § 20 eingefügte Übergangsvorschrift auch die vorhandene Eintragung „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts“ erfasst (Beschlussempfehlung S. 26, rechte Spalte unten). Die Eintragung weist die GbR als Eigentümerin aus und nicht die Gesellschafter; das folgt aus der Rechtsprechung des BGB (etwa NJW 2006, 3716 = MittBayNot 2007, 118 = DNotZ 2007, 118). Über die auch für das Grundbuchamt geltende Vermutensregel des § 899 a BGB ist davon auszugehen, dass sowohl die im Grundbuch eingetragene Gesellschaft als auch die dort ausgewiesenen Gesellschafter in Ansehung des eingetragenen Eigentums berechtigt und verfügungsbefugt sind. Denn die Eintragung der Gesellschafter ist nach dem Willen des Gesetzgebers eindeutig wieder Inhalt des Grundbuchs und ermöglicht es, daran eine materiellrechtliche Vermutung bezogen auf die Gesellschafterstellung und die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 892 ff. BGB zu knüpfen (Beschlussempfehlung S. 27).

e) Demnach stehen der fehlende Gesellschaftsvertrag und dessen Nachträge sowie fehlende eidesstattliche Versicherungen der Gesellschafter, dass diese vorzulegenden Urkunden vollständig sind, nicht (mehr) der beantragten Eintragung

entgegen. Neben dem angegriffenen Beschluss des Beschwerdegerichts hebt der Senat auch die Zwischenverfügung auf und gibt die Sache aus Zweckmäßigkeitsgründen unmittelbar an das Grundbuchamt zurück (vgl. Demharter, GBO, § 80 Rdnr. 21, § 77 Rdnr. 24). Eine unmittelbare Entscheidung über den Eintragungsantrag kann das Rechtsbeschwerdegericht selbst hingegen nicht treffen. Dies obliegt dem Grundbuchamt.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die betreffende Übergangsregelung ist in Art. 229 § 21 EGBGB (statt: § 20) enthalten.

#### 7. GBO § 35 Abs. 1 Satz 2 (Nachweis der Erbfolge durch notarielle Erbausschlagung)

**Über den Wortlaut des § 35 Abs. 1 Satz 2 BGB hinaus darf das Grundbuchamt auch dann nicht die Vorlage eines Erbscheins verlangen, wenn sich die Erbfolge aus öffentlichen Urkunden – hier: Erbausschlagung – ergibt und/oder aus offenkundigen Tatsachen, die aus der Nachlassakte ersichtlich sind. (Leitsatz des Einsenders)**

LG Aschaffenburg, Beschluss vom 12.8.2009, 4 T 113/09; eingesandt von Notar Dr. Thilo Morhard, Aschaffenburg

Im Grundbuch von W ist die Erblasserin A gemeinsam mit E als Eigentümerin in Erbengemeinschaft zweier Grundstücke eingetragen. A verstarb am 7.12.2008. Sie hatte mit ihrem Ehemann P am 14.10.1986 einen notariellen Erbvertrag geschlossen. Der Antragsteller M ist das einzige gemeinsame Kind von A und P. In dem genannten notariellen Erbvertrag ist in § 2 Folgendes verfügt:

„Wir setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein, so dass dem Längerlebenden von uns der gesamte Nachlass des Erstversterbenden zufällt. Für den Fall, dass ich, A, vorversterbe, soll mein Ehemann, P, jedoch nur Vorerbe sein. Nacherbe ist unser gemeinsamer Sohn M, ersatzweise dessen Abkömmlinge nach den Regeln über die gesetzliche Erbfolge (...).“

Der Erbvertrag wurde ausweislich der Niederschrift der Rechtspflegerin am 26.1.2009 eröffnet. Mit notarieller Ausschlagungserklärung vom 17.2.2009, welche am 20.2.2009 beim Nachlassgericht einging, schlug der gemäß dem Erbvertrag als Vorerbe eingesetzte P die Erbschaft nach der Erblasserin aus. Der Antragsteller beantragte gegenüber dem AG – Nachlassgericht – Berichtigung des Grundbuchs u. a. bezüglich der verfahrensgegenständlichen Grundstücke durch Eintragung der Erbfolge unter Bezugnahme auf die Nachlassakten. Das Nachlassgericht leitete den Grundbuchberichtigungsantrag an das Grundbuchamt weiter. Der Rechtspfleger am Grundbuchamt stellte mit Zwischenverfügung fest, der beantragten Eintragung stehe entgegen, dass die Frage, ob die Ausschlagung der Erbschaft durch P form- und fristgerecht erfolgt sei, ausschließlich durch das Nachlassgericht in einem Erbscheinsverfahren geprüft werden könne. Dem Antragsteller werde deshalb aufgegeben, einen Erbschein vorzulegen.

#### Aus den Gründen:

Das Grundbuchamt hat die beantragte Grundbuchberichtigung zu Unrecht von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht.

1. Gemäß § 22 GBO bedarf es für die Berichtigung des Grundbuchs des in der Form des § 29 GBO zu erbringenden Nachweises seiner Unrichtigkeit und der Richtigkeit der Tatsachen, deren Eintragung begehrt wird. Für den Nachweis der Erbfolge ist § 35 GBO zu beachten. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen.

Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn an Stelle eines Erbscheins diese Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung dieser Verfügung dem Grundbuchamt vorgelegt wird. Dabei kann die Vorlegung ersetzt werden durch die Verweisung auf die die Urkunden enthaltenden Akten desselben AG (OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 380; *Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 35 Rdnr. 45). Nur, wenn das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden für nicht nachgewiesen erachtet, kann es die Vorlage des Erbscheins verlangen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO). Insoweit entspricht es jedoch allgemeiner Auffassung, dass es keineswegs im Belieben des Grundbuchamtes steht, einen Erbschein als Nachweis der Erbfolge für eine Grundbuchberichtigung zu verlangen. Vielmehr besteht in der obergerichtlichen Rechtsprechung Übereinstimmung, dass das Grundbuchamt zu einer eigenständigen Auslegung eines öffentlichen Testaments verpflichtet ist, und zwar selbst dann, wenn rechtlich schwierige Fragen zu beurteilen sind (OLG München, FamRZ 2009, 460 = MittBayNot 2009, 53; BayObLG, DNotZ 1995, 306; BayObLG, Rpfleger 2000, 266 = MittRhNotK 2000, 72; OLG Köln, MDR 2000, 585 = MittRhNotK 2000, 74; OLG Hamm, FGPrax 1997, 48; OLG Hamm, FamRZ 2001, 581 = DNotZ 2001, 395; LG Aschaffenburg, Beschluss vom 11.12.2007, 4 T 252/07; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 42). Einen Erbschein darf das Grundbuchamt nur dann verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel *tatsächlicher* Art ergeben, die nur durch weitere – nur dem Nachlassgericht (§ 12 FGG, § 2358 Abs. 1 BGB), wegen der Beschränkung des § 29 GBO aber nicht dem Grundbuchamt mögliche – Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (BayObLG, DNotZ 1995, 306; BayObLG, Rpfleger 2000, 266 = MittRhNotK 2000, 72; OLG Hamm, FGPrax 1997, 48; OLG Köln, MDR 2000, 585 = MittRhNotK 2000, 74; OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 380; OLGR Celle 2000, 99; OLGR Schleswig 2006, 711.). Weiter ist inzwischen anerkannt, dass es im Fall einer öffentlich beurkundeten letztwilligen Verfügung Aufgabe des Grundbuchamtes ist, das gesamte Urkundenmaterial der ihm vorgelegten oder beizuziehenden Nachlassakte einschließlich der dort getroffenen Feststellungen als Nachweis zu verwerten (BayObLGZ 1974, 1; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 1095; LG Amberg, Rpfleger 1991, 451; LG Stuttgart, ZEV 2005, 402; LG Aschaffenburg, Beschluss vom 11.12.2007, 4 T 252/07). Zudem sind zum Nachweis der Erbfolge im Falle des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO auch andere, etwa in der Nachlassakte befindliche, öffentliche Urkunden und offenkundige Tatsachen zu berücksichtigen, wobei eine offenkundige Tatsache dann vorliegt, wenn sie dem Grundbuchamt zweifelsfrei bekannt ist; dafür genügt auch die Aktenkundigkeit (BayObLGZ 2000, 167 = DNotZ 2001, 385; BayObLG, DNotZ 1995, 306; BayObLGZ 1974, 1; *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 60 f. m. w. N.). Als Nachweis, etwa für negative Tatsachen, kann sogar eine eidesstattliche Versicherung, jedenfalls zur Lückenschließung, zu berücksichtigen sein (dazu etwa BayObLGZ 2000, 167 = DNotZ 2001, 385; LG Bochum, Rpfleger 1992, 194). Die Feststellungspflicht des Grundbuchamtes findet ihre Grenze grundsätzlich nur dort, wo zur Ausräumung *konkreter* Zweifel weitere, dem Grundbuchamt in der Regel verwehrt Ermittlungen in *tatsächlicher* Hinsicht veranlasst wären (BayObLGZ 1974, 1; OLG Stuttgart, NJW-RR 1992, 516). Fragen, die durch Auslegung der letztwilligen Verfügung ggf. unter Berücksichtigung anderer öffentlicher Urkunden zu beantworten sind, rechtfertigen das Verlangen eines Erbscheins ebenso wenig wie Zweifel, die allein in abstrakten Möglichkeiten oder

rechtlichen Bedenken ihre Ursache haben (BayObLGZ 1974, 1; OLGR Celle 2000, 99; LG Stuttgart, Beschluss vom 15.6.1988, 1 T 9/88).

2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die dem Antragsteller gemachte Auflage, sein Erbrecht nach der Erblasserin durch Vorlage eines Erbscheines nachzuweisen, nicht gerechtfertigt, weil sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen vorliegend keine Zweifel tatsächlicher Art ergeben. Vielmehr sind lediglich Rechtsfragen und öffentliche Urkunden zu überprüfen, wozu das Grundbuchamt in eigener Zuständigkeit und Verantwortung verpflichtet ist. Die Nachholung dieser gebotenen Prüfung ergibt hier Folgendes:

a) Ausweislich des für die Erbfolge nach der Erblasserin maßgeblichen notariellen Erbvertrages vom 14.10.1986 war für den Fall des Vorversterbens der Erblasserin deren Ehemann P als (befreiter) Vorerbe und deren gemeinsamer Sohn, der Antragsteller, als Nacherbe eingesetzt. Der Nacherbfall sollte gemäß § 2 des Erbvertrages mit dem Tod des Vorerben eintreten. Es besteht jedoch kein Zweifel, dass der Erbvertrag dahingehend auszulegen ist, dass bei Wegfall des Vorerben der als Nacherbe eingesetzte gemeinsame Sohn nach dem Willen der Erblasserin Vollerbe werden sollte. Selbst wenn insoweit, wie nicht, Zweifel bestünden, würde die Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB eingreifen, wonach die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthält. Auch nach dieser Auslegungsregel käme man zu dem Ergebnis, dass bei Wegfall des eingesetzten Vorerben, etwa durch Ausschlagung, die Erbschaft dem Antragsteller schon mit dem Erbfall als Vollerbschaft anfällt (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 68. Aufl., § 2102 Rdnr. 1). Insoweit weist die Kammer darauf hin, dass auch das Grundbuchamt bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen gesetzliche Auslegungsregelungen wie die des § 2102 BGB zu beachten und gegebenenfalls anzuwenden hat (etwa OLG Stuttgart, NJW-RR 1992, 516; OLG Köln, MDR 2000, 585 = MittRhNotK 2000, 74; *Böhringer*, ZEV, 2001, 387, 388).

b) Dass der eingesetzte Vorerbe vorliegend weggefallen ist und deshalb der Antragsteller schon mit dem Erbfall Vollerbe nach der Erblasserin geworden ist, ergibt sich ebenfalls aus einer öffentlichen Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO, nämlich der notariellen Ausschlagungserklärung vom 17.2.2009, welche ausweislich des Eingangsstempels am 20.2.2009 beim Nachlassgericht eingegangen ist. Hinsichtlich des Eingangsstempels liegt eine aktenkundige bzw. offenkundige Tatsache vor, welche vom Grundbuchamt ebenfalls zu berücksichtigen ist. Soweit sowohl das Grundbuchamt als auch das Nachlassgericht die Auffassung vertreten, die Frage, ob die Ausschlagung form- und fristgerecht erfolgt sei, könne ausschließlich durch das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren geprüft werden, geht dies fehl. Zwar ist es richtig, dass die Frage, ob eine Ausschlagung wirksam ist, oft im Erbscheinsverfahren relevant wird und deshalb auch häufig in diesem Verfahren zu klären ist. Unrichtig ist jedoch, dass die Klärung nur dort erfolgen könne. Selbstverständlich ist die Wirksamkeit einer Ausschlagung genauso vom Prozessgericht, etwa in einem zivilrechtlichen Erbschaftsstreit, oder in anderen Verfahren zu klären, in denen es auf die Rechtsfolge der Ausschlagung ankommt (allgemeine Meinung, etwa MünchKommBGB/*Leipold*, § 1945 Rdnr. 14).

Dass die notarielle Ausschlagungserklärung eine formgerecht errichtete (§ 1945 Abs. 1 BGB) öffentliche Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 GBO beinhaltet, wurde bereits dargelegt. Dass diese auch fristgerecht innerhalb der Ausschlagungsfrist gegenüber dem Nachlassgericht erklärt wurde, ist nach der, auch vom Grundbuchamt beigezogenen Nachlassakte akten-

bzw. offenkundig. Gemäß § 1944 Abs. 1 BGB kann die Ausschlagung nur binnen sechs Wochen erfolgen. Diese Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt (§ 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ist der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen, so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung (§ 1945 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der frühest mögliche Fristbeginn ist folglich derjenige der Eröffnung der letztwilligen Verfügung (§ 2260 BGB). Selbst wenn man diesen frühest möglichen Beginn der Ausschlagungsfrist zugrunde legt, ist jedoch die Ausschlagung durch den Vorerben P offenkundig (deutlich) fristgerecht erfolgt. Denn ausweislich der Niederschrift über die Eröffnung (vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO) wurde der Erbvertrag am 26.1.2009 verkündet. Dass hier entgegen der Sollvorschrift des § 2260 Abs. 1 Satz 2 BGB die gesetzlichen Erben nicht geladen wurden, ist unerheblich. Da die notarielle Ausschlagungserklärung ausweislich des Eingangsstempels am 20.2.2009 beim Nachlassgericht eingegangen ist, ist die sechswöchige Ausschlagungsfrist selbst dann offensichtlich gewahrt, wenn man auf den frühest möglichen Fristbeginn abstellt. Hier kommt noch hinzu, dass die Erben ausweislich der Eröffnungsniederschrift nicht geladen und erschienen waren, so dass die Frist erst mit der Übersendung der letztwilligen Verfügung beginnen konnte (*Palandt/Edenhofer*, § 1944 Rdnr. 4).

c) Lediglich ergänzend weist die Kammer darauf hin, dass theoretische bzw. abstrakte Möglichkeiten bezüglich einer anderweitigen Erbfolge, etwa, dass theoretisch ein späteres Testament der Erblasserin existieren könnte, außer Betracht zu bleiben haben. Dies gilt zumindest solange, wenn, wie hier, weder vorgetragen noch ersichtlich ist, dass irgendwelche Nachforschungen durch das Nachlassgericht vor dem Hintergrund des § 12 FGG geboten wären oder zusätzliche Erkenntnisse bringen könnten (OLG Stuttgart, NJW-RR 1992, 516; BayObIGZ 1974, 1; OLGR Celle 2000, 99). Auch sonstige Zweifel, etwa, dass der Antragsteller die Erbschaft nicht angenommen hätte, bestehen nicht. Dies ergibt sich, abgesehen davon, dass die Ausschlagungsfrist verstrichen ist, schon daraus, dass der Antragsteller den Antrag auf Grundbuchberichtigung gestellt hat. Denn darin ist nach allgemeiner Meinung eine Annahme der Erbschaft durch schlüssiges Verhalten zu sehen (etwa LG Amberg, Rpfleger 1992, 451).

Folglich hat der Antragsteller die Erbfolge nach der Erblasserin durch öffentliche Urkunden (§§ 29, 35 GBO) unter Berücksichtigung offenkundiger Feststellungen aus der Nachlassakte nachgewiesen, so dass jedenfalls die Nichtvorlage eines Erbscheines kein Eintragungshindernis beinhaltet. Die Beschwerde des Antragstellers ist deshalb begründet, so dass der Zurückweisungsbeschluss des Grundbuchamtes vom 24.6.2009 aufzuheben war, wobei die Kammer von der hier bestehenden Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die Sache zur neuerlichen Entscheidung über den Grundbuchberichtigungsantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung der Beschwerdekammer an das Grundbuchamt zurückzugeben.

8. BGB §§ 1570, 1578 b (*Kein gestuftes Altersphasenmodell bei Betreuungsunterhalt*)

**Nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB dauert der Anspruch auf nahehelichen Betreuungsunterhalt nur noch dann über die Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes fort, wenn dies der Billigkeit entspricht. Damit verlangt die**

**Neuregelung regelmäßig aber keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeitberufstätigkeit. Nach Maßgabe der im Gesetz genannten kindbezogenen (§ 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB) und elternbezogenen (§ 1570 Abs. 2 BGB) Gründe ist auch nach dem neuen Unterhaltsrecht ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeitberufstätigkeit möglich (im Anschluss an BGH, FamRZ 2009, 1124; FamRZ 2009, 770, 772 = MittBayNot 2009, 303; FamRZ 2008, 1739, 1748 = DNotZ 2008, 937).**

BGH, Urteil vom 17.6.2009, XII ZR 102/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten im Scheidungsverbundverfahren noch um nahehelichen Elementar- und Altersvorsorgeunterhalt für die Zeit ab Januar 2008. Der 1965 geborene Antragsteller und die 1977 geborene Antragsgegnerin hatten im September 2001 die Ehe geschlossen, aus der ihre im März 2002 geborene Tochter hervorgegangen ist. Nach der Trennung im April 2004 wurde die Ehe mit rechtskräftigem Verbundurteil vom 30.3.2007 geschieden, das zum Scheidungsausspruch seit dem 4.9.2007 rechtskräftig ist.

Die gemeinsame Tochter lebt seit der Trennung bei der Antragsgegnerin. Sie besucht zunächst an den Werktagen bis 14.00 Uhr den Kindergarten. Seit Mitte 2008 besucht sie die Grundschule und wird dort anschließend bis 14.00 Uhr betreut. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts leidet die Tochter an einer Glutenunverträglichkeit.

Die Antragsgegnerin ist gelernte Buchhändlerin. Seit Oktober 2007 arbeitet sie im Umfang von monatlich 80 Tarifstunden und weiteren 30 „Flexistunden“ ( $\frac{2}{3}$  einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit) als Verkäuferin. Ohne Berücksichtigung der sog. „Flexistunden“ erzielt sie Monateinkünfte, die sich nach Abzug gesetzlicher Abgaben, berufsbedingter Kosten und eines Erwerbstätigenbonus auf rund 638 € belaufen. Die Antragsgegnerin ist zeitweise auch in den Abendstunden und samstags berufstätig. In dieser Zeit wird die Tochter von den Großeltern mütterlicherseits betreut. Der Antragsteller ist von Beruf Lehrer. Er erzielt auf der Grundlage eines Jahresbruttoeinkommens i. H. v. 48.578,37 € monatliche Nettoeinkünfte, die sich nach Abzug seiner Beiträge für die Kranken- und Pflegeversicherung, seiner berufsbedingten Fahrtkosten und der Kosten für Fachliteratur auf 2.473,51 € belaufen. Für zwei Lebensversicherungen zahlt er monatliche Beiträge i. H. v. insgesamt 221,87 €.

Das AG hat die Ehe der Parteien geschieden, den Versorgungsausgleich durchgeführt und den Antragsteller verurteilt, an die Antragsgegnerin nahehelichen Elementarunterhalt i. H. v. 739 € sowie Altersvorsorgeunterhalt i. H. v. 179 € zu zahlen. Auf die Berufung des Antragstellers hat das OLG den geschuldeten Unterhalt – unter Zurückweisung der auf einen höheren Unterhalt gerichteten Anschlussberufung der Antragsgegnerin – zeitlich gestaffelt zuletzt auf Elementarunterhalt i. H. v. 501 € und Altersvorsorgeunterhalt i. H. v. 127 € für die Zeit von Januar bis März 2008 sowie auf Elementarunterhalt i. H. v. 478 € und Altersvorsorgeunterhalt i. H. v. 121 € für die Zeit ab April 2008 herabgesetzt. Die weitere Berufung des Antragstellers mit dem Ziel einer Befristung des Betreuungsunterhalts hat es zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen des Antragstellers und der Antragsgegnerin, mit denen sie ihre Berufungsanträge weiterverfolgen.

*Aus den Gründen:*

Die Revision des Antragstellers ist unbegründet. Die Revision der Antragsgegnerin führt lediglich zu einer geringfügigen Erhöhung des geschuldeten Unterhalts.

I.

Das OLG, dessen Entscheidung im FamRZ 2008, 1945 veröffentlicht ist, hat seine Entscheidung wie folgt begründet: (...)

II.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision des Antragstellers im Ergebnis stand. Die Revision der Antragsgegnerin hat lediglich in geringem Umfang Erfolg.

1. Der Antragsgegnerin steht nach wie vor ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt gegen den Antragsteller zu.

Der im Revisionsverfahren noch streitige Anspruch richtet sich nach neuem Unterhaltsrecht, also nach § 1570 BGB in der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung (BGBl 2007 I, S. 3189). Danach kann ein geschiedener Ehegatte von dem anderen wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen. Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB). Die Dauer des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt verlängert sich darüber hinaus, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht (§ 1570 Abs. 2 BGB).

a) Mit dieser Neuregelung hat der Gesetzgeber den nachehelichen Betreuungsunterhalt grundlegend umgestaltet. Er hat einen auf drei Jahre befristeten Basisunterhalt eingeführt, der aus Gründen der Billigkeit verlängert werden kann (BT-Drucks. 16/6980, S. 8 f.). Im Rahmen dieser Billigkeitsentscheidung sind nach dem Willen des Gesetzgebers kind- und elternbezogene Verlängerungsgründe zu berücksichtigen (vgl. BGH, FamRZ 2009, 1124, 1126; FamRZ 2009, 770, 772 = MittBayNot 2009, 303; FamRZ 2008, 1739, 1746 ff. = DNotZ 2008, 937). Obwohl der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB als Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ausgestaltet ist, wird er vor allen Dingen im Interesse der gemeinschaftlichen Kinder gewährt, um deren Betreuung und Erziehung sicherzustellen (BT-Drucks. 16/6980, S. 9).

aa) Mit der Einführung des Basisunterhalts bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres hat der Gesetzgeber dem betreuenden Elternteil die freie Entscheidung eingeräumt, ob er das Kind in dessen ersten drei Lebensjahren selbst erziehen oder andere Betreuungsmöglichkeiten in Anspruch nehmen will. Ein während dieser Zeit erzieltetes Einkommen ist somit stets überobligatorisch und der betreuende Elternteil kann eine bestehende Erwerbstätigkeit jederzeit wieder aufgeben und sich voll der Erziehung und Betreuung des Kindes widmen. Entscheidet er sich allerdings dafür, das Kind auf andere Weise betreiben zu lassen, und erzielt er eigene Einkünfte, ist das überobligatorisch erzielte Einkommen nach den Umständen des Einzelfalles anteilig zu berücksichtigen (BGH, FamRZ 2009, 1124, 1126; FamRZ 2009, 770, 772 m. w. N. = MittBayNot 2009, 303; FamRZ 2005, 1154, 1156 f.).

bb) Für die – hier relevante – Zeit ab Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nach der gesetzlichen Neuregelung nur noch dann ein fortdauernder Anspruch auf Betreuungsunterhalt zu, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Damit verlangt die Neuregelung regelmäßig aber keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeitberufstätigkeit (BT-Drucks. 16/6980, S. 9). Nach Maßgabe der im Gesetz genannten kindbezogenen (§ 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB) und elternbezogenen (§ 1570 Abs. 2 BGB) Gründe ist auch nach dem neuen Unterhaltsrecht ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeitberufstätigkeit möglich (BGH, FamRZ 2009, 1124, 1126; FamRZ 2009, 770, 772 = MittBayNot 2009, 303; FamRZ 2008, 1739, 1748 = DNotZ 2008, 937).

Allerdings hat der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Neuregelung des § 1570 BGB die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus grundsätzlich dem unterhaltsberechtigten Elternteil auferlegt (BGH, FamRZ

2009, 770, 772 = MittBayNot 2009, 303 m. Anm. Borth, FamRZ 2009, 959, 960; FamRZ 2008, 1739, 1748 = DNotZ 2008, 937).

b) Kindbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts nach Billigkeit, die ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 6 Abs. 2 und 5 GG finden, entfalten im Rahmen der Billigkeitsentscheidung das stärkste Gewicht und sind deswegen stets vorrangig zu prüfen (BT-Drucks. 16/6980, S. 9; BGH, FamRZ 2009, 1124, 1126; FamRZ 2009, 770, 772 = MittBayNot 2009, 303).

aa) Insoweit ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber mit der Neugestaltung des nachehelichen Betreuungsunterhalts in § 1570 BGB für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres grundsätzlich den Vorrang der persönlichen Betreuung gegenüber anderen kindgerechten Betreuungsmöglichkeiten aufgegeben hat. Dabei hat er an die zahlreichen sozialstaatlichen Leistungen und Regelungen angeknüpft, insbesondere an den Anspruch des Kindes auf den Besuch einer Tageseinrichtung (§ 24 Abs. 1 SGB VIII), die den Eltern auch dabei behilflich sein sollen, Erwerbstätigkeit und Kindererziehung besser miteinander vereinbaren zu können (§ 22 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII; BT-Drucks. 16/6980, S. 8; vgl. auch § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II und § 11 Abs. 4 Satz 2 bis 4 SGB XII). Dies ist im Regelfall mit dem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG und dem Kindeswohl vereinbar (BVerfG, FamRZ 2007, 965, 969 ff. = MittBayNot 2007, 497; BT-Drucks. 16/6980, S. 8). Die Obliegenheit zur Inanspruchnahme einer kindgerechten Betreuungsmöglichkeit findet erst dort ihre Grenze, wo die Betreuung nicht mehr mit dem Kindeswohl vereinbar ist, was jedenfalls bei öffentlichen Betreuungseinrichtungen wie Kindergärten, Kindertagesstätten oder Kinderhorten regelmäßig nicht der Fall ist (BGH, FamRZ 2009, 1124, 1126; FamRZ 2009, 770, 772 f. m. w. N. = MittBayNot 2009, 303).

In dem Umfang, in dem das Kind nach Vollendung des dritten Lebensjahres eine kindgerechte Einrichtung besucht oder unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse besuchen könnte, kann sich der betreuende Elternteil also nicht mehr auf die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung des Kindes und somit nicht mehr auf kindbezogene Verlängerungsgründe i. S. v. § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB berufen. Das gilt sowohl für den rein zeitlichen Aspekt der Betreuung als auch für den sachlichen Umfang der Betreuung in einer kindgerechten Einrichtung. Umfasst etwa die Betreuung von Schulkindern in einem Hort auch die Hausaufgabenbetreuung, bleibt auch insoweit für eine persönliche Betreuung durch einen Elternteil kein unterhaltsrechtlich zu berücksichtigender Bedarf.

Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über die Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist deswegen stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die begabungs- und entwicklungsgerechte Betreuung des Kindes auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Einrichtungen gesichert werden könnte (BGH, FamRZ 2009, 1124, 1127; FamRZ 2009, 770, 773 m. w. N. = MittBayNot 2009, 303 mit Anm. Borth, FamRZ 2009, 959, 961). Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, auch das konkrete Betreuungsangebot der kindgerechten Einrichtung und die Möglichkeit, auf einen eingeschränkten Gesundheitszustand des Kindes einzugehen.

Die in Teilen der Rechtsprechung und Literatur noch vertretenen pauschalen Altersphasenmodelle hat der Senat ausdrücklich abgelehnt (BGH, FamRZ 2009, 1124, 1127; FamRZ 2009, 770, 773 m. w. N. = MittBayNot 2009, 303). Die Betreuungsbedürftigkeit ist vielmehr nach den individuellen

Verhältnissen des Kindes zu ermitteln. Erst wenn die Kinder ein Alter erreicht haben, in dem sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zeitweise sich selbst überlassen werden können, kommt es aus kindbezogenen Gründen insoweit nicht mehr auf die vorrangig zu prüfende Betreuungsmöglichkeit in kindgerechten Einrichtungen an (zum Umfang einer Betreuungsbedürftigkeit vgl. auch BGH, WuM 2009, 298; WuM 2009, 296).

bb) Das angefochtene Urteil stützt sich zwar auch auf Erwägungen, die dem durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz überholten Altersphasenmodell nahe kommen. Aufgrund der vom OLG festgestellten Umstände des Einzelfalles hält die Entscheidung zur Fortdauer des Betreuungsunterhalts schon aus kindbezogenen Gründen den Angriffen der Revision des Antragstellers aber im Ergebnis stand.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts besuchte die gemeinsame Tochter ursprünglich täglich bis 14.00 Uhr den Kindergarten; für die Schulzeit ab Sommer 2008 hatte die Antragsgegnerin die gemeinsame Tochter zwar in einem Hort angemeldet, darauf aber eine Absage mit der Einstufung in die Dringlichkeitsstufe „b“ erhalten. Seit dem Sommer 2008 besucht die Tochter nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien im Revisionsverfahren die Schule und wird dort anschließend ebenfalls bis 14.00 Uhr betreut (zur Berücksichtigung unstrittigen neuen Vortrags im Revisionsverfahren vgl. BGH, NJW-RR 1998, 1284 m. w. N.). Eine kindgerechte Betreuung war in der Kindergartenzeit also lediglich bis 14.00 Uhr vorhanden und steht nach den Feststellungen des OLG auch gegenwärtig noch nicht in einem darüber hinaus gehenden Umfang zur Verfügung.

Entgegen der Rechtsauffassung des Antragstellers musste das OLG auch nicht von einer längeren Betreuungsmöglichkeit in einer kindgerechten Einrichtung ausgehen. Das auf der Grundlage des früheren Unterhaltsrechts entwickelte Altersphasenmodell sah für die Zeit bis Ende 2007 schon keine Obliegenheit vor, für die erst sieben Jahre alte Tochter eine Betreuung in einer kindgerechten Einrichtung in Anspruch zu nehmen (vgl. § 36 Nr. 7 EGZPO). Auch im Hinblick auf die erst im September 2007 eingetretene Rechtskraft der Ehescheidung musste die Antragsgegnerin die Kindergartenbetreuung nicht sogleich mit Inkrafttreten des neuen Unterhaltsrechts zum 1.1.2008 auf eine vollschichtige Betreuung ausweiten, sondern durfte die Einschulung im Sommer 2008 mit der dadurch grundlegend veränderten Betreuungssituation abwarten. Soweit das OLG für die Zeit nach der Einschulung der gemeinsamen Tochter im Sommer 2008 keine veränderte Betreuungssituation festgestellt hat, ist auch dies aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Wegen der Absage auf die Bewerbung um einen Hortplatz und der noch ungewissen weiteren Entwicklung durfte das OLG im Rahmen seiner tattrichterlichen Prognose im Juni 2008 weiterhin von einer nur eingeschränkten Betreuungsmöglichkeit in kindgerechten Einrichtungen ausgehen.

Darauf, ob die – durch ein ärztliches Attest – nachgewiesene Glutenunverträglichkeit des Kindes einer vollzeitigen Betreuung in einer kindgerechten Einrichtung entgegensteht, kommt es deswegen hier nicht an. Im Rahmen eines späteren Abänderungsverfahrens obliegt der Antragsgegnerin allerdings die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine evtl. vorhandene vollzeitige Betreuungseinrichtung nicht auf diese Erkrankung der gemeinsamen Tochter ausgelegt ist. Unabhängig davon durfte sich der Antragsteller, der nach wie vor das gemeinsame Sorgerecht für die Tochter ausübt, aber nicht auf ein bloßes Bestreiten der Erkrankung mit Nichtwissen beschränken.

Im Revisionsverfahren ist danach von einer Betreuung der Tochter in einer kindgerechten Einrichtung auszugehen, die an Werktagen bis 14.00 Uhr andauert. Aus kindbezogenen Gründen ist deswegen grundsätzlich eine weitere Betreuung durch die Antragsgegnerin erforderlich. Selbst wenn die gemeinsame Tochter im Hinblick auf ihr Alter von jetzt sieben Jahren nicht mehr „auf Schritt und Tritt“ kontrolliert werden muss (vgl. insoweit BGH, WuM 2009, 298; WuM 2009, 296) steht dies einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen nicht entgegen. Denn auch wenn Kinder in diesem Alter nicht mehr ununterbrochen beaufsichtigt werden müssen, ist eine regelmäßige Kontrolle in kürzeren Zeitabschnitten erforderlich, was einer Erwerbstätigkeit aus kindbezogenen Gründen entgegensteht. Der Umfang der elterlichen Kontrolle, der auch von der individuellen Entwicklung des Kindes abhängt, ist allerdings im Rahmen der elternbezogenen Verlängerungsgründe bei der Bemessung einer überobligationsmäßigen Belastung zu berücksichtigen.

c) Soweit die Betreuung eines Kindes auf andere Weise sichergestellt oder in einer kindgerechten Einrichtung möglich ist, können einer Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils auch elternbezogene Gründe entgegenstehen (BGH, FamRZ 2009, 1124, 1127; FamRZ 2009, 770, 773 = MittBayNot 2009, 303; FamRZ 2008, 1739, 1748 f. = DNotZ 2008, 937). Solche elternbezogenen Gründe sind schon nach der Systematik des § 1570 BGB allerdings erst nachrangig zu prüfen, soweit nicht schon kindbezogene Gründe einer Erwerbstätigkeit entgegenstehen.

aa) Die Berücksichtigung elternbezogener Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist Ausdruck der nachehelichen Solidarität. Maßgeblich ist dabei das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die vereinbarte oder praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung in der Betreuung (BT-Drucks. 16/6980, S. 9). Die Umstände gewinnen durch das Vertrauen des unterhaltsberechtigten Ehegatten bei längerer Ehedauer oder bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit zur Erziehung gemeinsamer Kinder weiter an Bedeutung (§ 1570 Abs. 2 BGB). Insoweit hat der Senat bereits ausgeführt, dass die ausgeübte und verlangte Erwerbstätigkeit neben dem nach der Erziehung und Betreuung in Tageseinrichtungen verbleibenden Anteil an der Betreuung nicht zu einer überobligationsmäßigen Belastung des betreuenden Elternteils führen darf (BGH, FamRZ 2008, 1739, 1748 f. = DNotZ 2008, 937). Selbst wenn Kinder ganztags in einer kindgerechten Einrichtung betreut und erzogen werden, was dem betreuenden Elternteil grundsätzlich die Möglichkeit zu einer Vollzeittätigkeit einräumen würde, kann sich bei Rückkehr in die Familienwohnung ein weiterer Betreuungsbedarf ergeben, dessen Umfang im Einzelfall unterschiedlich sein kann. Der Umfang dieses zusätzlichen Betreuungsbedarfs kann von der Anzahl der Kinder und deren Gesundheitszustand, aber auch von dem Entwicklungsstand und den Neigungen und Begabungen der Kinder abhängig sein. Denn die zeitliche Belastung des betreuenden Elternteils steigt mit dem Umfang der noch notwendigen Betreuung des Kindes (vgl. insoweit auch BGH, WuM 2009, 298). Unter Berücksichtigung des konkreten Betreuungsbedarfs ist dann eine Prüfung geboten, ob und in welchem Umfang die Erwerbsobliegenheit des unterhaltsberechtigten Elternteils über den Umfang der Betreuung des Kindes in einer kindgerechten Einrichtung hinaus noch eingeschränkt ist (BGH, FamRZ 2009, 1124, 1127; FamRZ 2009, 770, 773 = MittBayNot 2009, 303).

bb) Soweit das Berufungsgericht hier von einer halbschichtigen Erwerbsobliegenheit der Antragsgegnerin ausgegangen ist, hat es auch diese elternbezogenen Verlängerungsgründe hinreichend berücksichtigt. Zwar ist der Umstand, dass die

Antragsgegnerin tatsächlich sogar zu  $\frac{2}{3}$  erwerbstätig ist, ein Indiz dafür, dass diese Erwerbstätigkeit im konkreten Einzelfall mit der Betreuung der gemeinsamen Tochter vereinbar ist. Allerdings ist dieser Umfang der Erwerbstätigkeit auf die Betreuung der Tochter durch die Großeltern mütterlicherseits zurückzuführen, die mit ihren freiwilligen Leistungen die Belastung der Antragsgegnerin mindern, nicht aber den Antragsteller von seiner Unterhaltspflicht befreien wollen. Daher steht der Umstand, dass die Antragsgegnerin tatsächlich eine  $\frac{2}{3}$ -Tätigkeit ausübt, hier der Annahme einer überobligatorischen Erwerbstätigkeit nicht entgegen. Andererseits wäre die Antragsgegnerin wegen der Betreuung des gemeinsamen Kindes bis 14.00 Uhr allein aus kindbezogenen Gründen sogar in der Lage, eine mehr als halbschichtige Erwerbstätigkeit zu übernehmen. Wenn das OLG indes unter zusätzlicher Berücksichtigung elternbezogener Verlängerungsgründe von einer nur halbschichtigen Erwerbsobliegenheit ausgegangen ist, ist diese Ermessensentscheidung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Die Revision der Antragsgegnerin hat in geringem Umfang Erfolg, weil das OLG die Höhe ihres Unterhaltsbedarfs nicht in allen Punkten rechtsfehlerfrei ermittelt hat. (...)

3. Soweit das Berufungsgericht eine Befristung oder Begrenzung des Anspruchs der Klägerin auf Betreuungsunterhalt abgelehnt hat, ist dagegen nichts zu erinnern.

a) Eine Befristung des Betreuungsunterhalts nach § 1578 b BGB scheidet schon deswegen aus, weil § 1570 BGB in der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung insoweit eine Sonderregelung für die Billigkeitsabwägung enthält. Nach Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nur noch Betreuungsunterhalt nach Billigkeit zu (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung sind aber bereits alle kind- und elternbezogenen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Wenn sie zu dem Ergebnis führt, dass der Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus wenigstens teilweise fort dauert, können dieselben Gründe nicht zu einer Befristung im Rahmen der Billigkeit nach § 1578 b BGB führen (BGH, FamRZ 2009, 1124, 1128; FamRZ 2009, 770, 774 m. w. N. = MittBayNot 2009, 303).

b) Auch soweit das OLG eine Begrenzung des Betreuungsunterhalts der Antragsgegnerin vom eheangemessenen Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 BGB auf einen angemessenen Unterhalt nach ihrer eigenen Lebensstellung abgelehnt hat, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Zwar ist eine solche Begrenzung grundsätzlich auch dann möglich, wenn wegen der noch fort dauernden Kindesbetreuung eine Befristung des Betreuungsunterhalts entfällt. Insbesondere in Fällen, in denen der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 BGB erheblich über den angemessenen Unterhalt nach der eigenen Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten hinausgeht, kommt eine Kürzung auf den eigenen angemessenen Unterhalt in Betracht. Das setzt allerdings voraus, dass einerseits die notwendige Erziehung und Betreuung gemeinsamer Kinder trotz des abgesenkten Unterhaltsbedarfs sichergestellt und das Kindeswohl auch sonst nicht beeinträchtigt ist und andererseits eine fort dauernde Teilhabe des betreuenden Elternteils an den abgeleiteten ehelichen Lebensverhältnissen während der Ehe unbillig erscheint (BGH, FamRZ 2009, 1124, 1128; FamRZ 2009, 770, 774 m. w. N. = MittBayNot 2009, 303).

Diese Voraussetzungen für eine Begrenzung des Betreuungsunterhalts hat das OLG auf der Grundlage des Vortrags der Parteien nicht festzustellen vermocht. Insbesondere ist nach

wie vor ein ehebedingter Nachteil darin zu sehen, dass die Antragsgegnerin wegen der Betreuung des gemeinsamen Kindes an einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit gehindert ist. Ob und in welchem Umfang dieser Nachteil auch durch einen geringeren Unterhalt ausgeglichen werden könnte und die fort dauernde Teilhabe an den vom Einkommen des Antragstellers abgeleiteten Lebensverhältnisse unbillig ist, hat der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Antragsteller nicht substantiiert vorgetragen.

#### 9. BGB § 1767 (Volljährigenadoption zur finanziellen Absicherung des Anzunehmenden)

##### **Ablehnung einer Volljährigenadoption, bei der die finanzielle Absicherung der Anzunehmenden im Vordergrund steht.**

OLG München, Beschluss vom 8.6.2009, 31 Wx 22/09; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die Beteiligten beantragten mit notarieller Urkunde, die Annahme der Beteiligten zu 1 (geb. 1973) als Kind des Beteiligten zu 2 (geb. 1929) auszusprechen. Der Beteiligte zu 2 ist kinderlos, seine Ehefrau ist 1992 verstorben. Die Beteiligte zu 1 ist seit 2002 mit einem Neffen der Ehefrau des Beteiligten zu 2 verheiratet. Aus der Ehe sind drei Kinder (geboren 2004, 2005 und 2008) hervorgegangen; der Beteiligte zu 2 ist Pate des ältesten.

##### *Aus den Gründen:*

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das LG hat, auch unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Vormundschaftsgerichts, im Wesentlichen ausgeführt:

Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass zwischen den Beteiligten bereits ein Vater-Tochter-Verhältnis entstanden sei. Die Beteiligte zu 1 kenne den Beteiligten zu 2 seit 1995, als sie ihren Ehemann kennen gelernt habe. Die Kontakte hätten sich jedoch erst nach der Heirat im Jahr 2002 intensiviert, sich aber bis zur Trennung der Eheleute auf Telefonate und gelegentliche Besuche, danach auf wöchentliche Besuche beschränkt. Das übersteige nicht das unter Verwandten übliche Maß, insbesondere, nachdem der Beteiligte zu 2 der Patenonkel eines Kindes sei. Es bestünden auch erhebliche Zweifel, ob ein Vater-Tochter-Verhältnis entstehen werde. Sowohl die Eltern der Beteiligten zu 1 als auch ihr Ehemann stünden nicht voll hinter der Adoption. Die leiblichen Eltern, zu denen nach Angabe der Beteiligten zu 1 ein guter Kontakt bestehe, hätten die Adoptionsabsicht lediglich „geschluckt“ im Hinblick auf positive finanzielle Auswirkungen. Auch ihr Ehemann, dessen Adoption durch den Beteiligten zu 2 nie angedacht gewesen sei, habe nur zugestimmt mit dem Hinweis, dass man „Sechs Richtige im Lotto“ nicht ausschlagen dürfe. Bei der Adoption stehe die finanzielle Absicherung der Beteiligten zu 1 und ihrer drei Kinder im Vordergrund, wie ihre Äußerung zeige, dass sie sich vielleicht auch gegen die Adoption entschieden hätte, wenn sie jetzt nicht in dieser schwierigen finanziellen Situation wäre. Dem Beteiligten zu 2 gehe es vor allem um die Sicherstellung der eigenen Pflege. Die gut funktionierende Beziehung zwischen dem Patenonkel und der Mutter seines Patenkindes, die Hoffnung des Anzunehmenden auf eine Versorgung im Alter und die wirtschaftlichen Interessen der Anzunehmenden rechtfertigten eine Annahme als Kind nicht hinreichend.

2. Die Entscheidung des LG ist aus Rechtsgründen (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht zu beanstanden.

a) Gemäß § 1767 Abs. 1 Hs. 1 BGB kann ein Volljähriger als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich

gerechtfertigt ist. Das ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist (§ 1767 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Andernfalls muss bei objektiver Betrachtung bestehender Bindungen und ihrer Entwicklungsmöglichkeiten das Entstehen einer Eltern-Kind-Beziehung für die Zukunft zu erwarten sein (vgl. BayObLG, FamRZ 2005, 546 m. w. N.). Für die sittliche Berechtigung der Adoption kommt es vorwiegend auf die Herstellung eines echten Eltern-Kind-Verhältnisses, eines sozialen Familienbandes an, das seinem ganzen Inhalt nach dem durch die natürliche Abstammung geschaffenen Band ähnelt, das unter Erwachsenen wesentlich durch eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand geprägt ist. Andere, nicht familienbezogene, vor allem wirtschaftliche Motive dürfen nicht ausschlaggebender Hauptzweck der Adoption sein (BayObLG, FamRZ 2005, 546).

Die Voraussetzungen für die Adoption eines Volljährigen müssen positiv festgestellt werden. Wenn nach der Abwägung aller in Betracht kommender Umstände begründete Zweifel verbleiben, ob die beantragte Adoption sittlich gerechtfertigt ist, muss der Adoptionsantrag abgelehnt werden (OLG München, MDR 2009, 333 = MittBayNot 2009, 232; OLG Köln, FGPrax 2007, 121; BayObLG, FamRZ 1996, 183).

b) Von diesen Grundsätzen ist das LG zutreffend ausgegangen. Seine Würdigung, dass zwischen den Beteiligten ein Eltern-Kind-Verhältnis derzeit nicht besteht, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Rechtsfehlerfrei konnten die Vorinstanzen darauf verweisen, dass die Kontakte zwischen den Beteiligten nicht das unter Verwandten übliche Maß übersteigen, zumal der Beteiligte zu 2 der Patenonkel eines Kindes der Beteiligten zu 1 ist. Das LG durfte aufgrund der Gesamtumstände auch Zweifel daran hegen, dass in Zukunft ein Eltern-Kind-Verhältnis entstehen wird. Dabei konnte es auch die bestehenden familiären Bindungen der Beteiligten zu 1 insbesondere zu ihren eigenen leiblichen Eltern in die Würdigung einbeziehen und die Angaben der Beteiligten und des Ehemannes der Beteiligten zu 1 bei ihrer Anhörung vor dem Vormundschaftsgericht dahin werten, dass bei der beabsichtigten Adoption ein Bedürfnis nach finanzieller Absicherung der Beteiligten zu 1 im Zusammenhang mit ihrer derzeitigen Situation aufgrund der Trennung von ihrem Ehemann im Vordergrund steht.

c) Soweit die weitere Beschwerde vorbringt, die Beweisaufnahme habe eindeutig ergeben, dass zwischen den Beteiligten seit langem ein einer familiären Bindung gleichstehendes geistiges Band bestehe und in den letzten Jahren sehr intensiv geworden sei, woran sich angesichts der konkreten Situation beider Beteiligter auch auf viele Jahre nichts ändern werde, setzt sie ihre eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des LG. Damit kann sie im Verfahren der weiteren Beschwerde keinen Erfolg haben. Die weitere Beschwerde erkennt weiter, dass das Vorliegen von Indizien für eine Eltern-Kind-Beziehung nicht dazu führt, dass die Adoption ausgesprochen werden muss. Notwendig ist vielmehr, dass das Tatsachengericht die Überzeugung gewinnt, dass ein solches vorliegt. Diese Überzeugung hat das LG wie das Vormundschaftsgericht aufgrund eingehender Würdigung der Gesamtumstände nicht gewonnen und deshalb zu Recht die Voraussetzungen für die Annahme der Beteiligten zu 1 als Kind des Beteiligten zu 2 als nicht gegeben erachtet.

10. BGB § 1684; FGG § 50 b (*Vollstreckbarkeit einer Umgangsregelung*)

1. **Haben die Eltern eines Kindes im Rahmen einer notariellen Trennungs- und Scheidungsvereinbarung eine**

**Umgangsregelung getroffen, die bewusst Spielräume insoweit enthält, dass exakte Zeiten nicht vorgegeben sind und aus wichtigem Grund ausgefallener Wochenendumsang am darauf folgenden Wochenende nachgeholt werden kann, obliegt es dem Familiengericht im Falle wiederholter Streitigkeiten über das Umgangsrecht, eine konkrete Umgangsregelung mit durchsetzbarem Inhalt zu treffen, die vollständig, vollziehbar und vollstreckbar sein muss.**

2. **Vollstreckbar ist eine Umgangsregelung nur dann, wenn sie hinreichend präzisiert ist. Dazu bedarf sie genauer Anordnungen über die Ausgestaltung des Umgangs nach Ort, Zeit, Häufigkeit, Abholen oder Bringen des Kindes. Insbesondere muss nach Datum und Uhrzeit bestimmbar sein, wann der Umgang beginnt und endet. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Oldenburg, Beschluss vom 6.7.2009, 13 UF 54/09

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist bislang nicht mit Gründen abgedruckt.

11. BGB §§ 2325 Abs. 1, 2310 Satz 2 (*Pflichtteilsergänzung wegen Abfindung für Erbverzicht*)

1. **Wegen der Abfindung, die der Erblasser für den Verzicht eines Abkömmlings auf das gesetzliche Erbrecht leistet, steht einem weiteren Abkömmling ein Pflichtteilergänzungsanspruch im Hinblick auf die Erhöhung seiner Pflichtteilsquote nach § 2310 Satz 2 BGB grundsätzlich nicht zu.**

2. **Das setzt voraus, dass sich die Abfindung in dem Zeitpunkt, in dem sie erbracht wird, der Höhe nach im Rahmen der Erberwartung des Verzichtenden hält. Auf den Wert eines vom Verzichtenden zu beanspruchenden Pflichtteils kommt es insoweit nicht an (der abweichende Standpunkt im Urteil des BGH vom 8.7.1985, NJW 1986, 127 unter II 2 wird aufgegeben).**

3. **Für die Frage, ob die vom Erblasser gewährte Leistung über ein Entgelt oder eine angemessene Abfindung für den Erbverzicht hinausgeht, kann sich der Pflichtteilsberechtigte auf die in der Rechtsprechung bei gemischten Schenkungen anerkannte Beweiserleichterung berufen. Danach ist eine Schenkung zu vermuten, soweit zwischen Leistung und Gegenleistung ein objektives, über ein geringes Maß deutlich hinausgehendes Missverhältnis besteht.**

BGH, Urteil vom 3.12.2008, IV ZR 58/07; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Klägerin macht Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach ihrer am 9.2.1997 verstorbenen Mutter gegen die Beklagte zu 1, ihre Nichte, als Alleinerbin geltend; zugleich nimmt sie den Beklagten zu 2 als Testamentsvollstrecker auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlass in Anspruch.

Die Schwester der Klägerin (und Mutter der Beklagten zu 1) hatte in einem notariellen Vertrag vom 31.3.1989 in Vorwegnahme der Erbfolge gegen Übertragung eines Grundstücks ihrer Mutter sowie gegen Zahlung von 20.000 DM durch ihren Vater auf ihre gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechte nach beiden Eltern für sich und ihre Abkömmlinge verzichtet. Anfang der 90er-Jahre kam es zu einem Scheidungsverfahren der Eltern, bei dem die Klägerin den Vater als Rechtsanwältin vertrat. Im Jahre 1994 starb die Schwester der Klägerin. Mit notariellem Testament vom 24.1.1995 setzte die Mutter die Beklagte

zu 1 als Alleinerbin ein und entzog der Klägerin den Pflichtteil; weiter ordnete sie Testamentsvollstreckung an.

Die Erblasserin verlangte noch zu ihren Lebzeiten die gerichtliche Feststellung der Wirksamkeit u. a. des Vertrages vom 31.3.1989, nachdem die Klägerin Bedenken im Hinblick auf Fehlvorstellungen und Schwerhörigkeit des Vaters geäußert hatte. Gegen die der Klage stattgebenden Instanzurteile legte die Klägerin Rechtsmittel ein; das Verfahren wurde auf Seiten der bereits vor Erlass des landgerichtlichen Urteils verstorbenen Erblasserin vom Testamentsvollstrecker fortgeführt. Aufgrund eines weiteren, nach dem Erbfall von der Klägerin eingeleiteten Verfahrens steht die Unwirksamkeit der Pflichtteilsentziehung rechtskräftig fest. Daraufhin leisteten die Beklagten auf die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Ansprüche eine Zahlung von 119.639,91 €. Nach Ansicht der Klägerin stehen ihr weitere, diese Zahlung übersteigende Ansprüche zu.

*Aus den Gründen:*

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet; die Revision der Beklagten hat zum Teil Erfolg.

#### I.

Das Berufungsgericht hat höhere als die vom LG ermittelten Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche verneint. Das LG habe Kosten der Testamentsvollstreckung i. H. v. 20.000 DM im vorliegenden Fall mit Recht als Passivposition bei der Ermittlung des Nachlasswerts gemäß § 2311 BGB berücksichtigt. In Anbetracht des fast eine Dekade andauernden erbitterten Streits der Parteien, der sich in der Berufungsverhandlung eindrucksvoll bestätigt habe, sei davon auszugehen, dass die Testamentsvollstreckung hier nicht in erster Linie den Interessen der Erbin diene, sondern der Verwaltung des Nachlasses. Soweit das LG ferner Korrespondenzanwaltsgebühren des Testamentsvollstreckers i. H. v. 9.886,10 DM abgesetzt habe, gehe es um den von der Klägerin begonnenen Rechtsstreit gegen die Pflichtteilsentziehung; dass der Testamentsvollstrecker gegen die Feststellung der Unwirksamkeit schließlich noch das Revisionsgericht angerufen habe, sei nicht willkürlich. Einen Anspruch auf Pflichtteilsergänzung könne die Klägerin nicht aus dem notariellen Vertrag vom 31.3.1989 herleiten. Das Testament vom 24.1.1995 sei so viel später verfasst worden, dass kein Anhalt für eine Absicht der Erblasserin zu erkennen sei, die Klägerin zu benachteiligen. Vielmehr sei erst nach dem Vertrag vom 31.3.1989 der schwere Konflikt in der Familie der Erblasserin ausgebrochen, der die Abweicheung des Testaments von den bei Abschluss des Vertrages vom 31.3.1989 bestehenden Vorstellungen erkläre. Die Ansprüche der Klägerin seien aber von vornherein i. H. v. 118.635,32 € begründet gewesen. (...)

#### II.

Soweit das Berufungsgericht einen den Betrag von 118.635,32 € übersteigenden Pflichtteilsanspruch sowie Pflichtteilsergänzungsansprüche verneint hat, hält seine Entscheidung – wenn auch überwiegend nur im Ergebnis – den Angriffen der Revision der Klägerin stand.

1. Nach Rechtsprechung und herrschender Meinung in der Literatur bleiben Kosten der Testamentsvollstreckung, die auf einer den Pflichtteilsberechtigten beeinträchtigenden, den Testamentsvollstrecker möglicherweise sogar im Sinne eines Vermächtnisses begünstigenden letztwilligen Verfügung beruhen, bei § 2311 BGB grundsätzlich außer Ansatz; sie können aber berücksichtigt werden, soweit die Testamentsvollstreckung auch für den Pflichtteilsberechtigten von Vorteil ist, etwa wenn dadurch Kosten der Feststellung oder Sicherung des Nachlasses gespart werden (vgl. BGHZ 95, 222, 228; *Staudinger/Haas*, BGB, 2006, § 2311 Rdnr. 40; *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl., § 2311 Rdnr. 14; *Soergel/Dieckmann*,

BGB, 13. Aufl., § 2311 Rdnr. 13; gegen jede Ausnahme aus Gründen der Rechtsklarheit *Kuchinke*, JZ 1986, 90, 91).

Hier ist der Tatrichter rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt, dass angesichts der verhärteten Fronten in der Familie die Einschaltung des Testamentsvollstreckers zur Versachlichung beigetragen und daher auch dem Interesse der Klägerin als Pflichtteilsberechtigter gedient habe. Im notariellen Testament vom 24.1.1995 hat die Erblasserin bezeichnenderweise Testamentsvollstreckung „auf die Dauer von 5 Jahren, jedenfalls aber bis zur Beendigung jeglicher gerichtlicher Erbverfahren nach meinem Ableben“ angeordnet. Immerhin sind, nachdem die Unwirksamkeit der Pflichtteilsentziehung geklärt war, 119.639,41 € an die Klägerin gezahlt worden, worauf das LG in diesem Zusammenhang hingewiesen hat. Danach ist der Abzug der Testamentsvollstreckerkosten i. H. v. 20.000 DM von dem nach § 2311 BGB zu bestimmenden Nachlasswert nach den besonderen Umständen des vorliegenden Einzelfalles nicht zu beanstanden.

2. Zu Unrecht wendet sich die Klägerin auch gegen den Abzug von 9.886,10 DM Korrespondenzanwaltskosten des Testamentsvollstreckers. Sie sind nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien in der Berufungsinstanz nicht – wie das Berufungsgericht gemeint hat – in dem von der Klägerin nach dem Erbfall eingeleiteten Verfahren gegen die Beklagten des vorliegenden Verfahrens auf Feststellung der Unwirksamkeit der Pflichtteilsentziehung entstanden. Vielmehr geht es um das von der Erblasserin noch zu ihren Lebzeiten begonnene Verfahren gegen ihren Ehemann und gegen die Klägerin des vorliegenden Verfahrens, mit dem sie u. a. die Wirksamkeit des notariellen Vertrages vom 31.3.1989 festgestellt wissen wollte. Als das landgerichtliche Urteil in jenem Verfahren erging, war die Erblasserin schon gestorben; der Beklagte zu 2 verteidigte als Testamentsvollstrecker das der Erblasserin günstige Urteil gegen die Rechtsmittel der Klägerin des vorliegenden Verfahrens. Die hier streitigen Korrespondenzanwaltskosten sind entstanden, nachdem die Klägerin Revision gegen das ihre Berufung zurückweisende Urteil des OLG eingelegt hatte.

Auch wenn das Berufungsgericht nicht das zutreffende Verfahren vor Augen gehabt hat, ging es hinsichtlich der Wirksamkeit des Erbverzichts der Schwester der Klägerin im notariellen Vertrag vom 31.3.1989 um eine Streitfrage, deren gerichtliche Klärung für die Höhe der Pflichtteilsquote von Bedeutung (§ 2310 Satz 2 BGB) und damit auch für die Klägerin von Nutzen war. Hinzu tritt, dass die Klägerin selbst als Revisionsklägerin den weiteren Instanzenzug und damit die streitigen, den Nachlass schmälernenden Kosten des Beklagten zu 2 veranlasst hat (vgl. BGH, LM BGB § 2311 Nr. 12). Mithin haben die Vorinstanzen die streitigen Kosten mit Recht bei der Ermittlung des für den Pflichtteilsanspruch maßgebenden Nachlasswerts abgesetzt.

3. Nach Meinung der Klägerin ist das Grundstück, das ihrer Schwester neben einer Zahlung von 20.000 DM als Abfindung für den Erbverzicht im notariellen Vertrag vom 31.3.1989 übertragen worden ist, eine unentgeltliche Leistung der Erblasserin, die einen Anspruch auf Pflichtteilsergänzung aus § 2325 Abs. 1 BGB begründe. Soweit der Erbverzicht eine Erhöhung der Pflichtteilsquote der Klägerin nach § 2310 Satz 2 BGB zur Folge habe, erreiche sie nicht den Wert des Grundstücks beim Erbfall. Diese Rügen greifen, auch wenn das Berufungsgericht die insoweit erheblichen Gesichtspunkte nicht geprüft hat, im Ergebnis nicht durch.

a) Nach wohl noch herrschender Meinung in der Literatur stellt die Abfindung für einen Erbverzicht, soweit sie sich am Wert des Erbteils orientiert und nicht deutlich über ihn hin-

ausgeht, keine Schenkung, sondern ein entgeltliches Geschäft dar (so etwa *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 5. Aufl., § 7 V 3 und § 37 X 2 f.; ebenso *Rheinbay*, Erbverzicht – Abfindung – Pflichtteilergänzung, 1983, S. 137; *Rheinbay*, ZEV 2000, 278, 279; *Theiss/Boger*, ZEV 2006, 143, 144 f.; zu weiteren Nachweisen vgl. *Staudinger/Schotten*, BGB, 2004, § 2346 Rdnr. 124). Soweit ein entgeltliches Geschäft vorliegt, ist der Anwendungsbereich von § 2325 BGB von vornherein nicht eröffnet.

b) In der Rechtsprechung ist die Abfindung für einen Erbverzicht dagegen als unentgeltliche Zuwendung eingeordnet worden (BGH, NJW 1986, 127 unter II 2; BGHZ 113, 393, 397 = DNotZ 1992, 38 für das Recht der Gläubigeranfechtung). Diese Auffassung wird zunehmend auch im Schrifttum geteilt. Dabei wird § 2325 BGB aber mit Rücksicht auf eine infolge des Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht eintretende Erhöhung des Pflichtteils nach § 2310 Satz 2 BGB einschränkend ausgelegt: Hält sich die Abfindung in dem Zeitpunkt, in dem sie erbracht wird, der Höhe nach im Rahmen der Erberwartung des Verzichtenden, wird davon ausgegangen, dass sie grundsätzlich zugunsten des Pflichtteilsberechtigten durch § 2310 Satz 2 BGB kompensiert wird. Der Pflichtteilsberechtigte soll wegen derselben, für den Erbverzicht eines gesetzlichen Erben geleisteten Abfindung nicht neben dem erhöhten Pflichtteil auch noch einen Ergänzungsanspruch erhalten. Eine Pflichtteilergänzung komme danach nur in Betracht, soweit die Leistung des Erblassers an den Verzichtenden über eine angemessene Abfindung für dessen Erbverzicht hinausgeht (vgl. OLG Hamm, ZEV 2000, 277 f.; insoweit zustimmend *Rheinbay*, ZEV 2000, 279; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl., § 2325 Rdnr. 16; *MünchKommBGB/Lange*, § 2325 Rdnr. 17; *Soergel/Dieckmann*, § 2325 Rdnr. 18; *Staudinger/Schotten*, § 2346 Rdnr. 128, 136, ihm folgend *Staudinger/Olshausen*, 2006, § 2325 Rdnr. 7, 9).

c) Danach kommt es im vorliegenden Fall nicht darauf an, ob die für den Erbverzicht gewährte Abfindung eine entgeltliche oder eine unentgeltliche Leistung war. In jedem Fall unterliegt der Pflichtteilergänzung nach § 2325 Abs. 1 BGB nur, was über ein Entgelt bzw. über eine angemessene Abfindung hinausgeht. Dabei ist auf den Wert des Erbteils abzustellen, auf den verzichtet wird, nicht etwa auf den Wert des dem Verzichtenden zustehenden Pflichtteils. Soweit dem Urteil des BGH vom 8.7.1985, NJW 1986, 127, eine andere Auffassung zu entnehmen ist, wird sie von dem für das Erbrecht zuständigen, erkennenden Senat aufgegeben.

d) Für die Frage, ob die vom Erblasser zu seinen Lebzeiten gewährte Leistung über ein Entgelt oder eine angemessene Abfindung für den Erbverzicht hinausgeht, kann sich der Pflichtteilsberechtigte auf die in der Rechtsprechung bei gemischten Schenkungen anerkannte Beweiserleichterung berufen. Danach ist eine Schenkung zu vermuten, soweit zwischen Leistung und Gegenleistung ein objektives, über ein geringes Maß deutlich hinausgehendes Missverhältnis besteht (BGHZ 82, 274, 281 f.; BGH, NJW 1995, 1349 unter 3 b; ZEV 2002, 282 unter 3 c).

e) Im vorliegenden Fall ist aber nicht ersichtlich, dass die Abfindung, die die Schwester der Klägerin erhalten hat, nicht schon durch Erhöhung der Pflichtteilsquote der Klägerin nach § 2310 Satz 2 BGB ausgeglichen würde. Aus dem notariellen Vertrag vom 31.3.1989 ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Abfindung über den Wert der Hälfte des Nachlasses der Eltern hinausging, auf die die Schwester verzichtet hat. Die Bemerkung im Urteil des LG, nach den vom Gericht eingeholten Gutachten habe die Klägerin bezogen auf das Jahr 1989 objektiv 133.000 DM mehr als die (sich auf

793.000 DM belaufende) Hälfte des damals in Betracht kommenden Nachlasswerts erhalten, belegt kein auffallendes, grobes Missverhältnis, aus dem auf eine auch subjektiv von den Vertragsparteien erkannte und gewollte Unentgeltlichkeit zu schließen wäre. Das macht die Revision der Klägerin auch nicht geltend. Vielmehr dürften die Beteiligten des notariellen Vertrages vom 31.3.1989 die Übertragung des Grundstücks der Erblasserin auf die Schwester der Klägerin noch nicht für einen angemessenen Ausgleich ihres Erbverzichts nach beiden Eltern gehalten haben. Denn der Vater der Klägerin hat deren Schwester zusätzlich noch 20.000 DM gegeben. Dass die Erblasserin die Tochter dieser Schwester, die Beklagte zu 1, (und nicht die Klägerin) nach wesentlichen Änderungen in den Familienverhältnissen 1995 als Alleinerbin eingesetzt hat, ändert an der Höhe des der Klägerin zustehenden Pflichtteils und der Bewertung der für den Erbverzicht ihrer Schwester im Jahre 1989 vereinbarten Abfindungen nichts. (...)

## Anmerkung:

### 1. Tatsächlicher Hintergrund

Der entschiedene Sachverhalt gab dem BGH Gelegenheit, zu dem Spannungsfeld aus Erbverzicht gegen Abfindung auf der einen Seite und daraus möglicherweise resultierenden Pflichtteilergänzungsansprüchen weiterer Personen auf der anderen Seite und damit letztlich zur Frage des Schenkungscharakters des Erbverzichts Stellung zu nehmen. Leider bringt die Entscheidung für diese Kernfrage aber keine abschließende Klarheit.

Der Entscheidung gingen bereits mehrere weitere Verfahren voraus. Der Tatbestand gibt beredtes Zeugnis davon, dass die Beteiligten das Repertoire erbrechtlicher Streitigkeiten weitgehend ausgeschöpft haben:<sup>1</sup> Ausgehend von der streitgegenständlichen Überlassung als Abfindung für einen Erbverzicht über das Anzweifeln von deren Rechtswirksamkeit und eine versuchte (und – wie häufig – erfolglose) Pflichtteilsentziehung bis hin zur Geltendmachung von Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüchen, die Gegenstand dieser Entscheidung sind.

### 2. Rechtlicher Hintergrund

Der Pflichtteilsanspruch war vorliegend weitgehend unproblematisch gegeben, so dass der Rechtsstreit diesbezüglich von den Parteien bereits im Berufungsverfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt werden konnte. Dem BGH blieb nun die Klärung der Frage, ob die als Abfindung ausgestaltete Überlassung von Grundbesitz, die die (zwischenzeitlich verstorbene) Schwester der Klägerin für einen Erbverzicht gegenüber der gemeinsamen Mutter und Erblasserin erhalten hat, einen Pflichtteilergänzungsanspruch der Klägerin auslöst.

Der Pflichtteilergänzungsanspruch soll eine Aushöhlung des Pflichtteilsanspruchs seitens des Erblassers durch „Wegschenken“ von Teilen der potenziellen Nachlassmasse verhindern,<sup>2</sup> indem der Pflichtteilsberechtigte gemäß § 2325 BGB verlangen kann, dass sein Pflichtteil – vereinfacht – so berechnet wird, als befände sich der der Pflichtteilergänzung

<sup>1</sup> Die Entscheidung bezieht sich auf „eine Dekade andauernden erbitterten Streits der Parteien“.

<sup>2</sup> Freilich gemäß § 2325 Abs. 3 BGB zeitlich begrenzt auf zehn Jahre. Vgl. zum Pflichtteilergänzungsanspruch allgemein: *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl. 2004, § 2325 BGB Rdnr. 1; *Reimann/Bengel/Mayer/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, Teil A Rdnr. 158.

unterliegende Vermögensgegenstand noch im Nachlass. Voraussetzung für jeden Pflichtteilergänzungsanspruch ist demnach eine Schenkung i. S. v. § 516 BGB, also *objektiv* eine Bereicherung des Empfängers der Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers und *subjektiv* eine Einigung von Erblasser und Empfänger der Zuwendung über die (zumindest teilweise) Unentgeltlichkeit.<sup>3</sup> Das Vorliegen des subjektiven Elements wird dann vermutet, wenn objektiv ein grobes Missverhältnis aus Leistung und Gegenleistung vorliegt.<sup>4</sup>

Daraus lässt sich bereits ableiten, dass der Erbverzicht als solcher (also das abstrakte erbrechtliche Verfügungsgeschäft), auch wenn dieser ohne Gegenleistung erklärt wird, regelmäßig schon objektiv keine Schenkung ist: Denn der Erbverzicht führt aktuell weder zu einer Vermögensminderung beim Verzichtenden, noch zu einer Vermögensmehrung beim Erblasser,<sup>5</sup> da das künftige Erbrecht kein bestehender Anspruch, nicht einmal ein Anwartschaftsrecht, sondern lediglich eine Aussicht auf einen eventuellen Anspruch ist.<sup>6</sup>

Eine Schenkung kann demnach allenfalls beim Erbverzicht mit Gegenleistung vorliegen. Bei diesem ist der Erbverzicht selbst aus genannten Gründen zwar ebenfalls nicht Gegenstand der Schenkung. Für die Abfindung ist diese Frage jedoch umstritten.

### 3. Inhalt der Entscheidung

Nach einer im Schrifttum verbreiteten, im Urteil als noch herrschende Meinung bezeichneten Auffassung ist eine Abfindung, die für einen Erbverzicht geleistet wird und sich am Wert des Erbteils orientiert, keine Schenkung, sondern ein entgeltliches Rechtsgeschäft.<sup>7</sup> Nach dieser Auffassung käme vorliegend ein Pflichtteilergänzungsanspruch schon mangels Schenkung nicht in Betracht. Dabei wird folgende Überlegung zugrundegelegt: Abfindung und Erbverzicht stehen sich als Gegenleistungen gegenüber. Welche andere Größe als die zu erwartende Erbaussicht soll der Verzichtende zum Wertmaßstab für die geforderte Abfindung nehmen? Er wird vom Erblasser regelmäßig eine an der erwarteten Erbaussicht orientierte Abfindung verlangen. Ist die Abfindung höher, darf man von Freigebigkeit ausgehen.

Die bisherige Rechtsprechung<sup>8</sup> und eine im Vordringen befindliche Auffassung in der Literatur<sup>9</sup> sehen in der Abfindung für den Erbverzicht hingegen eine unentgeltliche Zuwendung. Letztlich handele es sich bei der Abfindung um nichts anderes als einen speziellen Fall der Überlassung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, bei der ein Erbverzicht als Gegenleistung erbracht werde („Abfindung gegen Erbverzicht“).<sup>10</sup> Da der Erbverzicht selbst keinen Zuwendungscharakter hat, kann die Abfindung nach dieser Ansicht Schenkung sein und einen Pflichtteilergänzungsanspruch auslösen.

<sup>3</sup> Siehe nur *Staudinger/Olshausen*, BGB, 2006, § 2325 Rdnr. 2 m. w. N.

<sup>4</sup> St. Rspr.: BGHZ 59, 132, 136; 82, 274, 281 f.; BGH, NJW 1986, 127, 129; 2002, 2469.

<sup>5</sup> So zutreffend *Staudinger/Schotten*, BGB, 2004, § 2346 Rdnr. 121.

<sup>6</sup> Ebenso *Theiss/Boger*, ZEV 2006, 143, 144.

<sup>7</sup> *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 5. Aufl., § 7 V 3 und § 37 X 2 f.; *Heinrich*, MittRhNotK 1995, 157, 158 f.; *Theiss/Boger*, ZEV 2006, 143, 144 f.

<sup>8</sup> Siehe die Andeutung dieser Auffassung in BGH, NJW 1986, 127, wo ein möglicher Pflichtteilergänzungsanspruch als Vorfrage zu einer Auskunftsklage zu prüfen war; BGH, NJW 1991, 1610 für den Fall der Gläubigeranfechtung.

<sup>9</sup> *Staudinger/Schotten*, § 2346 Rdnr. 123 f.

<sup>10</sup> *Staudinger/Schotten*, § 2346 Rdnr. 123.

Auf der Rechtsfolgenseite wirft dies allerdings das Problem auf, dass es beim Pflichtteilsberechtigten nicht zu einer Überkompensation der Schmälerung der Nachlassmasse durch die Abfindung kommen darf: Der Pflichtteilsberechtigte profitiert schließlich schon durch die Erhöhung der Pflichtteilsquote aufgrund des Wegfalls des Verzichtenden als Zählerbe gemäß § 2310 Satz 2 BGB. Erhält er zusätzlich noch den Pflichtteilergänzungsanspruch, kann es zu einer unangemessenen Doppelberücksichtigung kommen. Dies soll dadurch vermieden werden, dass nur dann ein Pflichtteilergänzungsanspruch zugesprochen wird, wenn die Abfindung die Erberwartung übersteigt.<sup>11</sup> Bei der Beurteilung, ob eine Abfindung den Rahmen der Erberwartung einhält, gesteht der BGH in Fortsetzung seiner Rechtsprechung – wie in anderen Fällen fraglicher Entgeltlichkeit<sup>12</sup> – den Beteiligten einen gewissen Einschätzungsspielraum zu.<sup>13</sup>

Vermeintlich dem Grundsatz folgend, dass im Urteil nur das entschieden werden soll, was entschieden werden muss, lässt der BGH in der vorliegenden Entscheidung die von ihm bevorzugte Auffassung im Unklaren. Zu Unrecht! Denn bevor die Frage der Höhe und Bemessung eines Pflichtteilergänzungsanspruchs erörtert werden kann, muss geklärt sein, ob überhaupt ein solcher Anspruch in Betracht kommt. Dies setzt eine Einordnung der Abfindung als entgeltlich oder unentgeltlich voraus. Diese Gelegenheit ließ der BGH ungenutzt.<sup>14</sup>

### 4. Inhaltliche Würdigung

Die in der Entscheidung leider offen gebliebene Frage, ob die Abfindung grundsätzlich als unentgeltlich und somit als möglicher Auslöser für Pflichtteilergänzungsansprüche angesehen werden muss, oder ob der Erbverzicht als Gegenleistung zu einem entgeltlichen Leistungsaustausch führt, ist für die notarielle Praxis von zentralem Interesse. Bei der Klärung ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz selbst mit der Veränderung des Zählfaktors gemäß § 2310 Satz 2 BGB beim Pflichtteilsanspruch ein Kompensationsmodell enthält,<sup>15</sup> das eine weitere Berücksichtigung grundsätzlich ausschließt,<sup>16</sup> zumal diese – wie bereits gezeigt – nicht selten zu einer Überkompensation führen wird, die ihrerseits einer Korrektur<sup>17</sup> bedürfte, ohne dass die Korrekturmechanismen endgültig geklärt wären. Dies entwertet den Erbverzicht als erbrechtliches Gestaltungsmittel<sup>18</sup> und in seiner Befriedungsfunktion, wenn er absehbar zu Streitigkeiten über die Kompensationshöhe führt,<sup>19</sup> und mag für eine Einordnung der Abfindung für einen Erbverzicht außerhalb des Bereichs der Pflichtteilergänzung, also letztlich als entgeltliches Geschäft, sprechen. Allerdings liegt dann die Gegenleistung des Verzichtenden aus Sicht des Erblassers in der Erlangung der erbrechtlichen Gestaltungs-

<sup>11</sup> OLG Hamm, ZEV 2000, 277 f. m. Anm. *Rheinbay*; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 68. Aufl. 2009, § 2325 Rdnr. 16.

<sup>12</sup> Vgl. etwa BGHZ 82, 274, 281 f.; BGH, NJW 2002, 2469; MittBayNot 2008, 225 f. m. Anm. *Dietz*.

<sup>13</sup> Mit *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 2 Rdnr. 113 f., darf man diesen Einschätzungsspielraum wohl bei 20 % ansetzen.

<sup>14</sup> So auch *Schindler*, ZEV 2009, 81.

<sup>15</sup> MünchKommBGB/Lange, § 2310 Rdnr. 17.

<sup>16</sup> Siehe auch Mot. V, 404; Prot. V, 613.

<sup>17</sup> Zu Recht kritisiert *Rheinbay*, ZEV 2000, 278, 279, dass eine einheitliche Linie, wie diese Einschränkung der Kompensation – angesichts der völlig unterschiedlichen Ansätze von § 2310 Satz 2 BGB und § 2325 BGB – erfolgen soll, weitgehend fehlt.

<sup>18</sup> So auch OLG Hamm, ZEV 2000, 277; MünchKommBGB/Lange, § 2310 Rdnr. 17.

<sup>19</sup> Vgl. *Rheinbay*, ZEV 2000, 278.

freiheit, die zwar – wie jeder Gestalter letztwilliger Verfügungen weiß – faktisch einen gewissen wirtschaftlichen Wert hat. Aber es fehlt an jeder Vermögensverschiebung und mithin an der objektiven Voraussetzung einer Schenkung. Nach richtiger Auffassung<sup>20</sup> kann die Verzichtserklärung im Falle der Abfindung konsequent auch keine Gegenleistung sein.

Festzuhalten ist somit, dass die Abfindung beim Erbverzicht grundsätzlich als unentgeltlich einzuordnen ist. Wegen der Gefahr der Überkompensation beim Pflichtteilsberechtigten ist beim Erbverzicht aber der Pflichtteilsergänzungsanspruch so zu begrenzen, dass der Zählvorteil gemäß § 2310 Satz 2 BGB anspruchsmindernd berücksichtigt wird. Der BGH sieht diese Grenze (pauschal) solange gewahrt, wie die Beteiligten von einer Gleichwertigkeit bei Leistung und Gegenleistung ausgehen, was dann nicht mehr angenommen werden kann, wenn sich ein objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung feststellen lässt.<sup>21</sup>

Zur Frage, was Bemessungsgrundlage für die Angemessenheit der Abfindung sein soll, kommt es nach Ansicht des erkennenden Senats in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung, die an die Höhe des zu erwartenden Pflichtteilsergänzungsanspruchs angeknüpft hat,<sup>22</sup> nicht auf den zu erwartenden Pflichtteil, sondern auf den zu erwartenden Erbteil des Verzichtenden an. Richtig ist: Mehr als den Erbteil wird der Erblasser als *homo oeconomicus*<sup>23</sup> jedenfalls nicht zu zahlen bereit sein. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass er seine erbrechtliche Freiheit auch schon mit einem bloßen Pflichtteilsverzicht erhalten könnte, bei dem sich die Bezugsgröße für die Abfindung auch aus Sicht des Verzichtenden wohl im Rahmen des zu erwartenden Pflichtteils halten müsste. Warum soll also der Erblasser für den Erbverzicht, der ihm keine größere Testierfreiheit zu vermitteln mag, mehr zahlen?<sup>24</sup> Diese Frage wird von den Entscheidungsgründen leider nicht beantwortet. Bedauerlicherweise begründet der BGH seine Abkehr vom bisherigen Maßstab (Pflichtteilsanspruch) überhaupt nicht. Die vorstehend vorgenommene wirtschaftliche Betrachtung legt es m. E. angesichts des vom Senat angelegten Vergleichs von Leistung und Gegenleistung näher, wie bisher an die Größenordnung des zu erwartenden Pflichtteilsanspruchs anzuknüpfen.

Indes kann diese Anknüpfung insgesamt nicht überzeugen: Geht man beim eigentlichen Verzicht ohne Abfindung von einem fehlenden Vermögensopfer aus, kann dieser im Abfindungsfalle nicht Gegenleistung sein. Vielmehr ist die Abfindung grundsätzlich unentgeltliche Zuwendung, die letztlich ein Mittel der Gestaltung vorweggenommener Erbfolge ist.<sup>25</sup> Die Abfindung für Pflichtteils- und Erbverzicht löst daher grundsätzlich Pflichtteilsergänzungsansprüche aus. Nichts anderes gilt für den Zuwendungsverzicht als Sonderform des Erbverzichts.<sup>26</sup> Lediglich beim Erbverzicht muss wegen der Gefahr der Überkompensation durch den gesetzlichen Pau-

schalausgleich gemäß § 2310 Satz 2 BGB ggf. an eine Begrenzung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gedacht werden. Dazu ist der Pflichtteilsergänzungsanspruch im Vergleich mit und ohne Berücksichtigung des durch § 2310 Satz 2 BGB geänderten Zähhfaktors zu berechnen. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch wegen der Abfindung ist dann um den Teil zu kürzen, der bereits durch den geänderten Zähhfaktor beim ordentlichen Pflichtteilsanspruch enthalten ist.<sup>27</sup> Die Höhe des zu erwartenden Pflicht- oder Erbteils zum Zeitpunkt der Abgabe des Verzichts ist daher belanglos.

## 5. Ergebnis

Für die Gestaltung von Erb- oder Pflichtteilsverzichtserklärungen gegen Abfindung wird man sich aber – trotz der dargelegten Bedenken – an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientieren. Demnach kann derzeit davon ausgegangen werden, dass eine „angemessene“ Abfindung keine Pflichtteilsergänzungsansprüche auslöst. Hinsichtlich der Angemessenheit erweitert der BGH mit der vorliegenden Entscheidung nunmehr den Spielraum auf den zu erwartenden Erbteil. Angesichts der in diesem Punkt fehlenden Argumentation im Urteil und m. E. maßgeblicher Argumente, die – wenn schon auf Leistung und Gegenleistung abgestellt werden soll – eher für eine Begrenzung auf den zu erwartenden Pflichtteil sprechen, ist dieser neue Spielraum jedoch wohl eher als zartes Pflänzchen anzusehen.<sup>28</sup> Der gewissenhafte Berater wird bei den Beteiligten ohnehin darauf drängen, dass etwaige weitere Pflichtteilsberechtigten an entsprechenden Überlassungen ihrerseits mit einem (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzicht mitwirken. Freilich ist dies – aus unterschiedlichen Gründen – nicht immer zu erreichen.

Abschließend noch ein Blick auf die schenkungsteuerliche Seite: Der Grundsatz, dass das Steuerrecht dem Zivilrecht folgt, ist zumindest insofern gewahrt, als der Erb- oder Pflichtteilsverzicht ohne Gegenleistung als solcher keine Schenkungsteuer auslöst.<sup>29</sup> Folgt man der hier vertretenen Auffassung von der Unentgeltlichkeit der Abfindung, so ergibt sich schon daraus, dass diese der Schenkungsteuer unterliegt. Der Gesetzgeber hat – wohl mit Blick auf die unsichere zivilrechtliche Einordnung der Abfindung – in § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG eine ausdrückliche Regelung aufgenommen, wonach die Abfindung vollständig der Schenkungsteuer unterliegt und der Verzicht keinen Abzugsposten bildet. Insofern ergibt sich ein Gleichlauf mit Abfindungszahlungen, die für einen ehevertraglich vereinbarten Unterhaltsverzicht gewährt werden und die – nach der Rechtsprechung des BFH<sup>30</sup> – ebenfalls voll der Schenkungsteuer unterliegen.

Notarassessor Dr. Florian M. Dietz, Fürth

<sup>20</sup> Vgl. *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2325 Rdnr. 13.

<sup>21</sup> So auch *MünchKommBGB/Lange*, § 2310 Rdnr. 17; *Rheinbay*, ZEV 2000, 278, 279.

<sup>22</sup> BGH, NJW 1986, 127, 129.

<sup>23</sup> Zu den utilitaristischen Grundlagen des Konzepts des *homo oeconomicus* siehe *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 22 ff., 29 ff.

<sup>24</sup> In dieser Richtung auch *Theiss/Boger*, ZEV 2006, 143, 145.

<sup>25</sup> So zu Recht *Staudinger/Schotten*, § 2346 Rdnr. 123 f., 127; ebenso nun *Staudinger/Olshausen*, § 2325 Rdnr. 7 in Abkehr zu der noch in der Voraufgabe vertretenen Gegenauffassung.

<sup>26</sup> Grundlegend hierzu *Kornelx*, Der Zuwendungsverzicht, 1998, Rdnr. 87–214.

<sup>27</sup> Vgl. *Staudinger/Schotten*, § 2346 Rdnr. 136; ausführlich zu Berechnungsmodellen und notwendiger Begrenzung des Anspruchs *Kornelx*, Der Zuwendungsverzicht, Rdnr. 193 f., 204.

<sup>28</sup> *Schindler*, ZEV 2009, 81 warnt ebenfalls vor „Gestaltungsphantasien“.

<sup>29</sup> *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2346 Rdnr. 37. Vgl. auch BFH, BStBl 1976 II, S. 17 zu einem aufschiebend bedingten Wiederkaufrecht.

<sup>30</sup> Hierzu BFH, MittBayNot 2008, 417.

12. BGB § 2295 (*Vertragsmäßige Erbeinsetzung mit Rücksicht auf vertragliche Unterhaltsverpflichtung*)

1. **Dass eine vertragsmäßige Erbeinsetzung „mit Rücksicht“ auf eine in einem gesonderten Überlassungsvertrag enthaltene Unterhaltsverpflichtung des Bedachten vorgenommen wurde, kann regelmäßig nicht allein aus dem Umstand geschlossen werden, dass beide Verträge am gleichen Tag abgeschlossen wurden.**
2. **Die Aufhebung der Gegenverpflichtung muss zumindest einen Beweggrund für den Rücktritt nach § 2295 BGB darstellen. Daran fehlt es, wenn der Erblasser die Aufhebung der Verpflichtung bestreitet.**

OLG München, Beschluss vom 16.4.2009, 31 Wx 90/08; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die kinderlose, verwitwete Erblasserin ist am 5.4.2007 im Alter von 96 Jahren verstorben. Ihr gleichaltriger Ehemann, mit dem sie seit 1960 verheiratet gewesen war, ist 1985 im Alter von 74 Jahren verstorben. Die Beteiligte zu 1, eine Nichte des Ehemanns, wurde von der Erblasserin mit notariellem Testament vom 30.6.2006 als Alleinerbin eingesetzt. Der Beteiligte zu 2 (geboren 1931), der angenommene Sohn des Erblassers aus erster Ehe, ist in dem zwischen ihm und beiden Ehegatten geschlossenen Erbvertrag vom 20.11.1970 als Schlusserbe eingesetzt. Beide Beteiligte haben jeweils einen Alleinerbschein beantragt.

Die Erblasserin hatte mit ihrem Ehemann am 21.1.1965 einen Erbvertrag errichtet, mit dem sich die Ehegatten gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben und den Beteiligten zu 2 als Erben des zuletzt Versterbenden einsetzten. Mit Erbvertrag vom 20.11.1970, der auch mit dem Beteiligten zu 2 geschlossen wurde, hoben die Ehegatten den Erbvertrag vom 21.1.1965 auf (Ziffer I) und setzten sich gegenseitig zu Alleinerben und den Beteiligten zu 2 als Schlusserben ein (Ziffer II). Unter Ziffer VI. wurde „klarstellend ... festgelegt, dass die unter Abschnitt II getroffenen Bestimmungen im Wege des Erbvertrages vereinbart sind, wobei (der Beteiligte zu 2) und der jeweilige Ehegatte ... soweit Letzterer nicht als Erblasser auftritt, Vertragspartner des Erblassers sind“.

Mit notariellem Vertrag vom selben Tag übertrug der Ehemann seine in Gemeinschaft mit dem Beteiligten zu 2 ausgeübte Zahnarztpraxis auf diesen. Der Beteiligte zu 2 verpflichtete sich darin zur Zahlung einer wertgesicherten monatlichen Unterhaltsrente von 1.000 DM an den Übergeber auf dessen Lebensdauer und von 600 DM an die Ehefrau des Übergebers nach dessen Ableben. Wegen dieser Zahlungsverpflichtungen unterwarf sich der Beteiligte zu 2 der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Mit der Beendigung seiner beruflichen Tätigkeit stellte der Beteiligte zu 2 ab September 1999 die Zahlung der Unterhaltsrente an die Erblasserin ein, nach seinem Vortrag in Absprache mit dieser. Am 21.10.2002 erteilte die Erblasserin dem Beteiligten zu 2 eine notarielle Vorsorgevollmacht. Mit Anwaltsschreiben vom 3.4.2006 widerrief sie diese Vollmacht und forderte den Beteiligten zu 2 außerdem zur Zahlung der Unterhaltsrente für die letzten sechs Jahre auf. Am 18.7.2006 ließ sie insoweit Vollstreckungsauftrag erteilen. Auf die Vollstreckungsabwehrklage des Beteiligten zu 2 wurde die Zwangsvollstreckung mit Beschluss vom 13.9.2006 einstweilen eingestellt.

Mit notarieller Urkunde vom 30.6.2006 erklärte die Erblasserin den Rücktritt von ihrem im Erbvertrag vom 20.11.1970 getroffenen Verfügungen wegen Verfehlung des Bedachten nach § 2294 BGB. Zur Begründung führte sie aus, dieser habe eine erteilte Vollmacht missbraucht und ihr Vermögen veruntreut. Er habe aus ihrer Wohnung Gegenstände entwendet und an sich genommen, wie z. B. persönliche Papiere, betriebliche Zeugnisse und Urkunden ihrer Eltern und Großeltern, ferner Grundbuchauszüge und Urkunden betreffend ihre Immobilien, fünf wertvolle Handtaschen, ein Lederkostüm, ein Trachtenkleid und Schmuck. Ebenfalls verschwunden seien ein Handkoffer mit Unterlagen für das Finanzamt, persönliche Aufzeichnungen und Adressbücher und eine Hutschachtel mit wertvollen Straußenfedern, ferner Fotos. Der Bedachte habe ohne ihr Wissen Geld aus Luxemburg zur Kreissparkasse überführt. Er habe sie über Jahre tief erniedrigt und respektlos behandelt und ihre Menschenwürde verletzt.

Die Rücktrittserklärung wurde dem Beteiligten zu 2 zugestellt. Mit notariellem Testament vom selben Tag wiederholte die Erblasserin

ihre Rücktrittserklärung und setzte die Beteiligte zu 1 zu ihrer Alleinerbin ein. Mit Nachtrag vom 14.7.2006 erklärte sie den Rücktritt auch bezüglich des Erbvertrags vom 21.1.1965. Mit notarieller Urkunde vom 20.3.2007 erklärte sie die Anfechtung der Erbverträge vom 20.11.1970 und 21.1.1965 aus allen erdenklichen rechtlichen Gründen und stützte diese insbesondere darauf, sie habe erstmals durch ein Anwaltsschreiben vom 28.2.2007 erfahren, dass es sich bei dem Beteiligten zu 2 um den Adoptivsohn ihres Ehemannes handle. In Kenntnis dieser Tatsache hätte sie die Erbverträge nicht abgeschlossen.

Aus den Gründen:

## II.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt: (...)
2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) im Wesentlichen nicht stand. Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass auch bei einem mehrseitigen Erbvertrag das gesetzliche Rücktrittsrecht nicht mit dem Tod eines Vertragspartners erlischt (vgl. *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., vor §§ 2274 ff. BGB Rdnr. 36; *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 2006, vor §§ 2274 ff. Rdnr. 21), denn § 2298 Abs. 2 Satz 2 BGB ordnet dies nur für das vertraglich vereinbarte Rücktrittsrecht an. Das LG hat aber zu Unrecht angenommen, dass die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 durch die Erblasserin „mit Rücksicht“ auf die im Überlassungsvertrag übernommene Unterhaltsverpflichtung erfolgt ist.

a) Nach § 2295 BGB kann der Erblasser von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, wenn die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird. Die Bestimmung wurde geschaffen für sog. „Verpfändungsverträge“ und ähnliche Verträge, bei denen sich der im Erbvertrag Bedachte verpflichtet, zum Ausgleich für die vertragsmäßige Zuwendung (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) dem Erblasser auf Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu erbringen (vgl. *Staudinger/Kanzleiter*, § 2295 Rdnr. 1). Die rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten kann in derselben Urkunde wie der Erbvertrag niedergelegt (arg. § 34 Abs. 2 BeurkG) oder gesondert abgeschlossen sein.

Die Verpflichtung des Bedachten muss den oder doch einen Beweggrund für die vertragsmäßige Verfügung des Erblassers darstellen (*Staudinger/Kanzleiter*, § 2295 Rdnr. 2). Die Vertragsteile müssen sich einig sein über die Zweckgebundenheit der erbvertraglichen Zuwendung einerseits und der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des Vertragspartners andererseits (*Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2295 BGB Rdnr. 7; einschränkend *MünchKommBGB/Musielak*, 4. Aufl., § 2295 Rdnr. 3: Der Bedachte muss den Zusammenhang kennen, ihm aber nicht ausdrücklich zustimmen).

b) Hier wurden zwei gesonderte, notariell beurkundete Verträge abgeschlossen, nämlich der Praxisüberlassungsvertrag zwischen dem Ehemann der Erblasserin und dem Beteiligten zu 2, in dem sich Letzterer zur Zahlung der lebenslänglichen Unterhaltsrente an den Übergeber bzw. dessen Ehefrau verpflichtete, sowie der Erbvertrag zwischen den Ehegatten und dem Beteiligten zu 2, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben und den Beteiligten zu 2 zu Schlusserben einsetzten. Nachdem der Erbvertrag vom 20.11.1970 keine ausdrückliche Regelung dazu enthält, ob die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 „mit Rücksicht“ auf die Unterhaltsverpflichtung erfolgt, ist dies durch Auslegung zu ermitteln. Davon ist

das LG zutreffend ausgegangen, hat allerdings wesentliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen. Es hat eine Verbindung zwischen der Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 und der von ihm übernommenen Unterhaltsverpflichtung im Wesentlichen daraus hergeleitet, dass der Beteiligte zu 2 durch den Erbvertrag vom 20.11.1970 besser gestellt worden sei als durch den Erbvertrag vom 21.1.1965, und ein zufälliges zeitliches Zusammenfallen zwischen Praxisübergabe- und Erbvertrag nicht lebensnah erscheine. Zutreffend ist insoweit, dass sich die Ehegatten mit dem Erbvertrag vom 20.11.1970 im Gegensatz zu demjenigen vom 21.1.1965, der keine ausdrückliche Regelung zur Bindungswirkung enthält, nicht nur untereinander, sondern auch gegenüber dem Beteiligten zu 2 gebunden haben, ohne dass sich dieser im Erbvertrag zu einer „Gegenleistung“ verpflichtet hat.

Das LG hat dabei nicht hinreichend berücksichtigt, dass die vom Beteiligten zu 2 übernommene Unterhaltsverpflichtung Teil eines Austauschvertrags ist, nämlich des Vertrages über die Übertragung der Zahnarztpraxis, und die Gegenleistung für die Übertragung der Praxis durch seinen Vater darstellt. Zudem enthalten weder der Praxisüberlassungsvertrag noch der Erbvertrag einen Hinweis auf den jeweils anderen Vertrag, geschweige denn auf eine gewollte Verbindung zwischen einzelnen darin enthaltenen Regelungen, obwohl beide Verträge am selben Tag vor demselben Notar abgeschlossen wurden. Unter diesen Umständen erscheint es fern liegend, dass eine von den Vertragsparteien gewollte Verknüpfung zwischen der im Erbvertrag vereinbarten bindenden Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 und der von ihm im Übertragungsvertrag übernommenen Unterhaltsverpflichtung auch nicht andeutungsweise Ausdruck in einem der Verträge gefunden haben soll. Die gesamten Umstände und der Inhalt der notariell beurkundeten Verträge sprechen vielmehr dafür, dass die Beteiligten bei Vertragsabschluss keinen Zusammenhang zwischen Praxisüberlassung und Erbvertrag herstellen wollten und die vom Beteiligten zu 2 übernommene Unterhaltsverpflichtung ausschließlich die Gegenleistung für die Praxisüberlassung darstellen sollte. Das gilt umso mehr, wenn – wie von der Erblasserin im Zivilprozess vorgetragen – der Wert der Unterhaltsverpflichtung ohnehin geringer war als der Wert der Praxis.

c) Die Gesprächsnotiz vom 26.2.1970 kann, wie auch das LG angenommen hat, nicht als entscheidender Hinweis auf eine von den Vertragsparteien gewollte Verbindung zwischen Unterhaltsverpflichtung und Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 angesehen werden. (...)

d) Ein Zusammenhang zwischen den beiden am 20.11.1970 geschlossenen Verträgen ist auch nicht schon deshalb anzunehmen, weil sich die Ehegatten mit Abschluss des Erbvertrages auch gegenüber dem Beteiligten zu 2 an dessen Einsetzung als Schlusserbe gebunden haben, ohne dafür eine materielle „Gegenleistung“ zu erhalten. Ob mit der Einbeziehung des Beteiligten zu 2 als Vertragspartner ein grundsätzlich möglicher (vgl. *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2269 BGB Rdnr. 93 f. m. w. N.) stillschweigender Pflichtteilsverzicht verbunden war, erscheint angesichts der ausdrücklichen Belehrung über die Pflichtteilsrechtsvorschriften (vgl. Ziffer IV des Erbvertrages) zweifelhaft. Eine materielle „Gegenleistung“ muss aber insbesondere bei Erbverträgen zwischen nahen Angehörigen auch nicht zwingend gewollt sein; es sind vielfältige Motive nicht wirtschaftlicher Art denkbar, aus denen heraus eine erbvertragliche Bindung eingegangen wird.

3. Darüber hinaus fehlt es auch an den weiteren Voraussetzungen des § 2295 BGB für einen wirksamen Rücktritt vom Erbvertrag.

a) Erforderlich ist, dass die rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten vor dem Tod des Erblassers aufgehoben bzw. beendet wird, sei es durch einvernehmliche (nicht formbedürftige) Aufhebung, Rücktritt des Erblassers vom Verpflichtungsgeschäft oder Kündigung aus wichtigem Grund. Voraussetzung ist in jedem Fall, dass die zunächst bestehende Pflicht beendet wird (vgl. *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2295 BGB Rdnr. 9). Nichterfüllung, nicht rechtzeitige Erfüllung oder Schlechterfüllung genügen nicht, weil sie als solche die Vertragspflicht des Bedachten zunächst unberührt lassen (vgl. *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2295 BGB Rdnr. 14; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2295 Rdnr. 4, 7; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2295 Rdnr. 3; *MünchKommBGB/Mustielak*, § 2295 BGB Rdnr. 4 f.). Das Rücktrittsrecht ist auf die vertragsmäßige Verfügung beschränkt, die der Erblasser mit Rücksicht auf die rechtsgeschäftliche Verfügung des Bedachten getroffen hat; die Wirksamkeit weiterer vertragsmäßiger Verfügungen beurteilt sich nach §§ 2085, 2279 Abs. 1 BGB. In Folge der Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses kann der Bedachte erbrachte Leistungen vom Erblasser nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (*MünchKommBGB/Mustielak*, § 2295 Rdnr. 9; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2295 Rdnr. 13).

Das LG hat angenommen, dass die Einstellung der Zahlungen einvernehmlich erfolgt ist und ist insoweit der Sachverhaltsdarstellung des Beteiligten zu 2 gefolgt, die von der Erblasserin im Zivilverfahren sowohl in der Klageschrift als auch im Schriftsatz vom 28.3.2007 nachdrücklich bestritten wurde. Den Umstand, dass die Erblasserin über Jahre hinweg die Unterhaltszahlungen nicht angemahnt hat, hat das LG zu Recht als gewichtigen Anhaltspunkt dafür gewertet, dass die vom Beteiligten zu 2 vorgetragene mündliche Abrede tatsächlich getroffen wurde. Allerdings ist eine „Vereinbarung der Zahlungseinstellung“, die das LG als erwiesen angesehen hat, nicht gleichbedeutend mit der von § 2295 BGB vorausgesetzten Aufhebung der Zahlungsverpflichtung, die den Rechtsgrund für die Leistung entfallen lässt. Eine „einvernehmliche Zahlungseinstellung“ kann auch als Stillhalteabkommen oder Verzicht auf die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen angesehen werden.

Eine einvernehmliche Aufhebung der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung, die in Zusammenhang mit einer erbrechtlichen Verfügung steht, erfordert zudem Einigkeit zwischen dem Erblasser und dem Bedachten, dass damit auch die erbrechtliche Verfügung in Wegfall gebracht werden kann (vgl. OLG Hamm, DNotZ 1977, 751, 755; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2295 Rdnr. 5). Diese lag nicht vor; denn nach der vom LG zugrundegelegten Sachverhaltsdarstellung des Beteiligten zu 2 hat er die beabsichtigte Einstellung der Unterhaltszahlungen allein mit der Beendigung seiner beruflichen Tätigkeit in der gegen Leibrente übernommenen Zahnarztpraxis begründet, was von der Erblasserin so hingenommen worden sein soll.

b) Schließlich muss die Aufhebung der Leistungspflicht wenigstens einen Beweggrund für die Ausübung des Rücktrittsrechts darstellen (OLG Hamm, DNotZ 1977, 751, 755; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2295 Rdnr. 5; *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2295 BGB Rdnr. 9 a. E.). Auch daran fehlt es. Die Erblasserin hat nach dem von ihr mit Urkunde vom 30.6.2006 erklärten Rücktritt nicht nur das Fortbestehen der Leistungspflicht des Beteiligten zu 2 geltend gemacht, sondern darüber hinaus gegen ihn die Zwangsvollstreckung wegen der seit Ende 1999 ausstehenden Unterhaltszahlungen eingeleitet. Noch im Schriftsatz vom 28.3.2007 hat sie die vom Beteiligten zu 2 behauptete einvernehmliche Aufhebung der Verpflichtung nachdrücklich

bestritten mit der Begründung, die Annahme einer derart gewichtigen mündlichen Vereinbarung auch unter vermeintlich nahen Bezugspersonen sei schlicht realitätswidrig. Weiter hat sie vortragen lassen, sie habe den Beteiligten zu 2 mehrfach zum Ausgleich des Rückstandes mündlich aufgefordert, worauf er eine alsbaldige Zahlung in Aussicht gestellt habe. Sie hat sich zwar in demselben Schriftsatz (wie auch schon in der Klageschrift vom 28.7.2006) hilfsweise auf die für sie günstige Rechtsfolge des § 2295 BGB berufen („Unterstellt man den Sachvortrag des Beklagten im Bezug auf die Aufhebung der Rentenverpflichtung als wahr, so ist ohne weiteres der Rücktrittsgrund des § 2295 BGB gegeben. Aber auch im Falle einer einseitigen rechtswidrigen Einstellung der Unterhaltszahlungen muss erst recht § 2295 BGB analog zur Anwendung kommen ...“). Das ändert aber nichts daran, dass nach ihrem Sachvortrag eine Aufhebung der Leistungspflicht gar nicht erfolgt war und folglich auch keinen Beweggrund ihres Rücktritts darstellen konnte. Es ist deshalb unerheblich, ob die Rücktrittserklärung vom 30.6.2006, die vielfältige, teilweise sehr allgemein gehaltene Gründe, nicht aber die Einstellung der Unterhaltszahlungen als Begründung angibt, aus anwaltlicher Vorsorge so abgefasst und mit Blick auf den von der Erblasserin ausdrücklich geäußerten Wunsch aufgesetzt wurde, den Beteiligten zu 2 nach Einstellung der Leibrentenzahlung nicht mehr mit ihrem Vermögen zu bedenken.

Die Regelung des § 2295 BGB setzt die Beendigung der Leistungspflicht als Beweggrund für den Rücktritt voraus. Sie ermöglicht dem Erblasser nicht den Rücktritt vom Erbvertrag als Sanktion für Nicht- oder Schlechterfüllung bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der schuldrechtlichen Verpflichtung. Angesichts der in der Rücktrittserklärung vom 30.6.2006 angegebenen Gründe und der danach eingeleiteten Vollstreckungsmaßnahmen kann in der Erklärung des Rücktritts vom Erbvertrag auch nicht etwa ein Rücktritt von der schuldrechtlichen Verpflichtung oder eine Kündigung derselben gesehen werden (vgl. dazu OLG Karlsruhe, NJW-RR 1997, 708, 709).

4. Die Entscheidung des LG erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

a) Die Erblasserin war nicht nach § 2294 Hs. 2 BGB i. V. m. § 2333 BGB zum Rücktritt vom Erbvertrag berechtigt. Weder hat der Beteiligte zu 2 der Erblasserin nach dem Leben getrachtet (§ 2333 Nr. 1 BGB), noch sich einer vorsätzlichen körperlichen Misshandlung (§ 2333 Nr. 2 BGB), eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens (§ 2333 Nr. 3 BGB) schuldig gemacht, noch eine ihm gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt (§ 2333 Nr. 4 BGB), noch einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen der Erblasserin geführt (§ 2333 Nr. 5 BGB). Weder die in der Rücktrittserklärung vom 30.6.2006 angegebenen noch die im Zivil- und Erbscheinsverfahren vorgebrachten Gründe sind geeignet, einen dieser Tatbestände auszufüllen. Teilweise sind die erhobenen Vorwürfe ohnehin widerlegt, etwa was die Gelder in Luxemburg betrifft, für deren Übertragung die Erblasserin selbst den Auftrag unterzeichnet hat, teilweise ohne hinreichend konkreten tatsächlichen Gehalt. Die bloße pauschale Behauptung, der Beteiligte zu 2 habe im Einzelnen bezeichnete Gegenstände „entwendet und an sich genommen“, kann einen Rücktritt vom Erbvertrag nicht stützen, schon gar nicht der Vortrag, dass weitere Gegenstände verschwunden seien bzw. fehlten, zumal die entwendet geglaubten Unterlagen jedenfalls teilweise später wieder aufgefunden wurden. Die Tatsache, dass die Erblasserin bestimmte Gegenstände vermisste, besagt nichts darüber, ob der Beteiligte zu 2 diese rechtswidrig an sich genommen hat. Der Beteiligte zu 2 war der Erblasserin auch nicht gesetzlich zum Unterhalt verpflichtet.

b) Die von der Erblasserin mit notarieller Urkunde vom 28.2.2007 erklärte Anfechtung der Erbverträge vom 20.11.1970 und vom 21.1.1965 greift nicht durch.

Für den von der Erblasserin behaupteten Motivirrtum hinsichtlich der Abstammung des Beteiligten zu 2 (§ 2281 Abs. 1 BGB i. V. m. § 2078 Abs. 2 BGB; für die Anwendung der §§ 119, 123 BGB bleibt kein Raum, vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2281 Rdnr. 2) liegen keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vor. Im Rahmen des § 2078 Abs. 2 BGB können nur Irrtümer die Anfechtung rechtfertigen, die bewegender Grund für den letzten Willen waren (BGH, NJW-RR 1987, 1412, 1413), d. h. ohne die der Erblasser die Verfügung mit Sicherheit nicht getroffen hätte (BayObLG, FamRZ 1997, 1436, 1437; OLG München, FGPrax 2008, 254, 258). Die Feststellungslast für die anfechtungsbegründenden Tatsachen trägt der Anfechtende (BayObLG, FamRZ 1997, 772, 773). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen. Dafür, dass die leibliche Abstammung des Beteiligten zu 2 von ihrem Ehemann für die Erblasserin ein bewegender Grund für seine Schlusserbeinsetzung war, fehlt aber außer der bloßen Behauptung der Anfechtenden jeder tatsächliche Anhaltspunkt, der eine solche Vorstellung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrages belegen könnte. Auch nach der damaligen Rechtslage erlangte ein angenommenes Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (§ 1757 a. F. BGB). Der 1931 geborene Beteiligte zu 2 war bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung der Erblasserin im Jahr 1960 längst erwachsen. Bei Abschluss des Erbvertrages 1970 führte er gemeinsam mit seinem Vater die Zahnarztpraxis, die er in der Folge übernahm. Die Erblasserin selbst hatte weder Kinder noch Geschwister. Wie die Vorinstanzen zu Recht hervorgehoben haben, erlaubt die in der Anfechtungserklärung enthaltene Darstellung der angeblichen Motivlage der Erblasserin keinen zuverlässigen Rückschluss auf die bei Vertragsschluss tatsächlich bestimmenden Beweggründe, denn sie wurde nicht nur Jahrzehnte nach Vertragsschluss aufgestellt, sondern darüber hinaus zu einem Zeitpunkt, als die Erblasserin bemüht war, sich von der erbvertraglichen Bindung zu lösen.

Ebenso wenig liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass bestimmendes Motiv die Erwartung war, der Beteiligten zu 2 werde stets seiner Zahlungspflicht aus dem Praxisüberlassungsvertrag nachkommen. Im Übrigen wäre auch die Frist des § 2082 Abs. 1 BGB durch die Anfechtungserklärung vom 20.3.2007 nicht gewahrt, nachdem die Zahlungen ab September 1999 eingestellt worden waren.

c) Soweit wegen der unterschiedlichen Vermögensverhältnisse der Ehegatten die Sittenwidrigkeit des Erbvertrages wegen des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung geltend gemacht wird, liegt dies neben der Sache. Gegenseitige Erbeinsetzungen in einem Erbvertrag machen diesen nicht zu einem Austauschvertrag. Dass ein Ehegatte im Gegensatz zum anderen wenig oder kein Vermögen besitzt, ändert nichts an der Wirksamkeit und an der ausdrücklich vereinbarten erbvertraglichen Bindung. Im Übrigen war zwar die Erblasserin bereits vor der Eheschließung im Jahr 1960 Eigentümerin des unbebauten Grundstücks in H., die Errichtung des von den Ehegatten gemeinsam bewohnten Hauses auf diesem Grundstück erfolgte ausweislich des vorgelegten Verzeichnisses über den Nachlass des Ehemannes aber erst 1968. Die unveränderte rechtliche Zuordnung des bebauten Grundstücks zum alleinigen Eigentum der Erblasserin schließt nicht aus, dass die Ehegatten dieses als gemeinsames Vermögen betrachtet haben.

Ebenso wenig wird die Wirksamkeit der Erbverträge dadurch beeinträchtigt, dass die beurkundenden Notare nicht über die Adoption des Beteiligten zu 2 unterrichtet wurden.

5. Die Erblasserin war folglich weiterhin an die Schlusserbeneinsetzung des Beteiligten zu 2 in dem Erbvertrag vom 20.11.1970 gebunden. In diesem Erbvertrag (im Gegensatz zu demjenigen vom 21.1.1965) ist ausdrücklich festgelegt, dass die in Ziffer II vorgenommenen Erbeinsetzungen „im Wege des Erbvertrages vereinbart sind“, also vertragsmäßig i. S. v. § 2278 BGB getroffen sind (vgl. BayObLG, FamRZ 1994, 196). Angesichts der Klarheit und Eindeutigkeit dieser in einem formgültigen Erbvertrag niedergelegten Erklärung bedarf es keiner Erwägungen über die unterschiedlichen Vermögensmassen der Ehegatten und das persönliche Verhältnis zwischen den am Vertrag Beteiligten, insbesondere zwischen dem Beteiligten zu 2 und seinem (Adoptiv-)Vater. Die letztwillige Verfügung der Erblasserin zugunsten der Beteiligten zu 1 ist folglich unwirksam (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind deshalb aufzuheben.

Der vom Nachlassgericht mit Beschluss vom 8.2.2008 angeordnete und am 22.7.2008 erteilte Erbschein entspricht nicht der Erbrechtslage; er ist vom Nachlassgericht einzuziehen (§ 2361 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nachdem weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind, kann der Senat abschließend in der Sache entscheiden und das Nachlassgericht anweisen, dem Beteiligten zu 2 den beantragten Erbschein zu erteilen.

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. AktG §§ 20, 121 Abs. 4 und 6, 241 Nr. 1, 243 Abs. 2, 245 Nr. 3; BGB § 226 (*Temporärer Verlust der Aktionärsrechte nach § 20 Abs. 7 AktG*)

- a) **Der temporäre Verlust der Rechte eines Aktionärs gemäß § 20 Abs. 7 AktG lässt das Verbot eines Rechtsmissbrauchs der übrigen Aktionäre ihm gegenüber unberührt.**
- b) **Der temporäre Rechtsverlust gemäß § 20 Abs. 7 AktG erstreckt sich nicht auf die Anfechtungsbefugnis nach § 245 Nr. 3 AktG, wenn die gemäß § 20 AktG erforderliche Mitteilung vor Ablauf der Anfechtungsfrist (§ 246 Abs. 1 AktG) nachgeholt wird.**

BGH, Beschluss vom 20.4.2009, II ZR 148/07

*Aus den Gründen:*

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) liegen – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nicht vor. Es handelt sich um einen atypischen Sonderfall, dem eine grundsätzliche Bedeutung nicht zukommt und der eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts nicht erfordert. Die Revision hat im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552 a ZPO).

1. Im Ergebnis nicht entscheidungserheblich ist die in dem Berufungsurteil (ZIP 2007, 2214 = AG 2008, 129) aufgeworfene und der Zulassungsentscheidung zugrundegelegte Rechtsfrage, ob ein temporärer Verlust der Rechte eines Aktionärs gemäß § 20 Abs. 7 AktG im Zeitpunkt der Fassung eines Hauptversammlungsbeschlusses sich auch auf die Anfechtungsbefugnis nach § 245 Nr. 3 AktG erstreckt. Denn die in der Hauptversammlung der Beklagten vom 25.3.2006 gefassten Beschlüsse sind gemäß § 241 Nr. 1 AktG wegen Verstoßes gegen § 121 Abs. 4 AktG nichtig.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die an der Beschlussfassung beteiligten „Altaktionäre“ mit der handstreichartigen Abhaltung einer „Vollversammlung“ an einem Samstag – zwei Tage nach verspäteter Mitteilung gemäß § 20 Abs. 1 AktG eines von ihnen – das vermutete Fehlen

einer entsprechenden Mitteilung seitens der Klägerin zu 1 gezielt dazu ausgenutzt, eine anderenfalls nicht mögliche Beschlussfassung gegen die Interessen der Klägerin zu 1 ohne deren Beteiligung zu ermöglichen und damit der kurzfristig zu erwartenden Nachholung einer Mitteilung der Klägerin zu 1 gemäß § 20 Abs. 1, 4 AktG zuvorzukommen. Damit haben sie in anstößiger Weise gegen ihre gesellschaftlerliche Treuepflicht (vgl. dazu BGHZ 103, 184, 194 f. = DNotZ 1989, 14) und darüber hinaus gegen das in § 226 BGB kodifizierte Verbot einer unzulässigen Rechtsausübung zulasten der Klägerin zu 1 verstoßen (vgl. zu diesem Aspekt BGH, JZ 1976, 561 f.). Der temporäre Rechtsverlust der Klägerin zu 1 gemäß § 20 Abs. 7 AktG berührte nicht ihre – als solche sanktionsfeste – Mitgliedschaft selbst (vgl. nur Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 20 Rdnr. 12) und damit auch nicht die Treuepflicht der Mitaktionäre bzw. das Verbot eines Rechtsmissbrauchs ihr gegenüber. Rechtsmissbräuchlich war unter den vorliegenden Umständen schon die gegenüber der Klägerin zu 1 verheimlichte Abhaltung einer „Vollversammlung“, was zur Rechtswidrigkeit und Unverbindlichkeit dieser Art der Rechtsverfolgung und damit zur Unanwendbarkeit des § 121 Abs. 6 AktG mit der Folge führt, dass die in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse wegen Verstoßes gegen die Einberufungserfordernisse gemäß § 121 Abs. 4 i. V. m. § 9 Abs. 2, 3 der Satzung der Beklagten nichtig sind (§ 241 Nr. 1 AktG).

2. Von der Nichtigkeit der von den Klägern angegriffenen Hauptversammlungsbeschlüsse gemäß § 241 Nr. 1 AktG abgesehen wären diese aber auch wegen Verstoßes gegen §§ 243 Abs. 2, 245 Nr. 3 AktG anfechtbar und auf die Anfechtungsklage der Kläger für nichtig zu erklären, wie von dem Berufungsgericht angenommen (im Ergebnis zustimmend Hüffer, AktG, § 20 Rdnr. 14). Der temporäre Rechtsverlust auf Seiten der Klägerin zu 1 gemäß § 20 Abs. 7 AktG ergreift nur die Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 Nr. 1 und 2 AktG (vgl. BGHZ 167, 204 = DNotZ 2006, 779), nicht aber diejenige nach § 245 Nr. 3 AktG, wenn die gemäß § 20 AktG erforderliche Mitteilung – wie hier – vor Ablauf der Anfechtungsfrist erfolgt (vgl. Hüffer, AktG, § 20 Rdnr. 14). Eine unzulässige Verfolgung von Sondervorteilen i. S. d. § 243 Abs. 2 AktG lag vor. Darunter fällt jeder Vorteil, sofern es bei einer Gesamtwürdigung als sachwidrige Bevorzugung erscheint, dem Aktionär oder einem Dritten den Vorteilserwerb zu gestatten oder einen bereits vollzogenen Erwerb hinzunehmen (BGHZ 138, 71, 80 f.). Soweit neben diesen Voraussetzungen dem Erfordernis eines Schadens der Gesellschaft oder anderer Aktionäre (§ 243 Abs. 2 AktG) überhaupt noch selbständige Bedeutung zukommt (vgl. Hüffer, AktG, § 243 Rdnr. 33), genügte dafür jedenfalls die von den „Altaktionären“ der Beklagten gewollte Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse durch die beschlossene Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts der Klägerin zu 1 sowie die Anerkennung des Jahresabschlusses mit der darin ausgewiesenen Tantiemeforderung zugunsten des Gesellschaftsgründers.

14. GmbHG § 54; AktG § 294 (*Fehlende kommunalaufsichtliche Genehmigung für Ergebnisabführungsvertrag*)

**Das Registergericht kann die Eintragung eines unter Beteiligung einer Gemeinde abgeschlossenen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages im Handelsregister ablehnen, wenn eine nach Mitteilung der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde erforderliche Genehmigung nicht erteilt ist.**

OLG München, 31 Wx 16/09, Beschluss vom 14.7.2009; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Gegenstand des Verfahrens ist die Eintragung eines Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages, den die beteiligte Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Organgesellschaft mit den Gemeindewerken O als Organträger geschlossen hat. Letztere sind ein Eigenbetrieb der Gemeinde O, die auch alleinige Gesellschafterin der Organgesellschaft ist.

Unter „II. Ergebnisabführung, § 4 Gewinnabführung und Verlustausgleich“ verpflichtet sich der Organträger, die Verluste der Organgesellschaft abzudecken (§ 4 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages). Nach Zustimmung des Gemeinderats und der Gesellschafterversammlung meldete der Notar unter Vorlage der entsprechenden notariellen Abschriften den Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag zur Eintragung in das Handelsregister an. Die zuständige Kommunalaufsichtsbehörde teilte dem Registergericht daraufhin mit, die Gemeindewerke seien nach Art. 88 BayGO ein Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit und könnten nicht als selbständiger Organträger auftreten; im Wege der Auslegung könne wohl als Vertragspartei die Gemeinde angesehen werden. Zentrales Problem sei die Regelung in § 4 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages, nach der sich die Gemeinde verpflichte, die Verluste der Organgesellschaft abzudecken. Trotz der wirtschaftlichen Verknüpfung mit der Gemeinde handle es sich um ein Entstehen für fremde Schuld i. S. d. Art. 72 Abs. 2 BayGO. Die erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde sei nicht beantragt und könne auch nicht ohne weiteres in Aussicht gestellt werden.

Aus den Gründen:

## II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet. Das Registergericht hat zu Recht die Eintragung des Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages vom 20.11.2007 abgelehnt.

1. Ein Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag, der auch mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung geschlossen werden kann, bedarf als gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, der satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschenden Gesellschaft ändert, zu seiner Wirksamkeit der Eintragung in das Handelsregister der abhängigen Gesellschaft (BGHZ 105, 324, 338 = DNotZ 1989, 102; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 18. Aufl., Schlussanhang Konzernrecht Rdnr. 53; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl., § 293 Rdnr. 45; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 294 Rdnr. 1). Die Eintragung eines Unternehmensvertrages hat ebenso wie die einer Satzungsänderung konstitutive Wirkung. Das Registergericht hat die Anmeldung nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht zu prüfen. Der Vertrag kann nur in das Handelsregister eingetragen werden, wenn er materiell wirksam zustande gekommen ist (BGHZ 105, 324, 330 = DNotZ 1989, 102; *Hüffer*, AktG § 294 Rdnr. 11). Das ergibt sich auch aus § 294 Abs. 2 AktG, nach dem das „Bestehen“ des Vertrages in das Handelsregister einzutragen ist (vgl. *KK-AktG/Koppensteiner*, 3. Aufl., § 294 Rdnr. 14).

Ergeben sich Bedenken gegen die materielle Wirksamkeit des Unternehmensvertrages und können diese bei der dem Gericht von Amts wegen obliegenden Ermittlung des Sachverhalts (§ 12 FGG) nicht ausgeräumt werden, so kann das Gericht nach seinem Ermessen die Eintragung ablehnen oder nach § 127 FGG verfahren (*Emmerich/Habersack*, § 294 Rdnr. 20; *MünchKommAktG/Altmeyden*, 2. Aufl., § 294 Rdnr. 26).

2. Das Registergericht konnte aufgrund der Stellungnahme der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde ohne Rechtsfehler davon ausgehen, dass der zur Eintragung angemeldete Unternehmensvertrag zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf. Nach Art. 72 Abs. 2 BayGO darf die Gemeinde Bürgschaften, Gewährverträge und Verpflichtungen aus verwandten Rechtsgeschäften, die ein Entstehen für fremde Schuld oder für den Eintritt oder

Nichteintritt bestimmter Umstände zum Gegenstand haben, nur zur Erfüllung ihrer Aufgaben übernehmen; diese Rechtsgeschäfte bedürfen der Genehmigung, wenn sie nicht im Rahmen der laufenden Verwaltung abgeschlossen werden. Solange eine erforderliche rechtsaufsichtliche Genehmigung nicht erteilt wurde, ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam (Art. 117 Abs. 2 BayGO; vgl. auch BGH, NJW 1999, 3335; *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Bearbeitungsstand August 2007, Art. 72 GO Rdnr. 16, Art. 117 GO Rdnr. 20). Bei endgültiger Versagung der Genehmigung wird das Rechtsgeschäft ex tunc nichtig. Die Entscheidung darüber, ob nach den maßgeblichen Vorschriften des öffentlichen Rechts eine Genehmigung erforderlich ist und ob sie erteilt oder versagt wird, ist der zuständigen Verwaltungsbehörde vorbehalten; sie ist für das Registergericht bindend (vgl. BayObLG, Rpfleger 1978, 448, 449 für die Genehmigung nach dem GastG).

3. Durch das zum 1.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hat sich entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde für den vorliegenden Fall nichts geändert. Es wurde zwar § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG a. F. aufgehoben, nach dem bei der Anmeldung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Genehmigungsurkunde beizufügen war, wenn der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedurfte. Hier geht es jedoch nicht darum, dass für die Tätigkeit der Gesellschaft, etwa den Betrieb einer Gaststätte, eine öffentlichrechtliche Genehmigung erforderlich wäre, deren Vorliegen das Registergericht nun bei der Anmeldung der Gesellschaft nicht mehr zu prüfen hätte. Damit ist die hier zu beantwortende Frage, ob der angemeldete Unternehmensvertrag, an dem eine Gemeinde als Vertragspartei beteiligt ist, zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde bedarf, nicht vergleichbar.

Denn während das Fehlen der in § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG a. F. angesprochenen Genehmigung keine unmittelbare Auswirkung auf den Bestand der Gesellschaft hat, hängt die Wirksamkeit eines der Genehmigungspflicht unterliegenden Rechtsgeschäfts einer Kommune von der Erteilung der Genehmigung durch die Kommunalaufsicht ab: Es bleibt schwebend unwirksam, solange diese nicht erteilt ist, und ist von Anfang an nichtig, wenn sie versagt wird. Das Vorliegen dieser, für die Wirksamkeit des angemeldeten Unternehmensvertrages maßgebenden Genehmigung ist deshalb nach wie vor vom Registergericht zu prüfen (vgl. auch *Leitzen*, GmbHR 2009, 480, 482, 484).

4. Das Erfordernis einer kommunalaufsichtlichen Genehmigung für bestimmte Rechtsakte ist weder Ausfluss eines überholten Konzessionssystems noch im Hinblick auf den Vorrang des Bundesrechts bedenklich. Aufsichtsbehördliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber Rechtsakten kommunaler Gebietskörperschaften sind ein Mittel vorbeugender Staatsaufsicht. Durch sie soll verhindert werden, dass Rechtsakte Geltungskraft erlangen, die insbesondere mit bestimmten gesetzlichen Regelungen nicht in Einklang stehen. Genehmigungsvorbehalte im kommunalen Bereich sind damit gesetzliche Regelungen, kraft deren besondere, von den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften in dieser Eigenschaft begründete Rechtsakte grundsätzlich erst wirksam werden, wenn das vom Gesetz bestimmte staatliche Exekutivorgan der Vornahme des Rechtsakts gegenüber dem Selbstverwaltungsträger zustimmt (vgl. BGH, NJW 1999, 3335, 3336). Die Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit bei Fehlen der erforderlichen Genehmigung ergibt sich nicht nur aus den Kommunalverfassungen, soweit diese entsprechende Rege-

lungen enthalten, sondern ist Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens (BGH, NJW 1999, 3335, 3337).

5. Das Registergericht hat folglich zu Recht die Eintragung des mangels Genehmigung schwebend unwirksamen Unternehmensvertrages abgelehnt. Auf die Frage, ob die andere Vertragspartei zutreffend bezeichnet ist, kommt es nicht an.

15. AktG § 123 Abs. 1 (*Berechnung der 30-Tages-Frist nach § 123 Abs. 1 AktG*)

**Der Tag der Einberufung darf bei Ermittlung der 30-Tages-Frist nach § 123 Abs. 1 AktG mitgerechnet werden.**

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 17.3.2009, 5 U 9/08

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NZG 2009, 990.

16. GmbHG §§ 4 a, 6 Abs. 2 (*Nicht-EU-Ausländer als Geschäftsführer*)

**Nach Neufassung des § 4 a GmbHG, der es erlaubt, dass eine deutsche GmbH ihren Verwaltungssitz an jeden beliebigen Ort im Ausland verlegt, mithin ihre Geschäfte auch vollständig im oder aus dem Ausland tätigt, ist – auch mit Blick auf die denkbare Möglichkeit einer Anordnung des persönlichen Erscheinens des Geschäftsführers der GmbH durch ein inländisches Gericht oder eine inländische Behörde – nicht anzunehmen, dass ein Geschäftsführer mit Staatsangehörigkeit und Wohnsitz eines Nicht-EU-Staates seine gesetzlichen Aufgaben bei fehlender Einreisemöglichkeit typischerweise nicht erfüllen könnte.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.4.2009, I-3 Wx 85/09

Die Antragstellerin ist im Handelsregister eingetragen. Sie beantragt, Herrn M. als weiteren, zu dem bereits eingetragenen Geschäftsführer hinzutretenden Geschäftsführer im Handelsregister einzutragen. Herr M. ist iranischer Staatsangehöriger, der Aufenthalt im Bundesgebiet ist ihm nur mit einem Visum gestattet.

#### Aus den Gründen:

(...) Die Entscheidung des vorliegenden Falles hängt maßgeblich von der Frage ab, ob die Bestellung von Nicht-EU-Ausländern als Geschäftsführer einer GmbH zu ihrer Wirksamkeit voraussetzt, dass für die betreffende Person die Einreise in das Inland jederzeit möglich ist. Diese Frage ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (Übersicht über den Streitstand bei *GK-Ulmer*, GmbHG, 2005, § 6 Rdnr. 13 f.). Der Senat verneint sie (wie im Übrigen bereits, wenngleich aus anderen Erwägungen, in seiner Entscheidung DB 1977, 1840).

Es spricht bereits einiges dafür, dass die in § 6 Abs. 2 GmbHG genannten Bestimmungsvoraussetzungen und Bestellungshindernisse abschließenden Charakter haben und bezüglich des hier in Rede stehenden ungeschriebenen Bestellungserfordernisses keiner Analogie zugänglich sind, weil es an einer Regelungslücke fehlt, indem der Gesetzgeber nicht nur in den Jahren 1980 und 1990, sondern auch bei der jüngsten Novellierung des GmbH-Gesetzes § 6 Abs. 2 GmbHG in der hier maßgeblichen Hinsicht nicht ergänzt hat. Indes kommt es auf diese Gesichtspunkte letztlich nicht entscheidungstragend an.

Denn selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, aus § 6 Abs. 2 GmbHG lasse sich entnehmen, dass nur solche Personen zu Geschäftsführern bestellt werden könnten, die die der Gesellschaft und ihnen persönlich in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer obliegenden gesetzlichen Pflichten zu erfüllen in der Lage seien, würde hieraus im Kern nichts anderes folgen, als dass derjenige, der vorhersehbar seinen gesetzlichen Verpflichtungen als Geschäftsführer nicht nachkommen kann, grundsätzlich nicht als solcher bestellt werden darf. Es kann jedoch nicht angenommen werden, dass ein Geschäftsführer mit Staatsangehörigkeit und Wohnsitz eines Nicht-EU-Staates seine gesetzlichen Aufgaben bei fehlender Einreisemöglichkeit typischerweise nicht erfüllen könnte.

Zum einen ist die diesbezügliche, auf die Typizität abstellende Argumentation in der Vergangenheit davon ausgegangen, dass ein im Ausland ansässiger Geschäftsführer in aller Regel weit entfernt von dem Verwaltungssitz der Gesellschaft residiere und deshalb nur unter erheblichen Schwierigkeiten beispielsweise Einsicht in Bücher und Unterlagen des Unternehmens nehmen und einen unmittelbaren Kontakt zu Mitarbeitern und Geschäftspartnern, insbesondere Gläubigern, unterhalten könne. Diese Regelhaftigkeit mag nach der Sitztheorie, nach der eine deutsche GmbH ihren effektiven Verwaltungssitz im Inland haben musste, berechtigt gewesen sein. Jedenfalls ist ihr durch die Neufassung des § 4 a GmbHG der Boden entzogen. Nunmehr kann eine deutsche GmbH ihren Verwaltungssitz an jeden beliebigen Ort im Ausland verlegen, mithin ihre Geschäfte auch vollständig im Ausland oder aus dem Ausland tätigen. Diese uneingeschränkte Möglichkeit allein reicht aus, um die oben angeführte Typizität zu beseitigen, ohne dass das Registergericht zunächst Ermittlungen dazu anstellen müsste, ob eine Gesellschaft im konkreten Fall überwiegend im Ausland oder im Inland tätig ist oder voraussichtlich sein wird.

Zum anderen ist im Schrifttum ausführlich aufgezeigt worden, dass die Annahme, der Geschäftsführer einer GmbH könne seine höchstpersönlichen, d. h. nicht delegierbaren Aufgaben nur vom Inland aus wahrnehmen, unzutreffend ist, vielmehr die diesbezüglichen Geschäftsführerplichten ggf. auch vom Ausland aus erfüllt werden können. Insbesondere können sich Geschäftsführer bei verschiedenen, in diesem Zusammenhang erörterten Anmeldungen zum Handelsregister kraft notariell beglaubigter Vollmacht vertreten lassen, müssen bestimmte Versicherungen nicht mündlich vor dem Registergericht abgegeben werden, sondern können auch durch Einreichung einer vom Geschäftsführer unterzeichneten und notariell beglaubigten Erklärung durch einen hierzu Beauftragten bewirkt werden und kann der formlose Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch vom Ausland aus gestellt werden, wobei in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärungen auch vor einem Konsularbeamten im Ausland oder vor einem ausländischen Notar vorgenommen werden können (hierzu im Einzelnen: *Wachter*, ZIP 1999, 1577, 1580, *ders.*, GmbHR 2003, 538, 541; *GK-Ulmer*, GmbHG, § 6 Rdnr. 16). Schließlich kann auch die denkbare Möglichkeit, dass das persönliche Erscheinen des Geschäftsführers der GmbH im Inland von einem Gericht oder einer Behörde im Rahmen ihrer Amtsbefugnisse angeordnet wird, nicht den Standpunkt begründen, im Falle der Bestellung eines Nicht-EU-Ausländers sei zu fordern, dass diesem die Einreise in das Bundesgebiet jederzeit möglich sein müsse. Denn eine solche Anordnung persönlichen Erscheinens ist als ein Ausnahmefall anzusehen. Zudem ist auch von diesen Ausnahmefällen nur ein Teil problematisch, nämlich derjenige eines den Geschäftsführer treffenden Ausreiseverbotes seines Heimatstaates. Denn sollte der Geschäftsführer an seinem

persönlichen Erscheinen in der Bundesrepublik nur deshalb gehindert sein, weil derselbe Staat, dessen Gericht oder Behörde sein persönliches Erscheinen angeordnet hat, ihm ein Einreisevisum verweigern würde, könnte ein derartiges widersprüchliches Verhalten von Rechts wegen nicht als gegen die Wirksamkeit seiner Bestellung zum Geschäftsführer sprechend erachtet werden.

## Internationales Privatrecht

17. EGBGB Art. 3 a, 25; BGB §§ 1923, 84 (*Erbfähigkeit einer nach dem Erbfall errichteten ausländischen Stiftung*)

1. **Unterstellt das ausländische internationale Privatrecht den gesamten Nachlass – unabhängig davon, ob es sich um beweglichen oder unbeweglichen handelt und wo er belegen ist – seinem materiellen Erbrecht, so stellt dies kein Sonderstatut i. S. v. Art. 3 a Abs. 2 EGBGB, sondern ein ggf. vom deutschen internationalen Privatrecht abweichendes Gesamtstatut dar.**
2. **Auch eine ausländische Stiftung, die erst nach dem Eintritt des Erbfalls errichtet wird, kann grundsätzlich erbfähig i. S. v. § 1923 BGB sein, wenn sie nach ihrem Heimatrecht Rechtsfähigkeit erlangt hat.**

OLG München, Beschluss vom 8.4.2009, 31 Wx 121/08; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Der Erblasser ist am 21.12.2006 unverheiratet und kinderlos im Alter von 70 Jahren in der Schweiz verstorben, wo er seit 1954 nahezu ununterbrochen auch gelebt hatte. Der Erblasser war deutscher Staatsangehöriger. Die Beteiligten zu 1 bis 10 sind seine gesetzlichen Erben. Die Beteiligte zu 11 ist die für den letzten inländischen Wohnsitz des Erblassers zuständige Stiftungsaufsicht. Die Beteiligte zu 12 wurde als Stiftung nach schweizerischem Recht am 19.11.2007 von der Lebensgefährtin des Erblassers gegründet und am 7.12.2007 in das Handelsregister des Kantons Graubünden eingetragen.

Am 15.7.2004 errichtete der Erblasser in der Schweiz ein handschriftliches Testament, welches auszugsweise wie folgt lautet:

„Testament

Ich (...) mache hiermit ein Testament.

Ich errichte eine Stiftung mit meinem ganzen Vermögen wie Immobilien, Bargeld, Wertpapiere und Eigentumswohnungen in der Schweiz.

Der Aktion Sonnenschein (...) in München (...) darf pro Jahr zum derzeitigen Wert des Euro ein Betrag von 50.000 € (...) ausbezahlt werden. Verwendungszweck nur für mehrfach oder behinderte Kinder der Aktion Sonnenschein.

Die Erben dürfen die Häuser zum Zwecke der Kinder auch bewohnen, verpflichten sich aber einen Verwalter einzusetzen, falls die Häuser sechs an der Zahl nicht verkauft werden.“

Der Nachlass besteht in Deutschland aus Immobilien (sechs bebaut und ein unbebautes Grundstück) im Gesamtwert von ca. 1,3 Mio. € sowie Bankguthaben i. H. v. ca. 100.000 €; in der Schweiz befinden sich zwei Eigentumswohnungen im Wert von ca. 500.000 € sowie Geldvermögen i. H. v. ca. 130.000 €.

Aus den Gründen:

### II.

2. Die Entscheidung des LG hält der allein möglichen rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand (§ 27 FGG, § 546 ZPO). (...)

a) Zutreffend hat das LG das Testament vom 15.7.2004 als auslegungsbedürftig angesehen, da es weder eine ausdrückliche Erbeinsetzung enthält, noch den Sitz der zu errichtenden Stiftung eindeutig festlegt. Das LG konnte im Wege der Auslegung rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangen, dass das Testament die Einsetzung der Beteiligten zu 12 zur Alleinerbin enthält. Die vom LG vorgenommene Testamentsauslegung entspricht den dafür maßgeblichen Grundsätzen (§§ 133, 2084 BGB; vgl. hierzu BGH, NJW 1993, 256 = DNotZ 1993, 124; BayObLGZ 1994, 313, 318 = DNotZ 1996, 102). Die Auslegung selbst ist Sache der Tatsacheninstanz. (...)

b) Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Auslegung des LG, dass die Beteiligte zu 12 Alleinerbin sei, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Soweit die Beteiligten zu 1 bis 11 die Beweiswürdigung des LG beanstanden, versuchen sie im Wesentlichen, ihre eigene Tatsachen- und Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des LG zu setzen. Damit können sie im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht durchdringen. Insbesondere konnte das LG seine Auslegung, dass nach den Vorstellungen des Erblassers eine in der Schweiz zu errichtende Stiftung Alleinerbin sein sollte, maßgeblich auf die Angaben der Lebensgefährtin des Erblassers stützen, da diese dem Erblasser bis zu seinem Tod unstreitig sehr nahe stand, mit diesem auch die später begünstigte Aktion Sonnenschein besucht und die Errichtung einer Stiftung besprochen hatte und sich Anhaltspunkte dafür, dass ihre Angaben unglaubwürdig sind, nicht ergeben haben. Auch die Beteiligte zu 4 hat im Übrigen angegeben, dass der Erblasser ihr (allerdings erst im September 2006, als das verfahrensgegenständliche Testament längst errichtet war) mitgeteilt habe, dass er „eventuell“ eine Stiftung bzw. Teilstiftung errichten wolle, da mit Ausnahme der Beteiligten zu 4 und 5 keines seiner Geschwister je etwas für ihn getan habe. Dies spricht eindeutig gegen die Annahme, der Erblasser habe gesetzliche Erbfolge eintreten lassen wollen. Der Umstand, dass der Erblasser das verfahrensgegenständliche Testament zusammen mit seinen Dokumenten nach dem Vortrag der Beteiligten zu 1 bis 10 stets bei sich trug, lässt entgegen deren Ansicht keinen zwingenden Rückschluss auf den Erblasserwillen zu.

aa) Da der Erblasser deutscher Staatsangehöriger war, ist sein Erbstatut aus der Sicht des deutschen internationalen Privatrechts das deutsche Recht, Art. 25 Abs. 1 EGBGB. Allerdings besteht, worauf die Beteiligte zu 11 im Ansatz zutreffend hingewiesen hat, infolge der Tatsache, dass der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz hatte, Nachlasskollision. Denn aus der Sicht des schweizerischen internationalen Privatrechts (Art. 90 Abs. 1 Schweizerisches IPRG) gelangt auf den gesamten, also auch den in Deutschland befindlichen, beweglichen wie unbeweglichen Nachlass, schweizerisches Erbrecht zur Anwendung (vgl. nur *Lorenz*, DNotZ 1993, 148; *von Oertzen*, ZEV 2000, 495), während aus der Sicht des deutschen internationalen Privatrechts ausschließlich deutsches Erbrecht anzuwenden ist. Die Anknüpfung im schweizerischen Kollisionsrecht stellt jedoch entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 11 kein Sonderstatut i. S. v. Art. 3 a Abs. 2 EGBGB, sondern vielmehr ein abweichendes Gesamtstatut dar. Die von ihr zitierte Fundstelle in *Palandt/Thorn*, BGB, 68. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 3, bezieht sich nur auf Fälle, in denen das Land, in welchem sich Teile des Nachlasses befinden, unterschiedliche Anknüpfungen für bewegliche Nachlassbestandteile einerseits und für unbewegliche andererseits vornimmt, also Fälle der echten Nachlassspaltung (vgl. nur *Palandt/Thorn*, Art. 3 a EGBGB Rdnr. 6, Art. 25 EGBGB Rdnr. 2).

Dies ist hier gerade nicht der Fall, da die Schweiz den gesamten Nachlass des Erblassers, unabhängig davon, ob es sich um Mobilien oder Immobilien handelt, ihrem Recht unterstellt. Es kommt daher nur zu einer sog. Nachlasskollision mit der Folge, dass die deutsche Entscheidung für die Anwendbarkeit deutschen Erbrechts in der Schweiz nicht durchsetzbar ist. Hiervon zu unterscheiden ist der Umstand, dass ein deutscher Erbschein in der Schweiz gemäß Art. 96 Abs. 1 lit. b) i. V. m. Art. 86 Abs. 2 schweizerisches IPRG anerkannt werden würde, wenn er ausschließlich auf die in Deutschland gelegenen Immobilien beschränkt wäre. Dies ist jedoch eine Frage der Anerkennung von ausländischen Entscheidungen, nicht der unterschiedlichen Anknüpfungen für beweglichen bzw. unbeweglichen Nachlass. Da der Erblasser deutscher Staatsangehöriger ist, ist die Erteilung eines solchen Erbscheins durch ein deutsches Nachlassgericht selbstredend ausgeschlossen (vgl. hierzu auch *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2353 Rdnr. 16; *Staudinger/Dörner*, BGB, 2007, Anh. zu Art. 25 EGBGB Rdnr. 741).

bb) Die Auslegung, dass die Zuwendung des gesamten Nachlasses an eine zu errichtende Stiftung die Einsetzung derselben zur Alleinerbin beinhaltet, ist ebenso wenig zu beanstanden, wie die Auslegung, dass die Beteiligte zu 12 diese Alleinerbin ist. Zwar regelt § 83 Abs. 1 Satz 4 BGB, dass im Zweifel der letzte Wohnsitz des Erblassers im Inland als Sitz der Stiftung gilt; diese Auslegungsregel gelangt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn das Tatsachengericht Zweifel hat, wo sich der Sitz der Stiftung befinden soll. Das LG hat mit rechtlich nicht zu beanstandender Begründung angenommen, der Sitz habe nach dem Willen des Erblassers in der Schweiz sein sollen. Diese Auslegung wird nach Ansicht des Senats dadurch gestützt, dass der Satz „Ich errichte eine Stiftung mit meinem ganzen Vermögen wie Immobilien, Bargeld, Wertpapiere und Eigentumswohnungen in der Schweiz“ zwanglos auch folgendermaßen gelesen und verstanden werden kann: „Ich errichte eine Stiftung mit meinem ganzen Vermögen (Immobilien, Bargeld, Wertpapiere und Eigentumswohnungen) in der Schweiz“. Bei dieser Lesart wäre im Testament sogar die Angabe, dass die Stiftung in der Schweiz errichtet werden soll, enthalten.

cc) Die Beteiligte zu 12 ist auch erbfähig (§ 1923 BGB), obwohl sie erst im November 2007 errichtet wurde. Eine Stiftung ist eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete, nicht verbandsmäßig organisierte Einrichtung, die einen vom Stifter bestimmten Zweck mit Hilfe eines dazu gewidmeten Vermögens dauernd fördern soll. Nach deutschem wie nach schweizerischem Recht kann das zur Errichtung einer Stiftung erforderliche Stiftungsgeschäft durch eine Verfügung von Todes wegen erfolgen (§ 83 BGB bzw. Art. 81 schweizerisches ZGB). Durch die am 7.12.2007 erfolgte Eintragung in das Handelsregister des Kantons Graubünden hat die Beteiligte zu 12 nach schweizerischem Recht Rechtsfähigkeit erlangt, Art. 52 Abs. 1 schweizerisches ZGB, da diese konstitutiv ist.

Nach § 84, der eine Ausnahme zu § 1923 BGB darstellt und auch auf ausländische Stiftungen anwendbar ist (*Palandt/Edenhofer*, § 1923 Rdnr. 7; *Palandt/Ellenberger*, § 84 Rdnr. 1), kann auch eine Stiftung, die erst nach dem Tode des Erblassers errichtet wird, Erbe sein. Für die ihr vom Stifter gemachten Zuwendungen wird insoweit fingiert, dass sie bereits vor dessen Tod errichtet wurde. Bei deutschen Stiftungen setzt diese Fiktion allerdings voraus, dass eine Anerkennung als rechtsfähig durch die zuständige Behörde erfolgt (§ 80 Abs. 1 BGB). Aus diesem Grund war die Beteiligte zu 11 vom Nachlassgericht in das Verfahren einbezogen worden. Stiftungen mit Sitz im Ausland bedürfen dagegen zur Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht der behördlichen Anerkennung nach

§ 80 Abs. 1 BGB, da dieser nur zur Anwendung gelangt, wenn Stiftungsstatut das deutsche Recht ist. Für eine ausländische Stiftung ist es ausreichend, dass sie nach ihrem Heimatrecht Rechtsfähigkeit erlangt; ist dies der Fall, so ist die ausländische Stiftung im Inland *ipso iure* rechtsfähig (BayObLG, NJW 1965, 1438; *Palandt/Ellenberger*, § 80 Rdnr. 3).

#### Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG München befasst sich mit zwei Problemen des Internationalen Privatrechts:

#### I. Bestimmung des Erbstatus bei Wohnsitz in der Schweiz

Sie betrifft zunächst die Frage, welches Recht auf die Erbfolge nach einem deutschen Erblasser mit letztem Wohnsitz und Vermögen in der Schweiz anzuwenden ist. Derzeit befinden sich zahlreiche deutsche Staatsangehörige in der Schweiz. Man denke nur an Ärzte, Professoren, medizinisches Personal und Lehrer, die wegen der besseren Arbeitsbedingungen in der Schweiz arbeiten oder auch an Bundesbürger, die wegen der steuerlichen Rahmenbedingungen in die Schweiz ausgewandert sind. Der vorliegende Fall ist daher ein Standardfall. Art. 25 Abs. 1 EGBGB verweist hier wegen der deutschen Staatsangehörigkeit des Erblassers auf das deutsche Erbrecht. Dennoch macht das OLG die Begründung komplizierter, als es eigentlich notwendig gewesen wäre.

Hintergrund der Probleme ist die abweichende Anknüpfung des Erbstatuts in der Schweiz. Dort wird auf die Erbfolge vorrangig das am letzten Wohnsitz des Erblassers geltende Recht angewandt. So unterstellt Art. 90 Abs. 1 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (IPRG) den Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz in der Schweiz dem schweizerischen Recht. Nach Art. 91 Abs. 1 IPRG gilt korrespondierend für den Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland das Recht, „auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist“. Ein schweizerisches Gericht würde daher die Erbfolge nach dem deutschen Erblasser im Fall des OLG nach schweizerischem Recht beurteilen. Auch wenn im deutschen und schweizerischen Erbrecht viele Gemeinsamkeiten bestehen, kann diese unterschiedliche Anknüpfung im Einzelfall dennoch zu differierenden Ergebnissen führen (Entscheidungsdisens): So werden im schweizerischen Recht die Erb- und Pflichtteilsquoten anders bemessen – insbesondere sind die Pflichtteilsquoten höher als in Deutschland. Das schweizerische Recht kennt nur das einseitige Testament und den Erbvertrag – das gemeinschaftliche Testament ist nicht geregelt.

In der Literatur wird das Problem des Entscheidungsdisens teilweise plastisch als „faktische Nachlassspaltung“ bezeichnet. Das OLG verwendet den Begriff der „Nachlasskollision“. Beide Begriffe führen insoweit in die Irre, als zwischen „deutschem“ und „schweizerischem“ Nachlass differenziert wird. Das entspricht allerdings weder der deutschen noch der schweizerischen Sichtweise, denn die Anknüpfung des Erbstatuts erfolgt hüben wie drüben an die Person des Erblassers (Personalstatut), so dass das ermittelte Erbstatut den gesamten Nachlass regelt (Nachlassseinheit).

Irreführend ist auch die Begründung dafür, wieso Art. 3 a Abs. 2 EGBGB (bis zum 11.1.2009: Art. 3 Abs. 3 EGBGB) in dieser Konstellation nicht eingreift. Folgt man der überwiegenden – wenn auch umstrittenen – Auffassung, dass nicht nur materielle erbrechtliche Sonderregeln für bestimmte Güter (z. B. für Erbhofregeln und Fideikomisse) ein Einzel-

statut begründen können, sondern auch Kollisionsnormen,<sup>1</sup> so ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 3 a Abs. 2 EGBGB, dass nur solche Regeln anerkannt werden, die sich auf das in dem jeweiligen ausländischen Staat belegene Vermögen beschränken. Typischerweise gilt dies im Fall der Nachlassspaltung (bspw. in England, Frankreich und den USA) für die Anwendung der *lex rei sitae* auf das im Inland belegene unbewegliche Vermögen.<sup>2</sup> In gleicher Weise wird aber auch der Fall erfasst, dass der Belegenheitsstaat die Erbfolge sämtlicher dort belegenen Gegenstände dem Belegenheitsrecht unterstellt (wie z. B. in Lettland oder den meisten Staaten von Mexiko).<sup>3</sup> Anders als das OLG München behauptet, kommt es also nicht darauf an, ob der ausländische Staat für bewegliche und unbewegliche Nachlassbestandteile unterschiedliche Anknüpfungen vorsieht. Entscheidend ist, dass die Anwendung des inländischen Erbrechts sich auf das im Inland belegene Vermögen beschränkt.<sup>4</sup> Das ist aber im schweizerischen IPR gerade nicht der Fall.

Verbreitet ist auch die Vorstellung, die rechtliche Beurteilung durch den anderen Staat ließe sich im Fall des Entscheidungsdissenses im Inland nicht durchsetzen. Würde in der Schweiz die Wirksamkeit eines Testaments, die gesetzliche Erbfolge oder Art und Umfang einer Pflichtteilsberechtigung nach einem deutschen Erblasser aufgrund dessen Wohnsitzes in der Schweiz nach den Regeln des schweizerischen ZGB gerichtlich festgestellt, so wäre dieses Urteil gemäß § 328 Abs. 1 ZPO in Deutschland uneingeschränkt anzuerkennen, da sich aus der entsprechenden Anwendung von § 27 ZPO die internationale Anerkennungszuständigkeit der Gerichte des Wohnsitzstaates ergibt.<sup>5</sup> Die Prüfung ausländischer Urteile auf die Anwendung des „richtigen“ Rechts ist mit der IPR-Reform 1986 abgeschafft worden. Auch ein deutscher Erbschein wäre daher dann ggf. nach den Feststellungen eines schweizerischen Prozessgerichts auszustellen. Nur für ausländische Erbscheine greifen diese Anerkennungsregeln nicht, da ein Erbschein keinerlei verfahrensrechtliche Wirkungen, sondern allein materiellrechtliche Wirkungen entfaltet.<sup>6</sup>

## II. Erbstatut und Stiftungsstatut

Des Weiteren betrifft die Entscheidung interessante Fragen zum Verhältnis von Erbstatut zu Stiftungsstatut. Der BGH hatte vor kurzem festgestellt, dass im Verhältnis zur Schweiz die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts nach der Sitztheorie fort gilt.<sup>7</sup> Die Rechtsfähigkeit der in der Schweiz gegründeten Stiftung nach schweizerischem Recht kann daher nur dann anerkannt werden, wenn diese auch den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung in der Schweiz hat. Die Frage, ob der Erblasser durch ein Testament eine Stiftung errichten kann, beurteilt sich ebenfalls nach dem Stiftungsstatut, denn hierbei handelt es sich um kein erbrechtliches, sondern um ein stiftungsrechtlich zu qualifizierendes Rechtsgeschäft.

<sup>1</sup> Ablehnend z. B. *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2006, § 12 II 2 b cc, S. 431 ff.

<sup>2</sup> Siehe nur *Palandt/Thorn*, BGB, 68. Aufl. 2008, Art. 3 a EGBGB Rdnr. 6.

<sup>3</sup> Vgl. *Staudinger/Dörner*, BGB, 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 572; *Bamberger/Roth/S. Lorenz*, BGB, 2. Aufl. 2008, Art. 3 EGBGB Rdnr. 13.

<sup>4</sup> *Bamberger/Roth/S. Lorenz*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 49.

<sup>5</sup> Spiegelbildprinzip, vgl. *Zöller/Geimer*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 328 Rdnr. 101.

<sup>6</sup> BayObLG, NJW-RR 1991, 1098; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 914.

<sup>7</sup> DNotZ 2009, 385 („Trabrennbahn“).

Wie sieht es aber mit der Rückwirkung der Gründung auf den Zeitpunkt des Erbfalls aus? Gemäß Art. 52 des schweizerischen ZGB erwerben eintragungspflichtige Stiftungen ihre Rechtsfähigkeit erst mit Eintragung im Handelsregister. § 84 des deutschen BGB bestimmt hier im Wege einer juristischen Fiktion das Bestehen der Stiftung schon beim Erbfall. Folge ist aber nicht eine rückwirkende Rechtsfähigkeit der Stiftung ab den Zeitpunkt des Erbfalls, sondern allein die Überwindung von § 1923 Abs. 1 BGB, der von der Erbfolge ausschließt, wer beim Erbfall noch nicht lebte. Insoweit handelt es sich also nicht um eine die Rechtsfähigkeit regelnde, stiftungsrechtlich zu qualifizierende Norm, sondern um eine erbrechtliche Frage („kann testamentarischer Erbe werden, wer erst nach dem Erbfall Rechtsfähigkeit erworben hat?“). Daher hat das OLG hier zutreffend das deutsche Recht als Erbstatut und nicht das schweizerische Recht als Stiftungsstatut angewandt.

Rechtsanwalt Dr. *Rembert Süß*, Würzburg

## Kostenrecht

18. KostO §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 7, 44 (*Gegenstandsverschiedenheit bei mehreren Wechseln im Vereinsvorstand*)

**Werden zum Vereinsregister die Neubestellung und das Ausscheiden mehrerer Vorstandsmitglieder sowie eine Satzungsänderung angemeldet, so handelt es sich jeweils um verschiedene Gegenstände i. S. d. § 44 Abs. 2 KostO; für jeden dieser Gegenstände ist ein Geschäftswert von 3.000 € anzusetzen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Hamm, Beschluss vom 18.11.2008, 15 Wx 46/09

Der Beteiligte zu 2 ist ein im Vereinsregister des AG Bochum eingetragener Verein. Im Jahr 2003 bestand dessen Vorstand aus neun Personen. In der Mitgliederversammlung vom 4.7.2004 beschlossen die Mitglieder eine Änderung der Satzung in § 2 und in § 7, nach der der Vorstand nur noch aus sieben Personen besteht. Bei der in der Mitgliederversammlung durchgeführten Vorstandswahl wurden vier bisherige Mitglieder des Vorstands bestätigt und drei neue Mitglieder in den Vorstand gewählt. Fünf bisherige Mitglieder des Vorstands schieden aus.

Der Beteiligte zu 1 fertigte am 27.7.2004 den Entwurf einer Anmeldung zum Vereinsregister, die die erfolgte Satzungsänderung und die veränderte Zusammensetzung des Vorstandes zum Gegenstand hatte. Ferner beglaubigte er die Unterschriften der die Anmeldung unterzeichnenden drei Mitglieder des Vorstandes des Beteiligten zu 2.

*Aus den Gründen:*

In der Sache hält die Entscheidung des LG einer rechtlichen Überprüfung nicht stand (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

Die Anmeldung vom 27.7.2004 enthält die Erklärung der Bestellung der neu berufenen Mitglieder des Vorstands und des Ausscheidens bisheriger Mitglieder des Vorstands. Diese Rechtsvorgänge haben jeweils einen „verschiedenen“ Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 2 KostO.

Bei der Prüfung, ob mehrere gleichzeitig beurkundete Rechtsverhältnisse denselben Gegenstand haben, steht die Frage ihres inneren Zusammenhangs im Vordergrund. Je mehr das mitbeurkundete weitere Rechtsverhältnis von dem Hauptgeschäft abhängt, desto eher ist eine Gegenstandsgleichheit anzunehmen (BGHZ 153, 22 = NJW-RR 2003, 1149 = DNotZ 2003, 297). Der BGH hat in der angeführten Entscheidung die in der Rechtsprechung bis dahin kontrovers behandelte Frage,

ob die Anmeldung der Neubestellung und des Ausscheidens von Geschäftsführern einer GmbH „denselben“ Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO oder verschiedene Gegenstände i. S. d. § 44 Abs. 2 KostO hat, dahingehend entschieden, dass vom Vorliegen verschiedener Gegenstände auszugehen ist. Zur Begründung hat der BGH angeführt, dass der von § 44 Abs. 1 KostO vorausgesetzte „innere“ Zusammenhang zwischen den einzelnen Erklärungen nicht bestehe. So könne die Anmeldung eines neuen Geschäftsführers unabhängig von der Anmeldung eines weiteren neuen Geschäftsführers und der Abberufung eines bisherigen Geschäftsführers vollzogen werden. Zudem beziehe sich die Anmeldepflicht des § 39 Abs. 1 GmbHG auf die konkrete Person des Geschäftsführers und nicht auf ein abstraktes Vertretungsorgan (BGHZ 153, 22 = NJW-RR 2003, 1149 = DNotZ 2003, 297).

Entgegen der Auffassung des LG müssen die zur GmbH und ihren Geschäftsführern angestellten Erwägungen auf den Verein und die Mitglieder seines Vorstands übertragen werden (so auch: *Rohs/Wedewer*, KostO, § 29 Rdnr. 8; *Stöber*, Handbuch des Vereinsrechts, 12. Aufl., Rdnr. 1215; *Kersten/Bühling*, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl., Kapitel § 131 Rdnr. 84 M; *Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 10. Aufl., Rdnr. 4576). Denn auch die Anmeldung von neuen Mitgliedern des Vorstands und des Ausscheidens bisheriger Mitglieder des Vorstands können unabhängig voneinander vollzogen werden. Mit jedem der neu bestellten Vorstandsmitglieder wird ein neues Organisationsverhältnis begründet. Jedes bestellte Vorstandsmitglied tritt in eine Organstellung im Verhältnis nach innen und nach außen (*Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rdnr. 1964).

Dass sich – wie das LG herausstellt – die Vertretungsbefugnis des einzelnen Vorstandsmitglieds nicht unmittelbar aus der Anmeldung/Eintragung ergibt, ist kein geeignetes Differenzierungskriterium, da das Rechtsverhältnis in dem neu begründeten Organisationsverhältnis besteht und nicht in dessen materiellrechtlicher Ausgestaltung, die sich im Einzelnen aus den Satzungsregelungen ergibt. Nicht für überzeugend hält der Senat den weiteren Hinweis des LG darauf, dass sich § 67 BGB anders als § 39 Abs. 1 GmbHG hinsichtlich der Anmeldung auf die Änderung des „Vorstands“ bezieht. Gleichwohl wird dadurch nicht der Vorstand in seiner Gesamtheit zum Gegenstand der Anmeldung. Vielmehr ist auch beim Verein Gegenstand der Anmeldung und der anschließenden Eintragung im Vereinsregister das Ausscheiden bzw. die Neubestellung der jeweils einzelnen Person als Vorstandsmitglied. Dementsprechend müssen in einer korrekt ausformulierten Anmeldung die neu eintretenden und die ausscheidenden Mitglieder des Vorstands namentlich bezeichnet werden (*Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rdnr. 2199). Die Anmeldepflicht betrifft somit jedes einzelne Mitglied des Vorstands, für das sich eine Änderung ergibt.

Im vorliegenden Fall beinhaltet die entworfene Erklärung die Anmeldung der Neubestellung von drei Mitgliedern des Vorstands und das Ausscheiden von fünf bisherigen Mitgliedern, so dass insgesamt acht verschiedene Gegenstände i. S. d. § 44 Abs. 2 KostO vorliegen. Die in der Erklärung zudem enthaltene Satzungsänderung stellt einen weiteren, von der Anmeldung der Neubestellung bzw. des Ausscheidens von Vorstandsmitgliedern verschiedenen Gegenstand dar, so dass es sich im Ergebnis um neun verschiedene Gegenstände i. S. d. § 44 Abs. 2 KostO handelt. Für jeden dieser Gegenstände ist nach § 30 Abs. 2 KostO jeweils ein Geschäftswert von 3.000 € anzusetzen, so dass sich bei der gebotenen Zusammenrechnung nach § 44 Abs. 2 lit. a) KostO ein Gegenstandswert von 27.000 € ergibt.

### Hinweis der Schriftleitung:

Das OLG Hamm bestätigt die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl. 2008, Rdnr. 829.

19. KostO §§ 35, 50 Abs. 1 Nr. 1; GmbHG § 40 Abs. 2 Satz 2 (*Notarielle Bescheinigung der Gesellschafterliste*)

**Die Bescheinigung des Notars gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist ein Nebengeschäft i. S. d. § 35 KostO, durch das keine gesonderte Gebühr ausgelöst wird – auch nicht die gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO.**

OLG Stuttgart Beschluss vom 29.7.2009, 8 W 305/09

Im Streit zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 ist die Erhebung einer Gebühr von brutto 57,12 € gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO in der Rechnung für die Bescheinigung des Notars auf der Gesellschafterliste der Kostenschuldnerin, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen (§ 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG).

Für die Erstellung/Vorbereitung der Liste (§ 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG) wurde eine gesonderte Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO berechnet, die von der Kostenschuldnerin nicht angegriffen wird.

Das LG hat auf ihre Beschwerde die Kostenrechnung durch Beschluss vom 19.6.2009 dahin abgeändert, dass der zu entrichtende Betrag auf brutto 35,11 € festgesetzt wird, weil die Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO nicht angefallen sei. In der Entscheidung wurde zugleich die weitere Beschwerde zugelassen, die der Kostengläubiger eingelegt hat.

### Aus den Gründen:

Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO), sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Zunächst wird zur Vermeidung von Wiederholungen in vollem Umfang Bezug genommen auf die zutreffende und sorgfältige Begründung des LG in der angefochtenen Entscheidung vom 19.6.2009, die keine Rechtsfehler erkennen lässt. Aber nur solche können mit der weiteren Beschwerde gemäß § 156 Abs. 2 Satz 3 KostO geltend gemacht werden.

Auch der Kostengläubiger legt keine Verletzung des Rechts durch die Vorinstanz dar, sondern beruft sich ergänzend auf den Aufsatz von *Sikora/Tiedtke* in MittBayNot 2009, 209.

Diesem ist zu entnehmen, dass das Erstellen der Gesellschafterliste durch den Notar eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst und zwar auch dann, wenn es sich um eine Liste i. S. d. § 40 Abs. 2 GmbHG handelt. In diesem Fall treffe den Geschäftsführer die Pflicht, die Liste zu erstellen, die der Notar gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zu unterschreiben und einzureichen habe.

Die Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO hat der Kostengläubiger erhoben. Deren Berechtigung wurde von der Kostenschuldnerin nicht angezweifelt.

Vorliegend geht es nicht um die Erstellung der Liste, sondern ausschließlich um die Frage, ob die Bescheinigung des Notars gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG eine Gebühr gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO auslöst.

Insoweit wird ergänzend zu den Darlegungen des LG auf den Aufsatz von *Hasselmann* in NZG 2009, 486 verwiesen, der

zur Bescheinigung des Notars gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ausführt, dass sie laut Gesetzesbegründung an die Bescheinigung des Notars gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG „angelehnt“ ist (Reg.-Begr., BT-Drucks. 16/6140, S. 44). Diese wird aber ausdrücklich in § 47 Satz 1 KostO als gebührenfreies Nebengeschäft i. S. d. § 35 KostO qualifiziert, wobei das aus § 1 Satz 1 KostO folgende Analogieverbot zulasten des Kostenschuldners hier nicht entgegensteht (BGH, NJW-RR 2006, 1003; NJW-RR 2007, 1148; OLG Köln, FGPrax 2009, 134; je m. w. N.).

Nach *Hasselmann* sind Sinn und zusätzlicher Gehalt der Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht evident. Sie solle die „Richtigkeitsgewähr“ der Liste erhöhen. Da der Notar bereits nach § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG verpflichtet sei, eine (nach seinem besten Wissen) richtige Liste zu erstellen und einzureichen, ändere sich durch die Bescheinigung nichts (*Hasselmann*, NZG 2009, 486 – ebenso OLG München, NJW-RR 2009, 972 m. w. N. = DNotZ 2009, 637 – gehen entgegen *Sikora/Tiedtke*, MittBayNot 2009, 209, von einer öffentlichrechtlichen Amtspflicht des Notars zur Erstellung und Einreichung der Liste aus, die nicht zur Disposition der Parteien stehe). Eine falsche Liste werde durch die Bescheinigung nicht richtig. Allein die Gesellschafterliste, nicht die Notarbescheinigung sei der Rechtsscheinträger für Zwecke des § 16 GmbHG. Folglich löse die Verletzung der Verpflichtung zur Beifügung einer Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG durch den Notar auch nicht seine Haftung nach § 19 BNotO aus.

(Im Einzelnen wird verwiesen auf den Aufsatz von *Hasselmann*, NZG 2009, 486, mit den dortigen zahlreichen weiteren Nachweisen.)

Der so erläuterte Zweck der Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG bekräftigt die vom LG bereits zutreffend angenommene rechtliche Qualifizierung dieser Amtspflicht des Notars als Nebengeschäft i. S. d. § 35 KostO, durch das keine gesonderte Gebühr ausgelöst wird – auch nicht die gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO.

Es verbleibt deshalb bei der vom LG getroffenen Beschwerdeentscheidung vom 19.6.2009 und das Rechtsmittel des Kostengläubigers hiergegen war als unbegründet zurückzuweisen.

### Anmerkung:

Das OLG Stuttgart hat mit knapper Begründung entgegen der einhelligen Auffassung in der Literatur<sup>1</sup> entschieden, dass für die Bescheinigung des Notars gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG keine Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO anfällt, weil ein Nebengeschäft i. S. d. § 35 KostO vorliegen soll. Die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Erstellung der Liste hat das OLG Stuttgart indes für zutreffend erachtet.

Mit dieser Entscheidung verkennt das OLG Stuttgart die Bedeutung der notariellen Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Zur Begründung verweist es lediglich auf einen Aufsatz von *Hasselmann*<sup>2</sup>. Zwar ist die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG an die nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG angelehnt.<sup>3</sup> Eine Anlehnung bedeutet aber keine Identität, und zwar weder nach materiellem Recht noch hin-

sichtlich der Kostenfolgen. Die Entscheidung des OLG Stuttgart ist daher abzulehnen.

## I. Materiellrechtliche Bedeutung der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG

Die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG geht nach Prüfungsumfang und Bedeutung über die Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG hinaus, weil sie neben Tatsachenbescheinigungen<sup>4</sup> ein Rechtsgutachten des Notars über die Wirksamkeit der Veränderungen im Gesellschafterbestand enthält (§ 24 BNotO). Der Notar darf die notarbescheinigte Gesellschafterliste erst nach „Wirksamwerden“ der Veränderungen erstellen. Gerade bei komplexen Unternehmenskäufen stehen die Verträge in der Regel unter einer Vielzahl aufschiebender Bedingungen (Kaufpreiszahlung, Gremienvorbehalte, Zustimmungen von Kartellbehörden).<sup>5</sup> Der Notar, der den Eintritt derartiger Voraussetzungen zu überprüfen hat, wird sich in der Regel von den Beteiligten hierzu umfassende Nachweise vorlegen lassen.<sup>6</sup> Jeder derartigen Prüfung von Wirksamkeitsvoraussetzungen ist gemein, dass es sich um Umstände handelt, die außerhalb der vom Notar errichteten Urkunde liegen. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zur reinen Tatsachenbescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG. Die Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG soll eben nicht nur zum Ausdruck bringen, dass alte und neue Liste mit Ausnahme der dokumentierten Veränderungen übereinstimmen, sondern auch und vor allem, dass der Notar als Organ der Freiwilligen Gerichtsbarkeit die Wirksamkeit der Anteilsabtretung geprüft hat.<sup>7</sup> Zwar ist Rechtsscheinträger im Rahmen eines gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 GmbHG nur die beim Handelsregister befindliche Liste als solche.<sup>8</sup> In der Praxis ist jedoch die vom Notar bescheinigte Gesellschafterliste der Regelfall.<sup>9</sup> Die Bescheinigung erhöht zusammen mit der Kompetenzerweiterung des Notars bei der Gesellschafterliste die Richtigkeitsgewähr in Bezug auf den Gesellschafterbestand.<sup>10</sup>

## II. Kostenrechtliche Folgerungen

Kostenrechtlich hat dies zur Folge, dass bei einer Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG der Bereich des gebührenfreien Nebengeschäfts (§ 35 KostO) verlassen und der Anwendungsbereich des § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO eröffnet ist. Insoweit verkennt das OLG Stuttgart die Reichweite des § 35 KostO. Hierunter fällt zwar alles, was als minderwertige Tätigkeit zu einem anderweitigen Hauptgeschäft anzusehen ist. Dies gilt allerdings nur, wenn das Geschäft nicht als selbständiges Geschäft in Erscheinung tritt und nur dazu dient, das Hauptgeschäft vorzubereiten und zu fördern.<sup>11</sup> Letztlich lässt sich die Reichweite des § 35 KostO nur aus einer Zusam-

<sup>4</sup> Ebenso *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1049.

<sup>5</sup> *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 491.

<sup>6</sup> Ebenso *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 490.

<sup>7</sup> *Link*, RNotZ 2009, 193, 204; hierzu auch bereits eingehend *Preuss*, ZGR 2008, 676, 693 f.

<sup>8</sup> Der Wortlaut knüpft den guten Glauben gerade nicht (nur) an eine notarbescheinigte Liste, auch wenn dies wünschenswert wäre, vgl. hierzu etwa *Mayer*, DNotZ 2008, 408, 431 f.

<sup>9</sup> Ebenso *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 490; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 383 ff.

<sup>10</sup> *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1048; *ders.* bereits in DNotZ 2008, 403, 411.

<sup>11</sup> Diese klassische Definition zu § 35 KostO stammt von KG, KGJ 1996, 361.

<sup>1</sup> *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 50 Rdnr. 13 und Rdnr. 49; *Böhringer*, BwNotZ 2008, 111; *Kersten/Bühling/Kanzleiter/M. Wachter*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl. 2008, § 145 Rdnr. 47.

<sup>2</sup> NZG 2009, 486.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu die Begründung im Regierungsentwurf zum MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

menschau mit den §§ 146, 147 KostO ermitteln. Ein in kostenrechtlicher Hinsicht unselbständiges Nebengeschäft kann nämlich nur eine sonstige Amtshandlung des Notars sein, für die die Kostenordnung keine spezielle Norm enthält. Löst eine Amtstätigkeit hingegen eine gesetzlich normierte Gebühr aus, ist der Anwendungsbereich des § 35 KostO verlassen. Auch der BGH<sup>12</sup> teilt diese Auffassung, wenn er feststellt, dass § 146 KostO eine Spezialnorm im Verhältnis zu § 35 KostO für Nebengeschäfte darstellt und auch § 147 KostO in diesem Lichte zu sehen ist. Darüber hinaus verweisen bestimmte Normen der KostO – wie etwa §§ 47 Satz 1 Hs. 2, 146 Abs. 1 Satz 1, 147 Abs. 3 KostO ausdrücklich auf § 35 KostO.<sup>13</sup> Für eine Tatsachenbescheinigung des Notar stehen jedoch weder § 146 KostO noch § 147 KostO in Rede. Vielmehr kennt die KostO mit § 50 Abs. 1 Nr. 1 einen konkreten Gebührentatbestand. Auch die Satzungsbescheinigung würde unter § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO fallen, wenn nicht § 47 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO deren Gebührenfreiheit ausdrücklich anordnen würde. Da im Falle einer Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG eine derartige Anordnung fehlt, sie auch keinen Annex zu einem Beschluss nach § 47 KostO darstellt und zudem in ihrer Bedeutung über die Satzungsbescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG erheblich hinausgeht, verbleibt es kostenrechtlich bei der Anwendung des § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO.

Zu erheben ist demnach – für das Erstellen der Liste – eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Teilwert von 10 % bis 20 % des Stammkapitals. Das Anbringen des Wirksamkeitsvermerks und damit der Bescheinigung i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG löst eine weitere Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO in Höhe von  $\frac{10}{10}$  aus einem angemessenen Teilwert aus dem Wert der Anteilsabtretung aus. Angemessen ist in der Regel ein Teilwert von etwa 30 %.<sup>14</sup> Sind keine Wirksamkeitsvoraussetzungen zu prüfen, weil die Anteilsabtretung sofort wirksam ist, hat der Notar gleichwohl eine Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu erstellen, die auch in diesem Fall eine Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO auslöst. Der geringere Prüfungsumfang ist durch einen niedrigeren Teilwert zum Ausdruck zu bringen.<sup>15</sup>

Notar a. D. Dr. Markus Sikora, München

<sup>12</sup> DNotZ 2006, 954 = MittBayNot 2007, 71 = ZNotP 2006, 397 = RNotZ 2006, 621.

<sup>13</sup> Hierzu auch näher *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO*, 17. Aufl., § 35 Rdnr. 7.

<sup>14</sup> Vgl. *Sikora/Tiedtke*, MittBayNot 2009, 209, 210 m. w. N.

<sup>15</sup> In diesem Sinne bereits *Sikora/Tiedtke*, MittBayNot 2009, 209, 211.

## Öffentliches Recht

20. BauGB § 123 Abs. 2 (*Verkauf eines „erschlossenen“ Grundstücks*)

**Verkauft eine Partei eine „erschlossene“ Grundstücksfläche, verpflichtet sie sich vertraglich, die erforderlichen Erschließungsanlagen herzustellen. Dabei kann eine Erschließungsanlage auch eine im privaten Eigentum stehende Anlage, insbesondere ein Privatweg, sein. Zur Erschließung gehören alle Maßnahmen, die notwendig sind, um ein Grundstück baureif zu machen. Dies verlangt u. a. den Anschluss an das öffentliche Wegenetz, damit das Grundstück erreichbar ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 12.12.2008, 17 U 81/07

Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem Grundstückskaufvertrag. Die Klägerin ist ein Bauunternehmen. Sie erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom 2.8.2002 von der Beklagten fünf Teilstücke des Flurstücks 54/4, Gemarkung N–H, im Bereich des Bebauungsplanes Nr. 45 – Solarsiedlung der Gemeinde H.

In § 2 des Vertrages ist bestimmt:

„(1) In dem Kaufpreis sind neben dem Grunderwerb enthalten: (...)

f) die Kosten der erstmaligen Herstellung der öffentlichen Straßen und Wege einschließlich der Straßenbeleuchtung entsprechend dem Durchführungsvertrag mit der Gemeinde H.“

In § 4 des Vertrages ist bestimmt:

„(1) Die Erschließung des Kaufgegenstandes wird von der Verkäuferin auf der Grundlage des zwischen ihr und der Gemeinde H geschlossenen Durchführungsvertrages und etwaiger ergänzender Vereinbarungen durchgeführt. Der Kaufgegenstand wird als erschlossenes Grundstück verkauft.

(2) Die Verkäuferin weist den Käufer darauf hin, dass die Herstellung der Hausanschlüsse an das öffentliche Netz für das Regen- und Schmutzwasser sowie der sonstigen Versorgungseinrichtungen nach den Satzungen und Geschäftsbedingungen der einzelnen Versorgungsträger zu erfolgen hat und nicht Bestandteil der Erschließung ist. Ebenso sind die Hausanschlusskosten bzw. Baukostenzuschüsse der einzelnen Versorgungsträger nicht Bestandteil des Kaufvertrages und werden von den einzelnen Versorgungsträgern direkt erhoben (...).“

In dem in Bezug genommenen, notariellen Durchführungsvertrag ist in § 5 Abs. 3 bestimmt:

„Vor Beginn der Hochbautätigkeit werden sämtliche Straßen mit einer ausreichenden Schwarzdecke mit einer 10 cm starken Tragschicht erstellt.“

Die Verlängerung des S-steps in östlicher Richtung liegt zwischen den von der Klägerin erworbenen Bauplätzen 1.1 und 1.2 einerseits und den Bauplätzen 3.1, 3.2 und 3.3 andererseits. Sie besteht noch immer aus einem festgefahretem Sandgemisch. Die vorhandene seitliche Einfassung des Weges wurde von den Eigentümern der angrenzenden Hausgrundstücke erstellt.

*Aus den Gründen:*

Die Berufung ist zulässig und hat teilweise Erfolg.

1. Entgegen der Auffassung des LG ergibt sich ein Anspruch auf Herstellung des Erschließungsweges in östlicher Verlängerung des S-steps mit einer 10 cm starken Tragschicht und einer ausreichenden Schwarzdecke sowie einer beidseitigen Wegeeinfassung aus § 4 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrages vom 2.8.2002.

Die Beklagte hat der Klägerin nach § 4 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrages eine „erschlossene“ Grundstücksfläche verkauft. Sie hatte sich damit vertraglich verpflichtet, die erforderlichen Erschließungsanlagen herzustellen. Erschließungsanlage i. S. v. § 123 Abs. 2 BauGB kann auch eine im privaten Eigentum stehende Anlage, insbesondere ein Privatweg sein. Gleiches gilt für befahrbare und nicht befahrbare private Wohnwege, Eigentümerwege und sonstige Privatwegenetze zur „inneren Erschließung“ von Wohnsiedlungen (vgl. *Schrödter/Quaas*, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 123 Rdnr. 5). Zur Erschließung gehören alle Maßnahmen, die notwendig sind, um ein Grundstück baureif zu machen. Dies verlangt u. a. den Anschluss an das öffentliche Wegenetz, damit das Grundstück erreichbar ist (*Schrödter/Rieger*, BauGB, § 30 Rdnr. 17).

Die Grundstücke 1.1, 1.2, 3.2, 3.3 und 3.4 sind nur über den streitgegenständlichen Bereich mit dem als öffentliche Straße ausgewiesenen S-steg verbunden, so dass eine Straße zur Erschließung erforderlich ist. Von der Funktionsfähigkeit einer Straße als Erschließungsanlage kann man bei Straßen mit Wohnbebauung aber nur bei hinreichender Befestigung

der Fahrbahn ausgehen (vgl. BVerwGE 64, 186; *Schrödter/Rieger*, BauGB, § 30 Rdnr. 21). Auch ist nichts dafür ersichtlich, dass und weshalb der an die Klägerin zu liefernde Erschließungsstandard bei den einzelnen Grundstücksparzellen hätte unterschiedlich ausfallen dürfen.

Dieser Auslegung des § 4 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrages steht nicht entgegen, dass in § 2 Abs. 1 lit. f) bestimmt ist, dass neben dem Grunderwerb in dem Kaufpreis „die Kosten der erstmaligen Herstellung der öffentlichen Straßen und Wege einschließlich der Straßenbeleuchtung entsprechend dem Durchführungsvertrag der Gemeinde H“ enthalten sind. Denn schon dem Wortlaut ist zu entnehmen, dass neben der erstmaligen Herstellung der öffentlichen Straßen auch die erstmalige Herstellung der „Wege“ im Kaufpreis enthalten ist. Davon wird aber auch die Verlängerung des S-stegs erfasst, obwohl es sich nach der Satzung der Gemeinde H über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan Nr. 45 für das Gebiet „Solarsiedlung (...)“ lediglich um eine mit „Geh-, Fahr- und Leitungsrechten zu belastende Fläche zugunsten der Anlieger und der Ver- und Entsorgungsträger“ gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 21 BauGB und nicht um eine öffentliche Straßenverkehrsfläche i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB handelt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 5 des Durchführungsvertrages, auf den in § 2 lit. f) und in § 4 Abs. 1 Satz 1 des Kaufvertrages verwiesen wird, wonach nur „sämtliche Straßen“ mit einer ausreichenden Schwarzdecke mit einer 10 cm starken Tragschicht erstellt werden sollten. Denn auch insoweit ist aus den oben genannten Gründen davon auszugehen, dass hier mit „Straßen“ alle Erschließungsstraßen und damit auch alle zur Erschließung notwendigen Privatwege gemeint sind, zumal sich aus der Überschrift ergibt, dass § 5 die „Herstellung, Art und Umfang der Erschließungsanlagen“ schlechthin regelt.

Anderes folgt schließlich auch nicht daraus, dass die Verlängerung des S-steges im Grünordnungsplan von April 2001 als wassergebundene Fläche ausgewiesen ist. Eine solche Festsetzung ist nämlich nicht in den Bebauungsplan übernommen worden. Zudem bestand eine entsprechende Festsetzung nach dem Grünordnungsplan auch für den S-steg selbst, ohne dass dies die Befestigung mit einer Schwarzdecke – wie von der Klägerin auch für seine Verlängerung beantragt – verhindert hätte. (...)

#### Anmerkung:

– zugleich auch Anmerkung zu BGH, MittBayNot 2009, 460 (in diesem Heft) –

#### I. Verkauf „vollerschlossen“

„Der Kaufgegenstand wird als erschlossenes Grundstück verkauft.“ Diese häufig in Exposés von Maklern enthaltene Angabe („voll erschlossen“) ist leider, wie der Fall des OLG Schleswig zeigt, nicht eindeutig. Aus den Entscheidungsgründen lässt sich entnehmen, dass ein Vorhabenträger unter Geltung des neuen Schuldrechts einen Kaufvertrag, der die obige Formulierung enthielt, mit einem Bauplatzkäufer abschloss. Hinsichtlich der Einzelheiten der Erschließung wurde auf die diesbezügliche Verpflichtung im notariell beurkundeten Durchführungsvertrag Bezug genommen. Das Gericht knüpft bei der Auslegung der Vereinbarung an die öffentlichrechtlichen Begriffe an. Dies ist durch die Verbindung mit dem öffentlichrechtlichen Durchführungsvertrag<sup>1</sup> naheliegend. Auf die zivilrechtliche Dogmatik geht die Entscheidung nicht ein. Nicht

<sup>1</sup> Vgl. das Muster bei *Busse/Grziwotz*, VEP, 2. Aufl. 2006, Anh. II 1.

angesprochen wird ferner die Streitfrage, ob wegen der Verpflichtung zur Herstellung der Erschließungsanlagen ein Werkvertrag auch gegenüber dem Erwerber vorlag.<sup>2</sup>

Die Vereinbarung, dass Kaufgegenstand ein (bis zu einem bestimmten Grad) erschlossenes Grundstück ist, könnte eine Beschaffenheitsvereinbarung sein.<sup>3</sup> Da für die Durchführung der Erschließung regelmäßig Abgaben erhoben werden oder Zahlungen zu leisten sind, betrifft die Vereinbarung über den Erschließungszustand eines Grundstücks jedoch in erster Linie die Kostenlast.<sup>4</sup> Dies zeigt der Fall des BGH, bei dem nicht nur von Kosten der Erschließung gesprochen wird, sondern zusätzlich im Zusammenhang mit dem Kaufpreis geregelt wird, welche Vertragspartei die diesbezüglichen Kosten zu tragen hat. Trotz einer scheinbar detaillierten Formulierung ist hierüber allerdings später Streit entstanden.

#### II. Vertragliche und gesetzliche Abrechnungsgrundsätze

Für die Gestaltung der Erschließungskostenregelung im notariellen Kaufvertrag gibt es nach der Rechtsprechung zwei Eckpunkte:

Der Notar soll zunächst Transparenz schaffen. Er soll die Frage der Erschließungs- und sonstigen Anliegerbeiträge mit den Beteiligten erörtern.<sup>5</sup> Er kann sich wegen der auch unter Maklern vorhandenen diesbezüglichen Fehlvorstellungen nicht darauf verlassen, dass diese Frage bereits geklärt wäre. Häufig lassen sich die entsprechenden Fragen in der Beurkundung nicht beantworten. Deshalb empfiehlt es sich, bereits im Vorfeld die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass sie sich über den beitragsrechtlichen Zustand bei der zuständigen Körperschaft erkundigen sollten. Aufgabe des Notars ist es, auf dieser Basis eine Gestaltung zu finden, die ungesicherte Vorausleistungen vermeidet oder, falls die Beteiligten eine andere Lösung (z. B. Kaufpreis inklusive einer bestimmten Erschließungssituation) wünschen, Sicherungsmöglichkeiten vorzuschlagen, über deren Einbeziehung in den Vertrag dann die Beteiligten selbst entscheiden können.<sup>6</sup>

Den Notar trifft schließlich eine Formulierungspflicht.<sup>7</sup> Hierzu empfiehlt es sich, an die entsprechenden Rechtsnormen anzuknüpfen, nämlich die §§ 127 ff. BauGB bzw. das entsprechende Landeserschließungsbeitragsrecht, das Kommunalabgabenrecht zur Wasserversorgung, zur Entwässerung, (mit Ausnahme von Baden-Württemberg) zum Straßenausbau und zu den Hausanschlüssen sowie schließlich die §§ 9, 10 AVB WasserV, §§ 9, 10 AVB FernwärmeV, die §§ 9, 10 NAV (Elektrizitätsversorgung) und §§ 9, 10 NDAV (Gasversorgung), die jeweils eine Kostenerstattung für die Herstellung des Netzanschlusses und einen Baukostenzuschuss zur Deckung der örtlichen Verteileranlagen enthalten. Den Regelungen der Versorgungsbedingungen über die Baukostenzuschüsse der Anschlussnehmer liegt das Prinzip der verursachergerechten Kostenverteilung zugrunde, während im Kommunalabgabenrecht die Beitragserhebung nach dem Vorteilsprinzip erfolgt.<sup>8</sup> Es handelt sich bei den Baukostenzuschüssen um ein privatrechtliches Entgelt, für das der

<sup>2</sup> Vgl. nur *Basty*, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 113.

<sup>3</sup> BGH, MDR 2001, 149.

<sup>4</sup> Vgl. BGH, DNotZ 1994, 52; OLG Düsseldorf, RNotZ 2002, 230 f.

<sup>5</sup> BGH, DNotZ 1995, 403.

<sup>6</sup> BGH, ZfIR 2008, 247.

<sup>7</sup> Siehe nur BGH, MittBayNot 2005, 177.

<sup>8</sup> BGH, NJW-RR 2006, 133; BeckRS 2005, 1254.

Erwerber eines Grundstücks nicht haftet.<sup>9</sup> Bei einem Vertrag über die Versorgung mit Fernwärme ist der Veräußerer zusätzlich verpflichtet, dem Erwerber den Eintritt in den Versorgungsvertrag aufzuerlegen (§ 32 Abs. 5 Satz 2 AVBFernwärmeV).

Eine Abrechnung nach Leistungsabschnitten, insbesondere hinsichtlich der für die Versorgung des entsprechenden Grundstücks erforderlichen Leitungen, findet sich weder in den öffentlichrechtlichen noch in den privatrechtlichen Rechtsgrundlagen. Allerdings gehen die Beteiligten häufig und in manchen Fällen auch im Grundstücksverkehr beteiligte Berater wie z. B. Makler, Banken usw. von einer derartigen Kostenverteilung aus. Konsequenz ist dann die in Verträgen niedergelegte Formulierung, dass der Verkäufer die Kosten der externen Erschließung bis an die Grundstücksgrenze und der Käufer diejenigen der internen Erschließung auf dem Grundstück zu tragen hat. Auch der Begriff „voll erschlossen“ findet sich in keiner der vorzitierten Rechtsgrundlagen; deshalb bedarf er der Konkretisierung. Dieses Problem ist aus dem Bauträgervertrag mit der vielfach gewünschten Komplettpreisvereinbarung „inklusive Ersterschließung“<sup>10</sup> bekannt. Für den Verkäufer können allzu „vollmundige“ Zusagen hinsichtlich des Erschließungszustands gefährlich sein. Seine Verpflichtung, den Käufer von diesbezüglichen Kosten freizustellen, trifft ihn auch noch nach vielen Jahren.<sup>11</sup> Selbst bei einer für ihn vorteilhaften Erschließungskostenklausel kann er bei einer weitergehenden Aussage in einem Inserat oder Exposé wegen der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht für weitergehende Kosten haften.<sup>12</sup> Diese Haftung kann auch den Makler treffen, wenn er sich nicht darauf beschränkt, die Informationen des Verkäufers hinsichtlich des erschließungsmäßigen Zustands des Grundstücks weiterzugeben, oder wenn er diesbezügliche Erklärungen ins Blaue hinein abgibt bzw. in den Entwurf des Kaufvertrages aufnehmen lässt.

### III. Formulierung und Auslegung

Die Rechtsprechung hat entsprechende Formulierungen ausgelegt. So soll der Begriff „Erschließungskosten nach dem BauGB“ auch die landesrechtlichen Anliegerbeiträge sowie die Hausanschlusskosten beinhalten.<sup>13</sup> Zu den „Anlagen i. S. v. § 123 BauGB“ gehören auch die Anlagen zur Versorgung der Grundstücke mit Elektrizität, Wärme und Gas, der Be- und Entwässerung und der Abfallentsorgung.<sup>14</sup> Die „erstmalige Erschließung“ kann auch die Errichtung eines privaten Stichwegs umfassen.<sup>15</sup> Unklar ist, was hinsichtlich nicht erwähnter Kosten der naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen und eines den Beteiligten nicht bekannten Ausgleichsbetrags (§ 154 BauGB) im Sanierungsgebiet gilt. Nach der Rechtsprechung<sup>16</sup> kommt es bei einer Lücke auf das Kriterium des Erschließungsvorteils an; ergibt sich auch danach keine eindeutige Lösung, werden die Kosten häufig hälftig geteilt.

Der BGH<sup>17</sup> geht bei Erschließungskostenregelungen nunmehr davon aus, dass diese aufgrund der angesprochenen juristi-

schen Schwierigkeiten für die Parteien möglicherweise nicht ohne weiteres zu verstehen sind, selbst wenn sie der Notar formuliert. Deshalb soll es auch bei vorformulierten Klauseln zunächst darauf ankommen, wie die Parteien die Klausel übereinstimmend verstanden haben. Dabei ist die Erläuterung des Notars von erheblicher Bedeutung. Erforderlich ist nicht, dass sich der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden zu Eigen macht. Es genügt vielmehr, dass er ihn aufgrund der Erläuterung des Notars erkennt und in Kenntnis dieses Willens den Vertrag abschließt.<sup>18</sup> Die Unklarheitenregelung des § 305 c Abs. 2 BGB (früher § 5 AGBG) kommt nur dann zur Anwendung, wenn sich ein übereinstimmender Wille nicht feststellen lässt und deshalb mindestens zwei Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar sind.<sup>19</sup> Das vom BGH erwähnte Transparenzgebot verlangt hinsichtlich der Formulierung zweierlei: Zum einen muss die Formulierung für den durchschnittlichen Vertragspartner verständlich sein. Dies ist gerade bei Erschließungskostenregelungen häufig nur im Zusammenhang mit der Erläuterung des Notars möglich. Im Hinblick darauf, dass die Versorgungsbedingungen als Geschäftsbedingungen sämtlichen Versorgungsverträgen zugrunde gelegt werden und die Verpflichtung zur Entrichtung von Beiträgen an die zuständige Körperschaft bekannt ist, kann der Notar auf die darin verwendeten Begriffe bei seiner Formulierung abstellen, wenn er sie den Beteiligten erläutert. Zum anderen muss die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen deutlich erkennen lassen. Es darf somit nichts „beschönigt“ werden. Diesen Vorteil haben Lösungen, die relativ einfach sind, wie der Kauf eines unerschlossenen Grundstücks, bei dem sämtliche Kosten der Käufer zu tragen hat. Aber auch die Bescheidlösung kann Streit vermeiden, wenn sich ein Käufer über den beitragsrechtlichen Zustand bei der zuständigen Gemeinde oder dem Zweckverband, falls dieser beitragshebende Körperschaft ist, erkundigt hat. Hat der Käufer hiervon Kenntnis, kann diese Regelung auch im Hinblick auf eine späte Abrechnung oder die bisherige noch nicht endgültige Abrechnung eine klare Kostenabgrenzung beinhalten. Aber auch andere Lösungen, wie z. B. die Ausbauzustandslösung und die Beginnlösung sind, selbst wenn die diesbezüglichen Kosten noch nicht berechnet werden können, hinreichend transparent. Schwierigkeiten ergeben sich meist dann, wenn bestimmte Kosten im Kaufpreis enthalten sein sollen, sich die Parteien hierüber aber kaum Gedanken gemacht haben und später niemand zahlen möchte. Hier kommt es auf eine möglichst genaue Auflistung hinsichtlich der Kostentragung der einzelnen Bestandteile an. Im Hinblick auf die Erläuterung des Notars können sich Probleme ergeben, wenn von einem „Zentralnotar“ gefertigte Entwürfe vom „Ortsnotar“ beurkundet und erläutert werden. In diesen Fällen kann es sich empfehlen, beim Kollegen nachzufragen, wie er seine eigene Klausel versteht. Diese „authentische“ Interpretation kann dann den Beteiligten – zweckmäßigerweise durch Beifügung zur Urkunde – „weitergegeben“ werden.

### IV. Kostenregelung im unwirksamen Vertrag

Das OLG Schleswig behandelt die Frage, wie sich der Umstand auswirkt, dass der Vorhabenträger die Erschließungsleistungen nicht vollständig erbracht hat, nicht. Konsequenz beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan ist, dass das durch ihn geschaffene Baurecht entschädigungslos wieder entzogen werden kann (§ 12 Abs. 6 BauGB). Allerdings führt wohl

<sup>9</sup> BGHZ 100, 299; BGH, NJW 1990, 2130; NJW-RR 1991, 408.

<sup>10</sup> LG Gießen, NotBZ 1999, 34.

<sup>11</sup> OLG Saarbrücken, DNotZ 2007, 35.

<sup>12</sup> BGH, NJW-RR 1994, 76.

<sup>13</sup> Siehe nur OLG Koblenz, BauR 2003, 391.

<sup>14</sup> BGH, MittBayNot 2005, 177.

<sup>15</sup> OLG Düsseldorf, BauR 1995, 559.

<sup>16</sup> BGH, MittBayNot 2000, 316.

<sup>17</sup> MittBayNot 2009, 459 (in diesem Heft).

<sup>18</sup> So bereits BGH, NJW 1983, 721; NJW-RR 1989, 932; NJW-RR 1993, 373.

<sup>19</sup> St. Rspr., vgl. nur BGHZ 112, 65, 68; BGH, NJW-RR 2003, 1247; NJW 2007, 504, 506.

selbst die Unwirksamkeit des Durchführungsvertrags und der Satzung nicht dazu, dass der Umfang der geschuldeten Erschließungskosten im zivilrechtlichen Kaufvertrag nicht unter Bezugnahme auf die vertraglichen und satzungsmäßigen Herstellungspflichten definiert werden kann. Dies hat Bedeutung auch beim Kauf vom Bauträger, der mit der Gemeinde, wie dies häufig der Fall ist, einen formunwirksamen Erschließungsvertrag geschlossen hat. Die Verpflichtung des Bauträgers gegenüber dem Käufer zur Entrichtung der Kosten der Ersterschließung bleibt bestehen, auch wenn der Bauträger die Baupflicht nicht erfüllt. Dies zeigt, dass es sich bei der Klausel in Immobilienverträgen über die Erschließungs- und Anliegerbeiträge letztlich um eine Kostentragungsregelung handelt.

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

## Steuerrecht

21. EStG §§ 9 Abs. 1 Satz 1, 21 Abs. 1 Satz 1, 10 e (*Werbungskosten bei beabsichtigter Aufhebung eines Vorbehaltsnießbrauchs*)

**Reparaturaufwendungen des Eigentümers einer mit einem Vorbehaltsnießbrauch belasteten Immobilie können vorab entstandene Werbungskosten sein, wenn der Eigentümer die Aufwendungen im eigenen Interesse als künftiger Nutzer der Immobilie gemacht hat und eine zeitnahe Aufhebung des Nießbrauchs beabsichtigt war. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BFH, Urteil vom 25.2.2009, IX R 3/07

Die Kläger sind Ehegatten, die im Streitjahr (1994) zur Einkommensteuer zusammen veranlagt wurden. Mit notariell beurkundetem Schenkungsvertrag vom 29.6.1993 erwarb der Kläger von seinen Eltern ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück; die Kläger bewohnten dort seit 1978 eine Dachgeschosswohnung, die anderen Wohnungen waren fremdvermietet. In Ziffer 2 des Schenkungsvertrages behielten sich die Eltern des Klägers an dem Grundstück den „Nießbrauch auf Lebenszeit“ vor. Für die Ausgestaltung des Nießbrauchs wurde zwischen den Beteiligten die Geltung der gesetzlichen Bestimmungen mit der Maßgabe vereinbart, dass der Nießbraucher im Verhältnis zum Eigentümer verpflichtet sei, alle außerordentlichen Aufwendungen für das Grundstück, insbesondere für Instandhaltung, Instandsetzung, Verbesserung, Umgestaltung oder Erneuerung ersatzlos zu tragen. Die Entscheidung, ob und wann solche Maßnahmen durchgeführt werden sollten, oblag dem Nießbraucher. Nach Ziffer 4 des Schenkungsvertrages sollte die Übergabe des „tatsächlichen Besitzes“ am Grundstück an dem Tag erfolgen, an dem der vorbehaltene Nießbrauch vollständig erlischt. Am Tag der Besitzübergabe sollten Nutzen, Lasten, Gefahrtragung und gesetzliche Haftpflicht auf den Kläger übergehen. Im Zuge der weiteren Vereinbarungen des Schenkungsvertrages verpflichtete sich der Kläger gegenüber seinen Eltern, über das Grundstück nicht ohne deren ausdrückliche schriftliche Zustimmung durch Belastung oder Veräußerung zu verfügen.

Im Jahr 1994 bauten die Kläger die von ihnen bewohnte Dachgeschosswohnung aus; die Grundfläche der Wohnung wurde hierbei um 40 m<sup>2</sup> erweitert. Die Kosten für den Ausbau der Dachgeschosswohnung beliefen sich auf 344.236 DM. Gleichzeitig ließen die Kläger eine umfassende Renovierung des gesamten Gebäudes durchführen; die Kosten hierfür betragen im Streitjahr insgesamt 104.383 DM. Am 15.8.1994 ist der nießbrauchsberechtigte Vater des Klägers, am 1.2.1995 die nießbrauchsberechtigte Mutter des Klägers verstorben.

In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machte der Kläger für die Dachgeschosswohnung die Steuerbegünstigung nach § 10 e Abs. 1 EStG in der im Streitjahr geltenden Fassung i. H. v. 19.800 DM geltend. Hinsichtlich der für die Renovierung des Mehr-

familienhauses angefallenen Kosten i. H. v. 104.383 DM beantragte der Kläger eine Verteilung auf fünf Jahre; gleichzeitig beantragte er, 1/5 der Aufwendungen – mithin 20.876 DM – als vorab entstandene Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu berücksichtigen. Von den ihm entstandenen Finanzierungskosten i. H. v. 9.443,06 DM setzte der Kläger 80 % (mithin 7.555 DM) als vorab entstandene Werbungskosten an; die restlichen 20 % (1.890 DM) entfielen nach Angaben des Klägers auf die selbstgenutzte Wohnung im Dachgeschoss. Hiervon erklärte der Kläger <sup>11</sup>/<sub>12</sub> (1.732 DM) als Aufwendungen vor Bezug i. S. d. § 10 e Abs. 6 EStG.

Der Beklagte (das FA) berücksichtigte im Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr weder die vom Kläger geltend gemachten Steuerbegünstigungen nach § 10 e Abs. 1 und Abs. 6 EStG noch die vom Kläger geltend gemachten vorab entstandenen Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung. Die hiergegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg. Das FG vertrat in seinem in EFG 2007, 347 veröffentlichten Urteil die Auffassung, dass die vom Kläger getragenen Renovierungsaufwendungen für das Mehrfamilienhaus keine vorab entstandenen Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung darstellten, weil im Streitjahr noch nicht ausreichend sicher absehbar gewesen sei, wann der Kläger aufgrund des Wegfalls des Nießbrauchsrechts seiner Eltern Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG erzielen könne. Auch die Steuerbegünstigung des § 10 e EStG stehe dem Kläger nicht zu, da er im Streitjahr zwar zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der von ihm genutzten Wohnung im Dachgeschoss gewesen sei, er jedoch seine Nutzungsbefugnis von den nießbrauchsberechtigten Eltern abgeleitet habe. Daher habe keine auf dem Eigentum beruhende Eigennutzung, sondern lediglich eine Nutzung aufgrund fremden Rechts vorgelegen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

1. Das FG ist auf der Grundlage seiner Feststellungen zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger die Kosten für die Renovierung des nießbrauchbelasteten Mehrfamilienhauses nicht als vorab entstandene Werbungskosten aus den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung im Streitjahr geltend machen kann.

a) Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG sind Werbungskosten Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung von Einnahmen. Sie sind nach § 9 Abs. 1 Satz 2 EStG bei der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung abzuziehen, wenn sie bei ihr erwachsen, und d. h., durch sie veranlasst sind (ständige Rechtsprechung, vgl. z. B. BFHE 220, 264 = BStBl II 2008, S. 572). Fallen solche Aufwendungen schon an, bevor mit dem Aufwand zusammenhängende Einnahmen erzielt werden, können sie als vorab entstandene Werbungskosten berücksichtigt werden, wenn ein ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und der Einkunftsart besteht, in deren Rahmen der Abzug begehrt wird (BFHE 160, 466 = BStBl II 1990, S. 830; BFH/NV 2009, 68). Allerdings fehlt es nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats an der Absicht, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen, wenn der Steuerpflichtige Aufwendungen für eine Immobilie tätigt, die eine andere Person zu nutzen berechtigt ist (vgl. BFH/NV 1992, 591, m. w. N.).

Andererseits können Reparaturaufwendungen des Steuerpflichtigen für eine Immobilie, dessen Nutzungsrecht einer anderen Person zusteht, bei ihm vorab entstandene Werbungskosten sein, wenn sich aus den Gesamtumständen des Falles ergibt, dass der Steuerpflichtige die Aufwendungen im eigenen Interesse als zukünftiger Nutzer des Hauses gemacht hat

(vgl. BFH/NV 2001, 24). In diesem Fall kann die Einkünfteerzielungsabsicht auch dann bejaht werden, wenn die für die zukünftige Nutzung durch den Steuerpflichtigen erforderliche materielle Rechtsänderung – durch Abschluss einer notariellen Vereinbarung – noch nicht eingetreten ist.

b) Im Streitfall tragen die Tatsachenfeststellungen des FG – zu denen auch der Inhalt der Niederschrift über die Erörterung der Streitsache vom 10.4.2003 gehört (vgl. BFHE 143, 117 = BStBl II 1985, S. 305) – und ihre Würdigung nicht die Annahme, dass es im Streitfall an einem ausreichend bestimmten wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den vom Kläger getätigten Aufwendungen und der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung fehle. Denn nach den Feststellungen des FG in der Niederschrift gingen der Kläger und seine Nießbrauchsberechtigten Eltern einvernehmlich davon aus, dass der auf der Immobilie des Klägers lastende Nießbrauch zeitnah aufgehoben werden sollte. Für ein dahingehendes Einvernehmen spricht, dass hinsichtlich eines weiteren, der Schwester des Klägers schenkweise überlassenen und ebenfalls mit einem Nießbrauch zugunsten der Eltern belasteten Grundstücks in gleicher Weise beabsichtigt war, das Nießbrauchsrecht mit Blick auf die bevorstehende Scheidung der Schwester zeitnah aufzuheben. Ferner spricht dafür, dass der Kläger – entgegen der Nießbrauchsvereinbarung in Ziffer 2 des Schenkungsvertrages – im Zuge des sich zeitlich an die behauptete Übereinkunft anschließenden gesamten Ausbau- und Renovierungsvorganges sowohl in Verträgen mit Bauunternehmen als auch gegenüber den Bauordnungsbehörden als Bauherr aufgetreten ist. Gleichwohl hat das FG nicht geprüft, inwieweit der Kläger die von ihm geleisteten Aufwendungen ausschließlich vor dem Hintergrund dieser Übereinkunft mit seinen Eltern getätigt hat. Nach Maßgabe dieser Grundsätze kann die Vorentscheidung keinen Bestand haben; sie ist daher aufzuheben. Das FG wird im zweiten Rechtsgang der Frage nachgehen, ob und gegebenenfalls inwieweit der Kläger die Aufwendungen im eigenen Interesse als zukünftiger Nutzer des Hauses gemacht hat; dabei kann es auch spätere Tatsachen und Ereignisse (wie etwa den Umstand, dass es tatsächlich – wenngleich aus anderen Gründen – zu einem Wegfall des Nießbrauchsrechts gekommen ist) berücksichtigen (vgl. BFH/NV 2009, 150).

2. Zu Unrecht ist das FG auch davon ausgegangen, dass das zugunsten der Eltern des Klägers bestellte Nießbrauchsrecht die Nutzung der Dachgeschosswohnung durch den Kläger „zu eigenen Wohnzwecken“ i. S. d. § 10 e Abs. 1 Satz 2 EStG ausschließt.

Da in § 10 e Abs. 1 Satz 1 EStG das Bewohnen einer „eigenen Wohnung“ gefordert wird, beginnt in Fällen, in denen – wie im Streitfall – der Steuerpflichtige vor dem Eigentumsübergang bereits in der Wohnung gewohnt hat, die Nutzung der (eigenen) Wohnung zu eigenen Wohnzwecken jedenfalls ab dem Zeitpunkt, zu dem der Steuerpflichtige die Wohnung „aufgrund seines Eigentumsrechts“ bewohnt (vgl. BFHE 186, 271 = BStBl II 1998, S. 563). Der Kläger war als zivilrechtlicher Eigentümer der Immobilie (§ 39 Abs. 1 AO) im Streitjahr grundsätzlich zur Inanspruchnahme der Förderung nach § 10 e Abs. 1 Satz 1 EStG berechtigt. Das FG ist überdies zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger auch wirtschaftlicher Eigentümer i. S. d. § 39 Abs. 2 AO war; insbesondere war die Immobilie nicht schon deshalb den Eltern des Klägers zuzurechnen, weil diese sich den Nießbrauch an dem Grundstück vorbehalten hatten. Weder die Bestellung des Nießbrauchsrechts „auf Lebenszeit“ an sich noch schuldrechtliche Veräußerungs- und Belastungsverbote sowie etwaige Rückübertragungsverpflichtungen des Erwerbers führen

zum Verbleib des wirtschaftlichen Eigentums beim Übertragenden. Als Vorbehaltsnießbraucher wären die Eltern des Klägers nur dann als wirtschaftliche Eigentümer des Grundstücks anzusehen gewesen, wenn sich ihre rechtliche oder tatsächliche Stellung gegenüber dem zivilrechtlichen Eigentümer des Grundstücks von der normalen – lediglich eine Nutzungsbefugnis vermittelnden – Position eines Nießbrauchers so deutlich unterschieden hätte, dass sie die tatsächliche Herrschaft über das nießbrauchsbelastete Grundstück ausgeübt hätten (BFH/NV 2007, 1891). Gerade dies war, wie das Verhalten des Klägers im Zuge des Ausbau- und Renovierungsvorganges deutlich zeigt, jedenfalls im Streitjahr nicht der Fall. Nach diesen Maßstäben erfüllt der Kläger die Voraussetzungen des § 10 e Abs. 1 Satz 1 EStG; denn er bewohnte die Dachgeschosswohnung zusammen mit seiner Familie als Eigentümer.

Aus den gleichen Gründen kann der Kläger im Streitjahr auch dem Grunde nach Aufwendungen, die bis zum Beginn der erstmaligen Nutzung der Dachgeschosswohnung zu eigenen Wohnzwecken entstanden sind, im Rahmen des Vorkostenabzugs nach § 10 e Abs. 6 EStG geltend machen.

Das Urteil der Vorinstanz beruht auf einer abweichenden Auslegung von § 10 e EStG. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat, da es den Anspruch des Klägers schon dem Grunde nach verneint hat, folgerichtig keine ausreichenden Feststellungen zur Höhe der dem Kläger zustehenden Steuerbegünstigung getroffen.

22. GrEStG §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1; BGB §§ 311 b, 313; AO § 41 Abs. 1 (*Grunderwerbsteuer bei Vereinbarung eines „vorläufigen“ Kaufpreises*)

**Ist ein vereinbarter „vorläufiger“ Kaufpreis bloße Rechnungsgröße zur Ermittlung des endgültigen Kaufpreises, der erst nach Vorliegen eines rechtsgültigen Bebauungsplans sowie Durchführung der vollständigen Grundstückserschließung nach objektiven Merkmalen bestimmt werden kann, so darf der „vorläufige“ Kaufpreis nicht als Gegenleistung i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG behandelt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BFH, Urteil vom 30.3.2009, II R 1/08

Die Klägerin erwarb durch notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 12.2.1999 von den Verkäufern ein 10 501 m<sup>2</sup> großes Grundstück in der Stadt A. Für dieses Grundstück plante A die Entwicklung eines Bebauungsplans gemäß städtebaulichem Entwurf vom 24.11.1997. Der Kaufpreis betrug „vorläufig“ 2.100.000 DM. Dieser Kaufpreisfindung lag als „Kalkulation“ u. a. eine bauliche Ausnutzbarkeit des Grundstücks entsprechend dem städtebaulichen Entwurf vom 24.11.1997 zugrunde. Der Kaufpreis sollte sich um die aufzuwendenden Kosten zur vollständigen Erschließung des Grundstücks einschließlich Ausgleichsflächen und -maßnahmen mindern; die Höhe dieser Kosten war auf der Grundlage der Vorgaben der A über die Art und den Umfang durch einen zu beauftragenden Fach-Ingenieur für Straßenbau zu ermitteln. Schließlich sollte sich der Kaufpreis um sämtliche Planungs-, Vermessungs- und Ingenieurkosten zur Realisierung des Bebauungsplans mindern; hierfür war ein Festpreis von 75.000 DM festgelegt. Der Kaufpreis war vier Wochen nach Vorliegen eines dem städtebaulichen Entwurf entsprechenden rechtsgültigen Bebauungsplans zur Zahlung fällig.

Die Verkäufer erklärten sich mit Schreiben vom 29.3.2001 an den beurkundenden Notar mit der Zahlung eines vorläufigen Kaufpreises von 1.357.000 DM einverstanden. Dieser Betrag ergab sich aus einer von der Klägerin erstellten Kostenermittlung, die hinsichtlich der Erschließungskosten und Ausgleichsmaßnahmen auf Kostenansätzen beruhte, die sich aus einem von der Klägerin mit A abgeschlossenen städtebaulichen Vertrag bzw. dem Angebot eines Tiefbauunterneh-

mens ergaben. Berücksichtigt war ferner ein Minderungsbetrag von 75.000 DM für Planungskosten.

Bereits mit Bescheid vom 16.4.1999 hatte das damals örtlich zuständige FA gegen die Klägerin Grunderwerbsteuer i. H. v. 73.500 DM nach einer Bemessungsgrundlage von 2.100.000 DM festgesetzt. Der Einspruch der Klägerin, mit dem sie den Ansatz einer Bemessungsgrundlage von 1.357.000 DM begehrte, hatte keinen Erfolg.

Das FG wies die Klage mit seinem in FGE 2007, 1040 veröffentlichten Urteil als unbegründet ab. Der von der Klägerin gezahlte Betrag von 1.357.000 DM sei nicht als Gegenleistung i. S. d. § 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG anzuerkennen, weil er nicht nach objektiven Merkmalen bestimmbar sei. Zwar seien im Kaufvertrag Regelungen mit objektiven Merkmalen u. a. zur Verminderung des festgelegten vorläufigen Kaufpreises getroffen worden. Die Vertragsbeteiligten hätten sich jedoch bei der Festlegung des tatsächlich gezahlten vorläufigen Kaufpreises nicht an diesen objektiven Merkmalen ausgerichtet, weil die Erschließungskosten einschließlich derjenigen für Ausgleichsflächen und -maßnahmen ohne schriftliche Kostenabschätzungen von Fachgutachtern festgelegt worden seien.

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision ist begründet. Die Vorentscheidung war aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Das FG hat verkannt, dass der im Grundstückskaufvertrag als „vorläufig“ bezeichnete Kaufpreis von 2.100.000 DM eine bloße Rechengröße darstellte, die nicht als Grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistung behandelt werden durfte. Darüber hinaus hat das FG überspannte Anforderungen an eine Bestimmbarkeit des Kaufpreises nach objektiven Merkmalen gestellt.

1. Bei einem nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbaren Grundstückskaufvertrag bemisst sich die Grunderwerbsteuer gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG nach dem Wert der Gegenleistung i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Als Gegenleistung gilt u. a. der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen. Danach gehören alle Leistungen des Erwerbers zur Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung, die dieser als Entgelt für den Erwerb des Grundstücks gewährt oder die der Veräußerer als Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks empfängt (BFHE 204, 489 = BStBl II 2004, S. 521 = RNotZ 2004, 355; BFH/NV 2008, 2060, m. w. N.). Maßgebend ist nicht, was die Vertragsschließenden als Kaufpreis bezeichnen, sondern was der Käufer nach dem Inhalt des Vertrags als Gegenleistung (Kaufpreis) zu erbringen hat (BFHE 117, 287 = BStBl II 1976, S. 128; BFH/NV 1995, 65).

a) Im Streitfall schieden die im angefochtenen Bescheid als Bemessungsgrundlage angesetzten 2.100.000 DM als Kaufpreis i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG von vornherein aus. Dieser Betrag käme nur dann als Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks in Betracht, wenn dieses in erschlossenem Zustand Erwerbsgegenstand hätte sein sollen. Das bei Abschluss des Kaufvertrags tatsächlich noch unerschlossene Grundstück sollte jedoch auch in diesem Zustand Gegenstand der Übereignungsverpflichtung (§ 6 des Kaufvertrags) sein. Der vereinbarte „vorläufige“ Kaufpreis war ersichtlich eine bloße Rechengröße zur Ermittlung des Kaufpreises, der erst nach Vorliegen eines rechtsgültigen Bebauungsplans sowie Durchführung der vollständigen Grundstückserschließung endgültig zu bestimmen war.

b) Das FG hat zwar zutreffend erkannt, dass ein Kaufpreis i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht zahlenmäßig festgelegt sein muss. Es reicht vielmehr aus, dass dieser nach objektiven Merkmalen bestimmbar ist (BFHE 107, 399 = BStBl II 1973, S. 126; Hofmann, GrEStG, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 2). Dies ent-

spricht den zivilrechtlichen Anforderungen an einen Kaufpreis i. S. d. § 433 Abs. 2 BGB, wonach die Höhe des Kaufpreises in Geld bestimmt oder bestimmbar sein muss (*Palandt/Weidenkaff*, BGB, 68. Aufl., § 433 Rdnr. 39).

Das Erfordernis bloß hinreichender Bestimmtheit des Grundstückskaufpreises unterliegt auch im Hinblick auf die (Form-) Wirksamkeit eines Grundstückskaufvertrags (§ 313 BGB in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung, nunmehr § 311 b BGB) keinen zivilrechtlichen Bedenken. Nach der Rechtsprechung des BGH (WM 1968, 402; NJW 1988, 970, m. w. N.) liegt kein Verstoß gegen § 313 BGB a. F. vor, wenn das demnächst zu leistende Entgelt in der Urkunde noch nicht genau festgelegt ist. Ist ein bestimmter Preis nicht vereinbart, kann sich ein solcher aufgrund ergänzender Vertragsauslegung oder ggf. aus §§ 315, 316 BGB ergeben (*Staudinger/Beckmann*, BGB, Eckpfeiler, 2005, § 433 Rdnr. 55).

c) Das FG hat aber für den Streitfall die Anforderungen an eine Bestimmbarkeit des Kaufpreises nach objektiven Merkmalen überspannt. Dabei ist der Senat an die Auslegung des Kaufvertrags durch das FG, ein von dem vorläufig festgelegten Kaufpreis von 2.100.000 DM abweichender Kaufpreis sei nicht bestimmbar, nicht gebunden. Revisionsrechtlich ist in vollem Umfang nachprüfbar, ob das FG bei der Auslegung eines Vertrags u. a. die gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) zutreffend angewendet hat (*Hübschmann/Hepp/Spitaler/Lange*, AO, FGO, § 118 FGO Rdnr. 196). Diese Prüfung ergibt, dass die von den Vertragsbeteiligten vereinbarte Kaufpreisminderung nach objektiven Merkmalen bestimmbar ist.

Im Kaufvertrag sind die zu einer Minderung des vorläufigen Kaufpreises führenden Gründe und ihr Umfang durch die Angabe der „aufzuwendenden Kosten zur vollständigen Erschließung des Grundstücks einschließlich Ausgleichsflächen und -maßnahmen“ hinreichend berechenbar umschrieben. Dem FG kann nicht darin gefolgt werden, dass allein wegen des Verzichts der Vertragsbeteiligten auf die im Kaufvertrag vorgesehene Kostenermittlung durch einen Fach-Ingenieur für Straßenbau eine Abweichung von dem im Kaufvertrag festgelegten vorläufigen Kaufpreis nicht berechenbar sei. Die von den Vertragsbeteiligten in Abweichung vom Kaufvertrag einvernehmlich vereinbarte Verfahrensweise bei der Kostenermittlung ändert nichts daran, dass der Minderungsbetrag nach der Höhe der Erschließungskosten und damit nach einer objektiven Berechnungsgröße ermittelt werden kann. Dabei kann offen bleiben, ob die von den Vertragsbeteiligten geänderte Verfahrensweise bei der Kostenberechnung als Änderung des Grundstückskaufvertrags gemäß § 313 BGB a. F. formbedürftig war. Denn ein infolge lediglich unvollständiger Beurkundung unwirksames (nichtiges) Geschäft unterliegt zunächst gemäß § 41 Abs. 1 AO der Steuer aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, wenn die Beteiligten – wie im Streitfall – ihren Erklärungen gemäß auf die Erfüllung hinwirken (BFHE 158, 126 = BStBl II 1989, S. 989; BFH/NV 2008, 1698).

Die objektive Berechenbarkeit des Minderungsbetrags steht erst Recht außer Zweifel, soweit – was das FG übersehen hat – die Klägerin gemäß § 3 Nr. 4 c des Kaufvertrags einen den vorläufigen Kaufpreis mindernden Festbetrag von 75.000 DM in Abzug bringen konnte und ausweislich der vorgelegten Abrechnungsunterlagen auch abgezogen hat.

Da das FG die vorstehenden Grundsätze nicht beachtet hat, war die Vorentscheidung aufzuheben.

2. Die Sache ist nicht spruchreif. Es fehlen, da der von den Beteiligten ermittelte Kaufpreis von 1.357.000 DM ein lediglich vorläufiger ist, Feststellungen über die Höhe des endgültigen Kaufpreises. Diese Feststellungen sind vom FG im zweiten Rechtsgang nachzuholen.

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### Rechtsmittel gegen Notarkostenberechnungen nach der FGG-Reform

#### a) Neufassung der Notarkostenbeschwerde

Das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 (BGBl I 2008, S. 2586) hat mit Wirkung vom 1.9.2009 durch Art. 47 auch die KostO geändert. Bedeutsam ist insbesondere die Änderung von § 156 KostO.

Die Neufassung des § 156 KostO hat die Rechtsschutzmöglichkeiten erweitert. Zum einen wurde durch Einführung der Rechtsbeschwerde nach § 156 Abs. 4 KostO eine dritte Instanz geschaffen, zum anderen ist die Beschwerde gegen die Entscheidungen der ersten Instanz nicht mehr von einer Zulassung abhängig. Das OLG ist zudem eine weitere Tatsacheninstanz.

Wie bisher verweist § 156 KostO hinsichtlich des auf die Rechtsmittel anzuwendenden Verfahrens auf das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nach der Neufassung nunmehr auf das FamFG.

Im Folgenden werden die einzelnen Voraussetzungen der jeweiligen Instanzen überblicksartig dargestellt:

#### b) Entscheidung des LG

Gegen die Kostenberechnung des Notars gemäß § 154 KostO kann der Kostenschuldner nunmehr die Entscheidung des LG beantragen, § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO. Örtlich zuständig ist das LG, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat. Ebenso kann der Notar die Entscheidung des LG beantragen, wenn der Zahlungspflichtige dem Notar gegenüber die Kostenberechnung beanstandet. Es handelt sich jeweils um ein echtes Streitverfahren, in dem sich Notar und Kostenschuldner als Parteien gegenüberstehen (*Wudy*, Auswirkungen des FGG-RG auf die Notarkosten, NotBZ 2009, 250, 251). Der Antrag kann gemäß § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 25 Abs. 1 FamFG gegenüber dem zuständigen Gericht schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle gestellt werden. Ein Anwaltszwang besteht nicht, § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. §§ 25 Abs. 1, 10 Abs. 1 FamFG. Der Antrag soll gemäß § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 23 Abs. 1 FamFG begründet werden. Eine Antragsfrist zum LG besteht nicht. Allerdings sind gemäß § 156 Abs. 2 Satz 1 KostO Einwendungen verwirkt, die erst nach Ablauf des Kalenderjahrs, das auf das Jahr folgt, in dem die vollstreckbare Ausfertigung der Kostenberechnung zugestellt wurde, erhoben werden. Das Verfahren vor dem LG ist gebührenfrei, § 156 Abs. 6 Satz 1 KostO und hat keine aufschiebende Wirkung, § 156 Abs. 5 Satz 1 KostO.

Wie bisher kann die vorgesetzte Dienstbehörde (LG-Präsident) den Notar anweisen, die Entscheidung des LG herbeizuführen, § 156 Abs. 7 Satz 1 KostO. In diesem Fall lässt § 156 Abs. 7 Satz 2 KostO ausdrücklich auch eine Entscheidung zu, die auf eine Erhöhung der Kostenberechnung lautet.

#### c) Beschwerde

Gegen die Entscheidung des LG findet gemäß § 156 Abs. 3 KostO die Beschwerde statt. Diese bedarf im Gegensatz zur im alten Recht vorgesehenen weiteren Beschwerde keiner Zulassung durch das LG (die Zulassung war bisher nur möglich, wenn die zur Entscheidung anstehende Rechtsfrage grund-

sätzliche Bedeutung hatte), da sie an keinen Mindestwert gebunden ist, §§ 156 Abs. 3, Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 61 FamFG. Während die weitere Beschwerde nach altem Recht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO a. F.) nur darauf gestützt werden konnte, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, sieht die neue Fassung diese Einschränkung nicht mehr vor. Vielmehr kann die Beschwerde nach § 156 Abs. 3 KostO gemäß § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 65 Abs. 3 FamFG auch auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden.

Die Beschwerde ist innerhalb einer Frist von einem Monat ab schriftlicher Bekanntgabe des LG-Beschlusses ohne Anwaltszwang schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle des LG einzulegen, § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 63 Abs. 1, 3 FamFG, § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 64 Abs. 1, 2, § 10 Abs. 1 FamFG. Sie soll begründet werden, § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 65 Abs. 1 FamFG. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung, § 156 Abs. 5 Satz 1 KostO.

Durch die Neufassung des FamFG besteht die Möglichkeit, dass das LG selbst als erstinstanzliches Gericht der Beschwerde abhilft, § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 68 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 FamFG.

Im Gegensatz zum ersten Rechtszug, wo das Verfahren gemäß § 156 Abs. 6 Satz 1 KostO gebührenfrei ist, bestimmen sich die Kosten der Beschwerde nach § 156 Abs. 6 Satz 2, § 131 KostO. Für die Verwerfung oder für die Zurückweisung werden eine volle Gebühr, höchstens 800 €, für die Zurücknahme vor Entscheidung eine halbe Gebühr, höchstens 500 €, erhoben. Gerichtliche Auslagen einer für begründet befundenen Beschwerde können ganz oder teilweise dem Gegner des Beschwerdeführers (Notar) auferlegt werden (§ 156 Abs. 6 Satz 3 KostO).

Wie im ersten Rechtszug kann auch im Rahmen der Beschwerde die vorgesetzte Dienstbehörde den Notar anweisen, die Beschwerde einzulegen, § 156 Abs. 7 Satz 1 KostO.

Im Rahmen der alten Fassung des § 156 KostO wurde für Kostenentscheidungen im Freistaat Bayern die örtliche Zuständigkeit des Gerichts der weiteren Beschwerde durch Art. 11 a AGGVG im Interesse einer einheitlichen Kostenrechtsprechung beim OLG München konzentriert. Diese Zuständigkeitskonzentration wird für die Beschwerde nach § 156 Abs. 3 KostO nicht beibehalten, so dass nunmehr alle Oberlandesgerichte zuständig sind.

#### d) Rechtsbeschwerde

Durch die Neufassung des § 156 KostO wurde mit Einführung der Rechtsbeschwerde zum BGH eine dritte Instanz geschaffen. Nach der früheren Rechtslage war der Instanzenweg nur zweistufig, gegen die weitere Beschwerde nach § 156 Abs. 2 KostO a. F. stand den Parteien kein weiteres Rechtsmittel zur Verfügung. Der BGH war bislang nur im Rahmen der Divergenzentscheidung nach § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO a. F., § 28 Abs. 2, 3 FGG zur Entscheidung über die weitere Beschwerde zuständig, was allerdings ebenfalls eine Entscheidung in zweiter Instanz darstellte.

Die Rechtsbeschwerde nach § 156 Abs. 4 KostO bedarf der Zulassung durch das OLG, § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 70 FamFG. Wie die weitere Beschwerde nach altem Recht

kann die Rechtsbeschwerde nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 72 Abs. 1 FamFG.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb einer Frist von einem Monat ab schriftlicher Bekanntgabe des OLG-Beschlusses durch Einreichung einer begründeten Beschwerdeschrift beim BGH einzureichen, § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 71 FamFG. § 156 Abs. 4 Satz 2 KostO schließt ausdrücklich den Anwaltszwang für den Notar aus. Für den Kostenschuldner besteht hingegen Anwaltszwang gemäß § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. § 10 Abs. 4 FamFG. Wie das Rechtsmittel der ersten beiden Instanzen hat die Rechtsbeschwerde keine aufschiebende Wirkung, § 156 Abs. 5 Satz 1 KostO.

In sonstigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht die Möglichkeit der Sprungrechtsbeschwerde vom LG zum BGH gemäß § 75 FamFG. Aufgrund des Verweises gemäß § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO auf die Vorschriften des FamFG „im Übrigen“ ist der Weg für die Sprungrechtsbeschwerde auch in Kostenverfahren eröffnet (vgl. *Tiedtke/Diehn*, ZNotP 2009, 385).

Wie bei den Rechtsmitteln der ersten beiden Instanzen kann die vorgesetzte Dienstbehörde den Notar wiederum anweisen, Rechtsbeschwerde zu erheben, § 156 Abs. 7 Satz 1 KostO.

Für die Rechtsbeschwerde fallen die in § 131 Abs. 2 KostO festgelegten Gebühren an, nämlich für die Verwerfung oder Zurückweisung eine 1,5fache Gebühr, höchstens 1.200 €, für die Zurücknahme vor Entscheidung eine  $\frac{3}{4}$  Gebühr, höchstens 750 €. Im Übrigen findet § 156 Abs. 6 Satz 3 KostO (Auflegung der gerichtlichen Auslagen einer für begründet befundenen Beschwerde auf den Beschwerdegegner) auch bei

der Rechtsbeschwerde Anwendung. Bei einer Weisungsbeschwerde werden jedoch vom Notar auch bei einem Unterliegen keine Gebühren oder Auslagen erhoben (§ 156 Abs. 7 Satz 3 KostO). Außergerichtliche Kosten anderer Beteiligter, die der Notar in diesen Verfahren zu tragen hätte, sind der Landeskasse aufzuerlegen (§ 156 Abs. 7 Satz 4 KostO).

#### e) Übergangsrecht

Für Kosten, die vor dem 1.9.2009 angefallen sind, und für vor dem 1.9.2009 gegen die Notarkostenberechnung eingelegte Rechtsmittel gelten die Übergangsvorschriften der Art. 111 FGG-RG und § 161 Satz 1 KostO. Danach richtet sich das Kostenprüfungsverfahren nach altem Verfahrensrecht, wenn es vor dem 1.9.2009 eingeleitet worden ist. Die Beanstandung der Kostenberechnung beim Notar ist für die Beurteilung, ob neues oder altes Verfahrensrecht zur Anwendung kommt, nicht maßgebend. Es kommt allein darauf an, wann das gerichtliche Kostenverfahren eingeleitet wurde.

#### f) Ausblick

Die Erweiterung des Instanzenzugs in Kostensachen dürfte insbesondere auf der Ebene der Oberlandesgerichte und des BGH zu einer Zunahme von Kostenentscheidungen führen. Die Einführung der Rechtsbeschwerde will, wie auch in der Begründung zum Regierungsentwurf ausgeführt, die verbindliche höchstrichterliche Klärung von Rechtsfragen im Notarkostenrecht sicherstellen und eröffnet dem BGH die Möglichkeit, seiner Aufgabe als Gericht zur Entscheidung von Grundsatzfragen und zur Herstellung von Rechtseinheit effektiver nachzukommen.

Notarassessorin *Katrin Leßniak*, München

## Notar a. D. Rudolf Ertl verstorben

Am 20.4.2009 verstarb in Kempten/Allgäu im 87. Lebensjahr Notar a. D. Rudolf Ertl.

Für den am 20.5.1922 in München geborenen Rudolf Ertl folgte auf die Schulzeit in München und Neuburg a. d. Donau der Kriegsdienst. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Erlangen, der Referendarzeit und einem kurzen Intermezzo bei der Justiz wurde er 1952 Notarassessor. Nach einer Erststation in Kempten/Allgäu wurde er ein „Feyock-Assessor“ beim damaligen Präsidenten der bayerischen Notarorganisationen (hierzu auch *Schelter* in seiner Würdigung, MittBayNot 1992, 172). Diesem nun beruflichen „Stahlbad“ folgte die Ernennung zum Notar im mittelfränkischen Heilsbronn zum 1.3.1957. In das Allgäu kehrte Ertl mit der Amtssitzverlegung nach Kempten im Jahre 1966 zurück. Er blieb in dieser Wahlheimat auch nach der Amtsniederlegung zum 31.7.1989.

Diese trockenen „harten“ Daten geben noch keinen Eindruck von der immensen Schaffenskraft des Verstorbenen. Er war Mitglied des Verwaltungsrats und lange Jahre einer der Stellvertreter des Präsidenten der Notarkasse. Um die Qualität der Mitarbeiter der bayerischen Notare hat er sich als Vorsitzender des Berufsbildungsausschusses verdient gemacht, um die Qualität der jungen Notare als langjähriger Ausbildungsnotar. Wie bei der Ausübung seines Amtes als Notar legte er auch bei der Betreuung von Notarassessoren großen Wert auf juristische Genauigkeit einerseits, praktische Verwertbarkeit und Verständlichkeit andererseits. Mit stoischer Ruhe, Verschmitztheit und Humor begegnete er Schwierigkeiten jeder Art und fand stets eine von den Beteiligten akzeptierte tragfähige Lösung. Dabei täuschte sich mancher, der ihn nicht näher kannte, über die mit seiner Freundlichkeit gepaarte Hartnäckigkeit und Zielstrebigkeit, mit der er das von ihm als richtig Angesehene durchzusetzen wusste.

Ertls Lebens- und Berufserfahrung machten ihn skeptisch gegenüber dogmatischen „Höhenflügen“, aber er war das Gegenteil von oberflächlich: Juristischen Fragen ging er stets auf den Grund und stellte auch „Selbstverständliches“ in Frage. Seine fortwirkende Leistung bleibt die Erkenntnis, dass die Bewilligung i. S. v. § 19 GBO (nur) als Verfahrenshandlung zu qualifizieren ist. Begonnen mit dem Aufsatz in DNotZ 1964, 260 und fortentwickelt in einer Vielzahl von Abhandlungen hat diese Lehre sich – unbeschadet der Unterschiede in der Beurteilung einzelner Konsequenzen – durchgesetzt. Den jungen Kolleginnen und Kollegen, welche die Bewilligungslösung im Alltag verwenden, wird vielfach gar nicht bewusst sein, wo die Wurzeln dieser kautelarjuristischen Anwendung liegen. Außer zu zahlreichen Beiträgen in Fachzeitschriften und Festschriften führte das wissenschaftliche Interesse von Rudolf Ertl zur Bearbeitung wichtiger Vorschriften des Grundbuchverfahrensrechts im „K/E/H/E“-Kommentar (1. Auflage 1974) und zur Kommentierung zentraler Vorschriften des BGB-Liegenschaftsrechts in der 12. Auflage des Staudinger. Von seinem Eintritt in den Ruhestand bis Ende 1993 übernahm er die Schriftleitung der MittBayNot.

Rudolf Ertl war sich der Rolle des Notars im Rechtsleben und in der Gesellschaft bewusst und handelte entsprechend. Ein zentrales Anliegen war ihm dabei der enge Kontakt mit der Richterschaft, wo er ebenfalls als ernsthafter Diskussionspartner und unterhaltsamer Gesprächspartner geschätzt wurde.

Eine Krankheit führte dazu, dass Rudolf Ertl seine letzten Jahre sehr zurückgezogen im Kreis seiner Familie verbrachte.

Ein verdienter und geschätzter Kollege ist von uns gegangen. Die bayerisch-pfälzischen Notarinnen und Notare werden das Andenken an Rudolf Ertl in Dankbarkeit bewahren.

Notar Dr. *Winfried Kössinger*, München

# STANDESNACHRICHTEN

## Personaländerungen

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dieter Ringhof, Laufen, verstorben am 30.7.2009

### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 24.8.2009:

Notar Augustin Burghard, Rottenburg a. d. Laaber

Mit Wirkung vom 1.3.2010:

Notar Georg Engelhardt, Augsburg

Notar Dr. Hans-Jürgen Heil, Coburg

Mit Wirkung vom 1.5.2010:

Notar Ralf Kellner, Immenstadt

Notar Dr. Peter Korschan, München

Mit Wirkung vom 1.7.2010:

Notar Helmut Freiherr von Oefe, München

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.8.2009:

Ludwigshafen dem Notarassessor  
Sebastian Bäumler  
(bisher in Ludwigshafen  
Notarstelle Malchus)

Mit Wirkung vom 1.9.2009:

Neu-Ulm dem Notar a. D.  
(in Sozietät mit Notar Dr. Adolf Reul  
Dr. Sebastian Franck)

Mit Wirkung vom 1.10.2009:

Hersbruck dem Notarassessor  
(in Sozietät mit Notar Holger Brückner  
Dr. Gerhard Lenz) (bisher in Schweinfurt  
Notarstellen Dr. Ott/  
Dr. Dörnhöfer)

Kandel dem Notarassessor  
(in Sozietät mit Notar Linus Freunsch  
Manfred Bechberger) (bisher in Frankenthal/Pf.  
Notarstellen Barth/Seiberth)

Mellrichstadt dem Notarassessor  
Matthias Adam  
(bisher in Würzburg  
Notarstellen Dr. Baumann/  
Sorge)

### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.2009:

Anja Gerono, Nürnberg (Notarstelle Thoma)

Dr. Peter Huttenlocher, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Mit Wirkung vom 1.10.2009:

Cornelia Müller, Pegnitz (Notarstelle Heinrich)

Stefan Wohlrab, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Florian Berger, München (Notarstelle Dr. Bohrer), wurde mit Wirkung vom 23.7.2009 promoviert

Notarassessor Christian Schuller, München (Notarstelle Dr. Görk), ab 19.10.2009 in München (Notarstelle Frhr. von Oefe)

Notarassessor Dr. Thomas Kilian, München (Notarstelle Frhr. von Oefe), ab 19.10.2009 in München (Notarstelle Dr. Götte)

Oberinspektorin i. N. Barbara Kahlert, Landshut (Notarstelle Hamp), ab 1.9.2009 in Rottenburg a. d. Laaber (Notariatsverwaltung)

Inspektor i. N. Jens Holle, Neustadt a. d. Weinstraße (Notarstelle Eisenburger), ab 15.9.2009 in Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel)

Inspektorin i. N. Carina Schmitt, Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel), ab 1.10.2009 in Erlangen (Notarstelle Dr. Huber)

Amtmann i. N. Rainer Mucha, Immenstadt i. Allgäu (Notarstellen Kellner/Dr. Nagel), ab 1.1.2010 in Frankenthal (Notarstelle Kluge)

Notariatsrat i. N. Günther Nagel, Schwabach (Notarstellen Dr. Heinrich/Dr. Böhmer), ab 1.1.2010 im Ruhestand

Inspektor i. N. Gerald Müller, München (Notarstellen Uhlig/Schmitt), ab 1.2.2010 in Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/Prof. Dr. Wegmann)

Inspektor i. N. Michael Storch, Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Rapp/Regensburger), ab 1.4.2010 in München (Prüfungsabteilung der Notarkasse)

Oberinspektorin i. N. Andrea Vollmann, Memmingen (Notarstellen Erber-Faller/Voran), ab 1.4.2010 in Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Rapp/Regensburger)

### 6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtmann i. N. Manfred Jauß, Kirchheimbolanden (Notarstelle Dr. Schulte), ausgeschieden

### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Augsburg, Notarstellen Portenhauser/Siebenhaar,  
E-Mail: kanzlei@notare-portenhauser-siebenhaar.de

Freyung, Notarstelle Massinger,  
E-Mail: info@notariat-freyung.de

Mutterstadt, Notarstelle Baßler,  
E-Mail: info@notar-bassler.de

Weißenburg, Notarstelle Stigler,  
Maxanlage 19, 91781 Weißenburg



---

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer  
Notarassessor Tobias Pfundstein

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 12,50 € 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.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.universalmedien.de/Notarkammer](http://www.universalmedien.de/Notarkammer)

## SONSTIGES

### Veranstaltungen des DAI

1. Aktuelle Gesetzesänderungen in der notariellen Praxis (Reetz, Reymann)  
6.11.2009 in Heusenstamm  
7.11.2009 in Berlin
2. Vertragsgestaltung der GmbH und der Personengesellschaft anhand typischer Fälle (Heckschen, Heidinger, Kirschstein)  
13.–14.11.2009 in Heusenstamm
3. Ausgewählte Fragen zum Thema Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (Müller, Renner)  
14.11.2009 in Kiel
4. GmbH-Vertragspraktikum (Mayer, Wachter)  
20.11.2009 in München

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

**Neuerscheinungen**

1. Bartl/Bartl/Fichtelmann/Koch/Schlarb: Heidelberger Kommentar GmbH-Recht. 6. Aufl., C. F. Müller, 2009. 1 345 S., 138 €
2. Crezelius: Unternehmensrecht. 2. Aufl., Beck, 2009. 327 S., 58 €
3. Dauner-Lieb/Simon: Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz. Heymanns, 2009. 2 683 S., 248 €
4. Enzensberger: Testamente für Geschiedene und Patchworkehen. Zerb-Verlag, 2. Aufl. 2009. 232 S., 48 €
5. Geckle/Bonefeld. Die neue Patientenverfügung. Haufe, 2009. 208 S., 39,80 € + CD-ROM
6. Keidel: FamFG. 16. Aufl., Beck, 2009. 2 480 S., 139 €
7. Marcks: Makler- und Bauträgerverordnung. 8. Aufl., Beck, 2009. 436 S., 39 €
8. Musielak/Borth: Familiengerichtliches Verfahren: FamFG. Vahlen, 2009. 557 S., 86 €
9. Prütting/Helms: FamFG. O. Schmidt, 2009. 2 500 S., 129 €
10. Schmoeckel/Werner: Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen. Nomos, 2009. 619 S., 149 €
11. Steinke/Niewerth/Ludwig: Due Diligence bei Grundstücksgeschäften. O. Schmidt, 2009. 187 S., 49,80 €
12. Tiedtke: ErbStG. ESV, 2009. 810 S., 68 €



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F

## Bestellschein für den Streifzug durch die Kostenordnung

Ich bestelle

\_\_\_\_\_ Exemplare des Streifzuges durch die Kostenordnung (8. Auflage 2010)  
zum Preis von je 21,90 € zuzüglich Versandkosten und USt.

Datum, Unterschrift

Bestellungen sind auch per E-Mail ([streifzug@notarkasse.de](mailto:streifzug@notarkasse.de)) oder Fax (089 55089579) möglich.

Datum, Unterschrift

## Bestellschein für ein Abonnement der **MittBayNot**

Ich bestelle die **MittBayNot** in jährlich sechs Heften zum Preis von 46 € pro Jahr zuzüglich 6 € Versandkosten. Der Bezug beginnt **rückwirkend** zum Beginn des heute laufenden Jahres, sodass die in diesem Jahr bereits erschienenen Hefte nachgeliefert werden.

Der Bezugspreis einschließlich Versandkosten wird in einem Betrag am 1. Juli jedes Jahres in Rechnung gestellt. Das Abonnement ist kündbar bis spätestens 15. November (Zugang schriftlich oder per Telefax bei der Schriftleitung) zum Ende eines jeden Kalenderjahres.

**80333 München**

Notarkasse A. d. ö. R.  
Ottostraße 10/III

Absender:

---

---

---

**80333 München**

Landesnotarkammer Bayern  
Schriftleitung der **MittBayNot**  
Ottostraße 10/III

Absender:

---

---

---

