

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 Regensburg

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,
Notarassessorin

Dr. Markus Vierling,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Regler: Die vergaberechtliche Relevanz von Grundstückskaufverträgen 253

Weidlich: Die zulässige Höchstdauer einer Testamentsvollstreckung 263

Giehl: Willensbildung in der Einheits-GmbH & Co. KG 268

Reymann: Belastungsvollmacht und partielle Fremdfinanzierung 272

Weigl: Pflichtteilsanrechnung gegenüber Minderjährigen – Abschied von der bisher „herrschenden“ Meinung! 275

Rechtsprechung

Grundstücksübergang bei Spaltung (BGH, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 79/07) 307
mit Anmerkung *Weiler* 310

Erschließungskosten als ungesicherte Vorleistung beim Bauträgervertrag (BGH, Urteil vom 17.1.2008, III ZR 136/07) 313
mit Anmerkung *Basty* 315

Inhaltliche Übereinstimmung einer elektronisch beglaubigten Abschrift ausreichend (LG Regensburg, Beschluss vom 21.2.2008, 1HK T 77/08) 318
mit Anmerkung *Kirchner* 318

Baulandausweisung gegen Grundstücksabtretung (OLG München, Urteil vom 22.8.2006, 18 U 3979/04) 321
mit Anmerkung *Grziwotz* 323

Mit dem Tod fälliger Abfindungsanspruch keine Nachlassverbindlichkeit (BFH, Urteil vom 27.6.2007, II R 30/05) 324
mit Anmerkung *Ivo* 326

Grundstücksübertragung durch Gesellschafter auf Kapitalgesellschaft nicht grunderwerbsteuerbefreit (BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 63/05) 327
mit Anmerkung *Gottwald* 328

Hinweise für die Praxis

Die Übertragung von Anlieferungsquoten für Milch (Milchquoten) in der notariellen Praxis (*Gehse*) 336

Inhalt

Aufsätze

- Regler*: Die vergaberechtliche Relevanz von Grundstückskaufverträgen **253**
- Weidlich*: Die zulässige Höchstdauer einer Testamentsvollstreckung **263**
- Giehl*: Willensbildung in der Einheits-GmbH & Co. KG **268**
- Reymann*: Belastungsvollmacht und partielle Fremdfinanzierung **272**
- Weigl*: Pflichtteilsanrechnung gegenüber Minderjährigen – Abschied von der bisher „herrschenden“ Meinung! **275**

Buchbesprechungen

- v. Oefele/Winkler: Handbuch des Erbbaurechts (*Krafka*) **278**
- Nieder/Kössinger: Handbuch der Testamentsgestaltung (*J. Mayer*) **278**
- Harder: Das Schiedsverfahren im Erbrecht (*Bandel*) **280**
- Süß: Erbrecht in Europa (*Selbherr*) **282**
- Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch (*Sikora*) **283**
- Lutter/Hommelhoff: SE-Kommentar (*Grund*) **284**
- Stoye-Benk: Handbuch Umwandlungsrecht für die rechtsberatende und notarielle Praxis (*Weiß*) **285**
- Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann: Kostenordnung (*Schmidt*) **286**
- Notarkasse: Streifzug durch die Kostenordnung (*Filzek*) **287**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Prospekt kann Umfang der geschuldeten Bauleistung bestimmen (BGH, Urteil vom 25.10.2007, VII ZR 205/06) **289**
2. Beschlussfassung in einer Einmannversammlung (OLG München, Beschluss vom 11.12.2007, 34 Wx 14/07) **290**

Sachen- und Grundbuchrecht

3. Fortgesetzte Mitberechtigung an unverteilt übertragener Forderung (BGH, Urteil vom 20.2.2008, XII ZR 58/04) **291**
4. § 472 BGB als zulässiges Gemeinschaftsverhältnis (LG Regensburg, Beschluss vom 7.4.2008, 5 T 534/07) **293**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

5. Ehevertragliche Abrede zur Ablegung des Ehenamens wirksam
(BGH, Urteil vom 6.2.2008, XII ZR 185/05) **294**
6. Ergänzungspflegschaft bei Testamentsvollstreckung durch gesetzlichen Vertreter
(BGH, Beschluss vom 5.3.2008, XII ZB 2/07) **297**
7. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Minderjährigenüberlassung
(OLG München, Beschluss vom 17.7.2007, 31 Wx 18/07) **299**

Erbrecht

8. Höchstdauer der Testamentsvollstreckung
(BGH, Urteil vom 5.12.2007, IV ZR 275/06) **301**
9. Fristbeginn nach § 2325 Abs. 3 BGB bei vorbehaltenem Wohnungsrecht
(OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.1.2008, 12 U 124/07) **305**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. Geschäftsführerkündigung bei der Komplementär-GmbH
(BGH, Urteil vom 16.7.2007, II ZR 109/06) **306**
11. Grundstücksübergang bei Spaltung
(BGH, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 79/07) **307**
mit Anmerkung *Weiler* **310**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. Schenkung mit Rückforderungsrecht für den Insolvenzfall nicht anfechtbar
(BGH, Urteil vom 13.3.2008, IX ZB 39/05) **312**

Beurkundungs- und Notarrecht

13. Erschließungskosten als ungesicherte Vorleistung beim Bauträgervertrag
(BGH, Urteil vom 17.1.2008, III ZR 136/07) **313**
mit Anmerkung *Basty* **315**
14. Beweiskraft einer ausländischen Unterschriftsbeglaubigung
(LG Darmstadt, Beschluss vom 29.11.2007, 26 T 178/07) **317**
15. Inhaltliche Übereinstimmung einer elektronisch beglaubigten Abschrift ausreichend
(LG Regensburg, Beschluss vom 21.2.2008, 1HK T 77/08) **318**
mit Anmerkung *Kirchner* **318**

Kostenrecht

16. Geschäftswert einer Photovoltaikanlagendienstbarkeit
(OLG München, Beschluss vom 8.1.2008, 32 Wx 192/07) **320**

Inhalt (Fortsetzung)

Öffentliches Recht

17. Baulandausweisung gegen Grundstücksabtretung
(OLG München, Urteil vom 22.8.2006, 18 U 3979/04) **321**
mit Anmerkung *Grziwotz* **323**

Steuerrecht

18. Mit dem Tod fälliger Abfindungsanspruch keine Nachlassverbindlichkeit
(BFH, Urteil vom 27.6.2007, II R 30/05) **324**
mit Anmerkung *Ivo* **326**
19. Grundstücksübertragung durch Gesellschafter auf Kapitalgesellschaft
nicht Grunderwerbsteuerbefreit
(BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 63/05) **327**
mit Anmerkung *Gottwald* **328**

Hinweise für die Praxis

1. Streifzug durch die KostO, 7. Aufl. (Stand: 1.1.2008) – Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 6. Aufl. – (*Prüfungsabteilung der Notarkasse*) **330**
2. Die Übertragung von Anlieferungsquoten für Milch (Milchquoten) in der notariellen Praxis (*Gehse*) **336**

Standesnachrichten **339**

Sonstiges **III**



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,
Dr. Markus Vierling
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

Die vergaberechtliche Relevanz von Grundstückskaufverträgen

Von Notar a. D. Dr. Rainer Regler, München

Das europäisierte Recht der öffentlichen Auftragsvergabe hat den Immobilienrechtsverkehr erreicht. Die nationale Vergaberechtsrechtsprechung¹ in den letzten Monaten hat Grundstücksveräußerungsverträge, deren Gegenstand u. a. eine Bebauung durch den Erwerber war oder die mit einem einen solchen Gegenstand beinhaltenden städtebaulichen Vertrag verbunden waren, dem Recht der öffentlichen Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte unterworfen. Den Weg hierzu ebnete der EuGH,² der den Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts eröffnet sah und den Begriff des öffentlichen Bauauftrages für diese Fallkonstellationen konkretisierte. Für die notarielle Praxis ist die Vergabepflicht solcher Vertragsmodelle, mit denen in erster Linie keine Leistungen nachgefragt, sondern Grundbesitz veräußert wird, nicht einfach nachvollziehbar. Der Beitrag geht der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen die kommunale Investorenauswahl bei der Umsetzung städtebaulicher Zielsetzungen dem Vergaberechtsregime oberhalb der Schwellenwerte unterliegt.

1. Der vergaberechtliche Rechtsrahmen

a) Allgemeines – Rechtsentwicklung

Das heutige Vergaberechtsregime zeichnet sich als „mehrstufiger Rechtsgrundlagenmix“³ durch eine Vielzahl verschiedener Vorschriften auf nationaler und europäischer Ebene aus, wodurch sich die einzelne Vergabeentscheidung nicht selten als ein komplexer Vorgang mit erheblichen Rechtsproblemen charakterisieren lässt. In concreto besteht das Vergaberecht aus zwei Welten: dem gemeinschaftsrechtlich determinierten Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte und dem Haushalts- und Innenrecht als Domäne der Exekutive unterhalb der Schwellenwerte.

Dem deutschen Vergaberechtsregime eigentümlich ist die Regelungstechnik der Vergaberechtskaskade, durch die der dreistufige Aufbau von Gesetz, Verordnung und Verdingungsordnungen gekennzeichnet ist. Mit dem Vergaberechtsände-

rungsgesetz (VgRÄG)⁴ wurde das Vergabewesen seit dem 1.1.1999 in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen integriert (sog. Kartellvergaberecht). Der Gesetzgeber wollte mit dieser Konzeption die wettbewerbliche Bedeutung des Vergaberechts betonen und ein transparentes, dem Gebot der Gleichbehandlung entsprechendes Verfahren mit effektivem Rechtsschutz etablieren. Das „Vergabe-Grundrecht“⁵ schlechthin ist die Vorschrift des § 97 Abs. 7 GWB. Hiernach haben Unternehmer „einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält“. Die auf § 97 Abs. 6 GWB beruhende Vergabeverordnung (VgV)⁶ hat die Aufgabe, die Vergaberechtsgrundsätze des § 97 GWB

⁴ Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.8.1998, BGBl I, S. 2512; Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), BGBl I, S. 2546. Zum Gesetzgebungsverfahren: *Boesen*, Vergaberecht, Einl. Rdnr. 145 ff.; zum – jedenfalls formellen – Wandel vom Haushalts- zum Wettbewerbsrecht: *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, 2007, S. 46 ff., 152 ff.

⁵ So *Gröning*, ZIP 1999, 52, 54.

⁶ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge i. d. F. der Bekanntmachung vom 11.2.2003 (BGBl I, S. 169), zuletzt geändert durch Art. 1 und 2 der Verordnung vom 23.10.2006 (BGBl I, S. 2334).

¹ OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 530; NZBau 2008, 138.

² EuGH, NZBau 2001, 512 – Teatro alla Biccocca; NZBau 2007, 185 – Stadt Roanne.

³ Treffend *Neßler*, EWS 1999, 89.

mit Detailregelungen auszufüllen. Sie verweist ihrerseits auf die für das konkrete Vergabeverfahren einschlägige Verdingungsordnung.⁷

§ 99 Abs. 1 GWB definiert öffentliche Aufträge als entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Sie sind im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts grundsätzlich auszuschreiben. Neben der öffentlichen Ausschreibung, sog. offenes Verfahren, bestehen die Vergabearten des nicht offenen Verfahrens,⁸ des Verhandlungsverfahrens⁹ und des wettbewerblichen Dialoges.¹⁰

Dem deutschen Vergaberecht – oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte – immanent ist der Grundsatz der Auftragsstabilität oder der Nichtaufhebbarkeit eines einmal erteilten Zuschlags (vgl. § 114 Abs. 2 GWB). (Effektiver) Primärrechtsschutz kann somit nur ein vorbeugender Rechtsschutz sein. Die Vorschrift des § 13 VgV sieht für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte eine Informationspflicht des öffentlichen Auftraggebers dahingehend vor, dass Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluss über den Namen des erfolgreichen Bieters und den Grund der Nichtberücksichtigung zu unterrichten sind. Die Schwellenwerte, bei deren Erreichen oder Überschreiten ein öffentlicher Auftrag europaweit auszuschreiben ist, betragen 133.000 € bzw. 206.000 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge¹¹ sowie 5.150.000 € für Bauaufträge und Baukonzessionen.¹² Auch nach dem Vergaberechtsänderungsgesetz ist der Rechtsweg zweistufig: In erster Instanz sind die Vergabekammern zuständig (§§ 104 ff. GWB). Gegen deren Entscheidungen besteht in zweiter Instanz das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde, für das Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten eingerichtet sind (§§ 116 ff. GWB).

Das kurz umrissene Vergaberechtsregime oberhalb der Schwellenwerte beruht auf dem europäischem Sekundärrecht

7 Die Verdingungsordnungen VOF, VOB und VOL enthalten in ihren jeweiligen Teilen A Vorschriften über das Verfahren der Auftragsvergabe, Veröffentlichungspflichten und Fristen der Ausschreibung, die Anforderungen an Leistungsbeschreibungen, die Benachrichtigung unterlegener Bieter sowie materielle Entscheidungsgrundsätze für die Auswahl und den Zuschlag. Eine rechtliche Verbindlichkeit kommt ihnen über Verweisungen zu, unterhalb der Schwellenwerte als Verwaltungsvorschriften, bei Erreichen oder Übersteigen der Schwellenwerte als Verordnungsrecht.

8 In nicht offenen Verfahren wird öffentlich zur Teilnahme aufgefordert. Aus dem Bewerberkreis wird anschließend eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert (§ 101 Abs. 3 GWB).

9 Beim Verhandlungsverfahren wendet sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln (§ 101 Abs. 4 GWB).

10 Der wettbewerbliche Dialog ist für „besonders komplexe Vergaben“ gedacht, insbesondere bei schwierigen Planungen und Auftragsbeschreibungen in den Bereichen der Verkehrsinfrastruktur und der Informationstechnologie (§ 101 Abs. 5 GWB, § 6 a VgV). Das Verfahren ist nachrangig gegenüber dem offenen und nicht offenen Verfahren, indes vorrangig vor dem Verhandlungsverfahren.

11 Auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie im Verkehrsbereich (sog. Sektorenbereich) beträgt der Schwellenwert insoweit 412.000 €.

12 Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsverfahren, ABLEU vom 5.12.2007, Nr. L 317, S. 34.

der öffentlichen Auftragsvergabe: Umzusetzen waren seit Beginn der 90er Jahre die Baukoordinierungsrichtlinie (BKR),¹³ die Lieferkoordinierungsrichtlinie (LKR),¹⁴ die Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie (DKR)¹⁵ und die Sektorenrichtlinie (SKR).¹⁶ An deren Stelle ist seit 30.4.2004 die im Rahmen des sog. Legislativpakets auf den Weg gebrachte Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)¹⁷ getreten, welche die BKR, DKR und LKR zusammenführt. Das Legislativpaket beinhaltete keine grundlegenden strukturellen Änderungen des geltenden Vergaberechtsregimes, sondern beabsichtigte dessen Überarbeitung und Vereinfachung.¹⁸ Zugleich wurde die SKR novelliert und ihr Anwendungsbereich insoweit geändert, als der Telekommunikationsbereich aufgrund der schon bestehenden Liberalisierung ausgenommen und die Postdienste einbezogen wurden.¹⁹ Ferner wurden Neuerungen im Vergabeverfahren eingeführt.²⁰ Zur Durchsetzung der Richtlinien, insbesondere ihres allgemein bieterschützenden Charakters, dienen zwei Rechtsmittelrichtlinien (RML und RMLS).²¹

b) Strukturelle Europäisierung

Mit der Europäisierung des Vergaberechts sollen die mitgliedstaatlichen Beschaffungsmärkte geöffnet werden. Im Mittelpunkt stehen die Prinzipien des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter. Diese werden flankiert durch ein transparentes Vergabeverfahren und ein dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes entsprechendes Nachprüfungsverfahren. Prägnant ausgedrückt gilt: „Liberalisierung statt Protektionismus“. Der gemeinschaftsrechtliche Zweck des Vergaberechtsregimes soll durch Verfahren und Verfahrensgestaltung, also

13 Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14.6.1993, ABLEG 1993, Nr. L 199, S. 54, berichtigte Fassung: ABLEG 1994, Nr. L 111, S. 115 (Richtlinie zur Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge).

14 Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14.6.1993, ABLEG 1993, Nr. L 199, S. 1 (Richtlinie zur Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge).

15 Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992, ABLEG 1992, Nr. L 209, S. 1 (Richtlinie zur Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge).

16 Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14.6.1993, ABLEG 1993, Nr. L 199, S. 84 (Richtlinie zur Koordination der Auftragsvergabe im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor).

17 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31.3.2004, ABLEG, Nr. L 134, S. 114 (Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge).

18 Die Ziele der Konsolidierung und Vereinfachung wurden indes nicht erreicht. So beinhaltet die Richtlinie 84 Artikel und nicht weniger als zwölf Anhänge. Näher: *Knauff*, EuZW 2004, 141; *Opitz*, NZBau 2003, 183, 188; *Rechten*, NZBau 2004, 366, 374; *Ruthig*, NZBau 2006, 137, 138.

19 Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31.3.2004, ABLEG 2004, Nr. L 134, S. 1 (Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste).

20 Z. B. Art. 33, 42, 54 VKR; Art. 15, 48, 56 SKR: dynamische Beschaffung, elektronische Mitteilung, elektronische Auktion.

21 Richtlinie 89/665/EWG vom 21.12.1989, ABLEG 1989, Nr. L 396, S. 33 (Nachprüfungsrichtlinie); Richtlinie 92/13/EWG vom 25.2.1992, ABLEG 1992 Nr. L 76, S. 14 (Rechtsmittelrichtlinie betreffend die Sektoren); jeweils nun geändert durch Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11.12.2007 im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABLEU vom 20.12.2007, Nr. L 335, S. 31.

durch Regulierung, erreicht werden. Die strukturelle Europäisierung des Vergaberechts hat publizierende Wirkung.

Das traditionelle deutsche Vergaberechtsverständnis steht mit diesen Postulaten in Widerspruch. Es war seit der Weimarer Republik Haushaltsrecht und damit Innenrecht der Exekutive. Es bezweckte neben der Verhinderung der unkontrollierten Geldendmachung politischer Einflüsse in erster Linie die Kompensation der Schwäche der staatlichen Stellen bei der Marktübersicht und Marktteilnahme. Insofern sehen § 30 HGrG, § 55 BHO bzw. die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften die Ausschreibung öffentlicher Aufträge und die Vergabe nach einheitlichen Richtlinien vor, um die Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung zu gewährleisten. Die haushalts- und rein innenrechtliche Verankerung des nationalen Vergaberechts stellte für unterlegene Bieter nur einen rudimentären Rechtsschutz zur Verfügung. Insofern verwundert wenig, dass sich der deutsche Gesetzgeber mit der Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben äußerst schwer tat. Die Historie der Umsetzung ist durchgängig von dem Versuch gekennzeichnet, vom nationalen Vergaberecht „zu retten, was zu retten ist“. Angesichts des Umfangs des gemeinschaftsrechtlichen Eingriffs in nationale Systeme ist dies nur allzu verständlich.

Der liberalisierte europäische Rechtsrahmen bedingt allerdings nicht zwingend liberalisierte Beschaffungsmärkte: Nur etwa ein bis drei Prozent der Gesamtzahl der öffentlichen Aufträge werden tatsächlich einem ausländischen Bieter zugeschlagen.²² Hinzu kommt, dass öffentliche Auftraggeber nicht selten wenig gewillt sind, sich bei der Auswahl des privaten Auftragnehmers den Zwängen des Kartellvergaberechts zu unterwerfen. Zum Teil hat man sich bereits auf einen bestimmten Privaten geeinigt und will nicht das Risiko auf sich nehmen, im Vergabeverfahren zu unterliegen. Ferner können faktische Zwänge aus einer gegebenen Zusage oder einer politischen Entscheidung bestehen. Schließlich kann mit der beabsichtigten schnellen Umsetzung der Maßnahme eine Zeitverzögerung infolge der Durchführung eines Vergabeverfahrens als nicht vereinbar erscheinen. Problematisch ist schließlich, dass sich die Vergabepflichtigkeit der Maßnahme in einem frühen Planungsstadium unter Umständen nicht mit der gewünschten Rechtssicherheit beantworten lässt.

Die vergaberechtliche Judikatur des EuGH ist geprägt von den Postulaten der Verwirklichung des Binnenmarkts und der Öffnung der öffentlichen Auftragsmärkte. Es besteht die Verpflichtung zur Anwendung der einschlägigen Gemeinschaftsrechtsvorschriften im Falle der Erfüllung der vorgesehenen Voraussetzungen und zur engen Auslegung einer jeden Ausnahme. Die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts verlangt sonach ein Rechtsverständnis pro Ausschreibung. Hieraus wird die Zweistufigkeit der Europäisierung des Vergaberechts offenbar. Auf die sekundärrechtliche Überformung des nationalen Rechts als erste Stufe folgt die gemeinschaftsrechtlich geprägte Auslegung des mitgliedstaatlich umgesetzten Sekundärrechts als zweite Stufe. Die Rechtsentwicklung der letzten Jahre hat einem bunten Strauß von Abwehrversuchen weitgehend eine Absage erteilt.

²² Bericht über die Funktionsweise der gemeinschaftlichen Güter- und Kapitalmärkte vom 23.12.2002, KOM (2002) 743 endg., S. 20 f. Weitere legislatorische Maßnahmen sind wenig geeignet, die seitens des Gemeinschaftsgesetzgebers gewünschte Öffnung der Beschaffungsmärkte zu gewährleisten. Gerade bei Großaufträgen sind sowohl die Bestrebungen der Förderung der heimischen Wirtschaft und der Erhaltung von Arbeitsplätzen als auch die Verflechtungen von Staat und Wirtschaft stärker ausgeprägt.

Prominente Beispiele sind die nicht anerkannte „Flucht in das öffentliche Recht“,²³ die Einbeziehung der interkommunalen Zusammenarbeit,²⁴ die Rückführung von In-house-Vergaben²⁵ auf einen originär staatlichen Bereich sowie ein funktionales Verständnis der öffentlichen Auftraggebereigenschaft²⁶ (§ 98 GWB) und – für diesen Beitrag relevant – des öffentlichen Auftrags (§ 99 GWB). So stellt sich nunmehr – für Vergaberechtler nicht unverständlich – die Frage nach den „Grenzen des Vergaberechts“.²⁷

Die Rechtsprechung des EuGH verdeutlicht ferner, dass Rechtssicherheit nur durch ein am Telos des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts orientiertes Verständnis gewährleistet werden kann. Angesichts der Beihilfenrelevanz der öffentlichen Auftragsvergabe²⁸ ist Rechtssicherheit im vergaberechtlichen und beihilfenrechtlichen Sinn gemeint. Die Durchführung eines hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Vergabeverfahrens wird als taugliches Mittel zur Ermittlung des Marktpreises angesehen. Es stellt gute Praxis dar, vom Grundsatz „im Zweifel für die Ausschreibung“ auszugehen. Auch den Anforderungen des Haushaltsrechts an die Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit öffentlicher Beschaffungen wird hierdurch Rechnung getragen.

c) Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Hier gilt im Grunde weiterhin die vor dem VgRÄG geltende und durch die Verdingungsordnungen determinierte Rechtslage. Es besteht kein unmittelbar einklagbares Recht auf Einhaltung (drittschützensender) Vergabevorschriften, also kein Anspruch auf Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens. Individuelle und einklagbare Rechtspositionen der Bieter können sich im Einzelfall aus dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung (Art. 3 Abs. 1 GG) und aus dem Wettbewerbsrecht (§ 1 UWG, §§ 20, 33 GWB: „marktbeherrschende Stellung“) ergeben. Ferner können (sekundärrechtliche) Schadensersatzansprüche bestehen bei rechtswidriger und schuldhafter Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten oder Verstößen gegen Vergabevorschriften, dies auch bereits im Rahmen des vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses der Ausschreibung. Dennoch ist in diesem Bereich ein erhebliches Rechtsschutzdefizit zu konstatieren.²⁹

²³ EuGH, VergabeR 2001, 380 – Milano; OLG Brandenburg, NZBau 2005, 236; OLG Naumburg, DVBl 2006, 121, 123 f.; *Burgi*, NZBau 2002, 57; *Dreher*, NZBau 2002, 245, 255; *Pieper*, DVBl 2000, 160; *Zeiss*, DVBl 2003, 435.

²⁴ EuGH, EuR 2005, 21 – Kommission/Spanien; OLG Düsseldorf, NZBau 2004, 398; OLG Naumburg, DVBl 2006, 121, 123; OLG Frankfurt am Main, NZBau 2004, 692; *Ziekow/Siegel*, VerwArch 96 (2005), 119; *Flömer/Tomerius*, NZBau 2004, 660; *Schröder*, NVwZ 2005, 25.

²⁵ EuGH, EuZW 2000, 246 – Teckal Srl./Gemeinde Viano u. a.; NZBau 2005, 111 – Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH/TREA Leuna; *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 107 ff. m. w. N.

²⁶ EuGH, Slg. 1988, S. 4635 – Beentjes; WuW 2003, 205 – Universale Bau AG; *Hailbronner*, DÖV 2003, 534; *Opitz*, NZBau 2003, 252.

²⁷ *Pietzcker*, NVwZ 2007, 1225.

²⁸ Vgl. *Hakenberg/Erlbacher*, EWS 2001, 208; *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065; *dies.*, NVwZ 2003, 709; allgemein *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 2003.

²⁹ *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 56 ff., 247 ff., 255 ff. Das BVerfG, NZBau 2006, 791, verneint trotz des praktischen Ausschlusses von Primärrechtsschutz einen Verstoß gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und argumentiert maßgeblich mit der Verfahrensökonomie bei der Abwicklung von Auftragsvergaben.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien bestehen allerdings primärrechtliche Anforderungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge aus dem EG-Vertrag, insbesondere die Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz, des Verbots der Diskriminierung und der Sicherstellung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit sowie eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes³⁰.

2. Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des EuGH

a) „Fliegerhorst Ahlhorn“³¹

Diesem Judikat lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Bundesrepublik Deutschland als Eigentümerin eines früher als Militärflughafen genutzten Geländes plante den Verkauf der Immobilie, wozu sie sich mit dem zuständigen Landkreis und der zuständigen Kommune abstimmte. Anschließend wurden Interessenten aufgefordert, ein Konzept vorzulegen, das u. a. Aussagen über die gesicherte Finanzierung und den Kaufpreis umfassen sollte. Bei der Prüfung dieser Konzepte sollten Kriterien zur Wirtschaftlichkeit des Projekts, zur Schaffung von Arbeitsplätzen sowie zur Stärkung des Wirtschaftsstandorts Berücksichtigung finden. Im weiteren Verfahren wurde u. a. eine Stellungnahme zu dem von der Kommune verlangten Abschluss eines städtebaulichen Vertrages gefordert. Die Bundesrepublik einigte sich daraufhin mit der Kommune, einen Bieter als „preferred bidder“ auszuwählen, was den verbliebenen Bietern mitgeteilt wurde.

Das OLG Düsseldorf bejahte in der Verknüpfung eines Grundstückskaufvertrages mit einem städtebaulichen Vertrag, in dem sich der Erwerber verpflichtet, das Grundstück nach den Vorgaben der Kommune zu bebauen, eine ausschreibungspflichtige Baukonzession. Bezüglich der Entgeltlichkeit des Vertrages sei es nicht notwendig, dass das Entgelt vom öffentlichen Auftraggeber stammt. Vielmehr seien auch solche Einnahmen als Entgelt anzusehen, die der Auftragnehmer durch eine Veräußerung der zu errichtenden Gebäude erzielen wird. Dagegen setze ein öffentlicher Bauauftrag nicht voraus, dass der öffentliche Auftraggeber die Bauwerke selbst erwerben oder nutzen will. Hinsichtlich der Sondersituation des Auseinanderfallens des Eigentums an der Immobilie und des Plangebers judizierte das Gericht, dass die Verknüpfung von Grundstückskaufvertrag und städtebaulichem Vertrag, die neben der Auswahl des Investors die Umsetzung der Vorstellungen des Plangebers über die Nutzung der Flächen sicherstellen soll, dazu führe, dass die beiden Verträge in vergaberechtlicher Hinsicht eine Einheit darstellen.

b) „Wuppertal-Vohwinkel“³²

Dem Urteil lag eine Planung der Stadt zu Grunde, mehrere zusammenhängende und überplante Grundstücke zu veräußern und zur Verbesserung der Infrastruktur einer ihren Vorstellungen entsprechenden Bebauung und Nutzung zuzu-

führen. Hierzu wurde ein Verkaufsexposé an ausgesuchte Unternehmen versandt, wonach die Grundstücke gegen ein „Höchstgebot mit Bauverpflichtung“ veräußert werden sollten. Das Exposé nannte dabei bestimmte Erwartungen an die Bebauung und Abstimmungsverpflichtungen mit der Stadt. Nach Wertung der Angebote gab die Stadt bekannt, die Grundstücke an einen bestimmten Bieter zu veräußern. Diesem wurde daraufhin der Entwurf eines notariellen Kaufvertrages übersandt, der u. a. den Abriss vorhandener Gebäude, eine den Festsetzungen des Bebauungsplans und dem vorgestellten Baukonzept entsprechende Neubebauung innerhalb einer Frist, eine Fristsetzung für die Bauantragstellung, eine Abstimmung bei der Farb- und Fassadengestaltung und bei der Materialauswahl sowie eine bestimmte Nutzung und die Einrichtung eines gastronomischen Betriebs vorsah.

Das OLG Düsseldorf bekräftigte, dass das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages nicht vom geplanten Verwendungszweck abhängt, insbesondere eine Beschaffung oder Errichtung zu Zwecken der Erfüllung eigener Aufgaben nicht erforderlich sei. Es genüge vielmehr, dass sich der öffentliche Auftraggeber durch eine Vereinbarung mit dem Auftragnehmer die rechtliche Befugnis sichere, die Verfügbarkeit des Bauwerks für die angestrebte öffentliche Zweckbestimmung zu gewährleisten. Das Gericht stellte ferner fest, dass ein Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung jedenfalls dann einen öffentlichen Bauauftrag darstelle, wenn die gestellten Erfordernisse über die Festlegungen in einem bestehenden Bebauungsplan hinausgehen, wobei auch eine Herstellung nach den vom Auftraggeber gebilligten Plänen genüge.

c) „Stadt Roanne“³³

In dem vom EuGH entschiedenen Fall erstrebte die Kommune die Errichtung eines Freizeitentrums in einem Stadtteil, um diesen aufzuwerten, das Freizeitangebot auszubauen und den Tourismus zu beleben. Hierzu beauftragte sie ein Unternehmen mit dem Ankauf der entsprechenden Grundstücke und dem Bau eines Freizeitentrums. Das Unternehmen sollte die erstellten Anlagen grundsätzlich selbst veräußern. Allerdings verpflichtete sich die Kommune zum Erwerb solcher Anlagen, die bis zu einem bestimmten Stichtag noch nicht veräußert wurden.

Der EuGH bejahte im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages und stellte fest, dass es nicht darauf ankomme, ob der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des gesamten Bauwerks ist oder wird. Bei der Prüfung der Entgeltlichkeit seien der Gesamtwert des Bauauftrages aus der Perspektive eines potenziellen Bieters in den Blick zu nehmen und sämtliche Beträge einzubeziehen, also sowohl Zahlungen des öffentlichen Auftraggebers als auch Zahlungen von Dritten.

d) Weitere Entscheidungen

Das OLG Düsseldorf setzte seine Rechtsprechung in der Entscheidung „Kirmesplatz“³⁴ fort. Eine Stadt beabsichtigte ein nicht mehr genutztes Kirmesgelände zur Stärkung der Innenstadtlage zu einem Einzelhandels- und Dienstleistungszentrum zu entwickeln und an einen privaten Investor zu verkaufen. Nach Veröffentlichung dieser Absicht und ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens wählte die

³⁰ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, vom 1.8.2006, ABI EU 2006, Nr. C 179, S. 2. Vgl. auch *Bungenberg* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 2006, § 99 GWB Rdnr. 52 ff.

³¹ OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 530.

³² OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 138.

³³ EuGH, NZBau 2007, 185.

³⁴ OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 271.

Stadt einen Investor aus und schloss mit diesem einen notariellen, Bauverpflichtungen enthaltenden Vertrag. Nach Stellung eines Nachprüfungsantrages schlossen die Beteiligten einen notariellen Abänderungsvertrag, mit dem sämtliche Regelungen zu Bauverpflichtungen aufgehoben wurden. Das OLG Düsseldorf bejahte dennoch das Vorliegen eines Bauauftrages in der Form der Baukonzession. Auch der Abänderungsvertrag habe nach ergänzender Vertragsauslegung eine (faktische) Bauverpflichtung enthalten. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung „Stadt Roanne“³⁵ wurde weder auf das Eigentum oder den Eigentumserwerb der Stadt noch auf den Verwendungszweck des Vorhabens abgestellt. Ferner wurde das Vorhandensein kommunaler Vorgaben für die städtebauliche Entwicklung des Geländes bejaht, wobei die Herstellung des Vorhabens nach den gebilligten Plänen des Privaten als genügend angesehen wurde.

Im Gefolge dieser Entscheidungen ergingen in jüngster Zeit mehrere Entscheidungen der Vergabekammern. Hervorzuheben sind die Beschlüsse der Vergabekammer Hessen vom 5.3.2008³⁶ und der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 7.3.2008³⁷. In dem von der Vergabekammer Hessen entschiedenen Fall hatte die Kommune angesichts der obergerichtlichen Rechtsprechung auf den Abschluss eines städtebaulichen Vertrages verzichtet und im Rahmen des Kaufvertrages lediglich Rücktrittsrechte u. a. für den Fall der Nichterreichung von Bauvoranfragen und -anträgen und des Nichtbeginns von Aushubarbeiten vereinbart. Die Vergabekammer verneinte wegen des Verzichts auf einen städtebaulichen Vertrag mit Bauverpflichtung das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages sowie eines Umgehungsgeschäfts. Ein öffentlicher Auftrag liege nur vor, wenn der öffentliche Auftraggeber etwas im Wege eines „synallagmatischen Austauschvertrages“ beschaffe, also seinen „zuvor definierten Bedarf“ decke. Die Veräußerung von Grundstücken, die nach bestimmten Erfordernissen zu bebauen sind, stelle keinen öffentlichen Bauauftrag dar, da es sowohl an der Beschaffung als auch an der Entgeltlichkeit fehle. Die Vergabekammer Baden-Württemberg verneinte bereits ein „mittelbares Interesse an der Erstellung eines Bauwerks“, wenn der öffentliche Auftraggeber die Gebäude nicht selbst erwirbt oder zur Nutzung übernimmt. Zudem sah man den Schwerpunkt des Konzeptes im Dienstleistungsbereich und bejahte eine (vergabefreie³⁸) Dienstleistungskonzession.

3. Analyse der Entscheidungen

Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf waren für mit dem Vergaberecht Vertraute weniger überraschend als für die bauplanungsrechtliche Praxis der Kommunen. Die nunmehr als „Ahlhorn-Linie“ bezeichnete Rechtsprechung zur Vergabepflicht kommunaler Grundstücksveräußerungen an einen privaten Investor, der sich zu einer bestimmten Bebauung verpflichtet, lässt sich indes als konsequente Fortsetzung der vergaberechtlichen Judikatur des EuGH vor dem Hintergrund der Postulate Effektivitätsgebot, Umgehungsschutz und funktionaler Auftragsbegriff einordnen. Sie soll im Folgenden auf ihre wesentlichen Auswirkungen für die notarielle Praxis analysiert werden.

³⁵ EuGH, NZBau 2007, 185.

³⁶ Vergabekammer Hessen, Beschluss vom 5.3.2008, 69d VK 06/2008; Volltext unter www.forum-vergabe.de.

³⁷ Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 7.3.2008, 1 VK 1/08, Volltext unter www.forum-vergabe.de.

³⁸ Art. 17 VKR, Art. 18 SKR; hierzu *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2007, § 99 Rdnr. 120 ff.

a) Bauauftrag und Baukonzession

Die „Ahlhorn-Linie“ sieht sich der Kritik des Schrifttums ausgesetzt, da sie durch ein gemeinschaftsrechtlich nicht gebotenes Verständnis der Baukonzession die Differenzierung zum öffentlichen Bauauftrag aufbehebt.³⁹

Diese Kritik überzeugt nicht. Ein Bauauftrag ist ein Vertrag entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder eine Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (§ 99 Abs. 3 GWB, Art. 1 Abs. 2 lit. b) VKR). Baukonzessionen weichen von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit ab, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (Art. 1 Abs. 3, 56 ff. VKR, § 98 Nr. 6 GWB, § 6 VgV, §§ 32, 32 a VOB/A). Der Baukonzession eigentümlich sind daher ein grundsätzlich anderer Zahlungsfluss sowie die Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos auf den Konzessionär, der sich aus der Nutzung des Bauwerks refinanzieren muss.⁴⁰ Weder der Judikatur des EuGH noch des OLG Düsseldorf ist eine Aufgabe der Differenzierung zwischen Bauauftrag und Baukonzession zu entnehmen. Die Vergabepflicht der dem OLG Düsseldorf vorliegenden Sachverhalte entgegen der bisherigen Doktrin resultiert vielmehr aus der besonderen Struktur der Baukonzession und dem gemeinschaftsrechtlichen Verständnis ihrer Voraussetzungen.

Durch sein Judikat in der Rechtssache „Stadt Roanne“⁴¹ erweiterte der EuGH den Begriff der Entgeltlichkeit öffentlicher Aufträge. Er stellt unter Verweisung auf die Ausführungen in der Rechtssache „Teatro alla Bicocca“⁴² klar, dass sich der entgeltliche Charakter eines Vertrages auf die Gegenleistung bezieht, die dem Unternehmer für die Ausführung der *vom öffentlichen Auftraggeber geplanten Arbeiten* geboten wird. Entscheidend ist der Bezug: Erfasst werden sämtliche Gegenleistungen, welche der Unternehmer für die Ausführung des Bauwerks erhält, also auch solche, die dem Privaten aus der Veräußerung der errichteten Bauwerke von Dritten zufließen. Es genügt die Errichtung der Bauwerke *für oder nach Planung* durch den öffentlichen Auftraggeber. Dagegen ist nicht maßgeblich, dass das Entgelt ausschließlich vom öffentlichen Auftraggeber stammt. Von Bedeutung ist, dass der EuGH sowohl zur Entgeltlichkeit als auch zu öffentlichen Aufträgen generell ausführt. Daher geht die Auffassung fehl, der EuGH habe nur eine nicht entscheidungserhebliche Gesamtbewertung vorgenommen und eine Erweiterung des Begriffs der Entgeltlichkeit des öffentlichen Auftrages nicht vornehmen wollen.⁴³ Die in diese Richtung abzielende Argumentation der französischen Regierung⁴⁴ wurde vom EuGH abgelehnt. Die deutlichen Ausführungen des EuGH konkretisieren ferner den Umfang der „Nutzung“ gemäß der Definition der Baukonzession: Als Nutzung in diesem Sinn ist neben

³⁹ *Grziwotz*, NotBZ 2008, 85, 88 f.; *Reidt*, BauR 2007, 1664, 1671 f.; *Ziekow*, DVBl 2008, 137, 140; vgl. auch *Greb/Rolshoven*, NZBau 2008, 163, 164.

⁴⁰ EuGH, NZBau 2005, 644 – Parking Brixen; *Bungenberg* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, § 99 GWB Rdnr. 20 m. w. N.; *Gallwas*, GewArch 2000, 401, 407 f.

⁴¹ NZBau 2007, 185.

⁴² NZBau 2001, 512.

⁴³ So *Ziekow*, DVBl 2008, 137, 140.

⁴⁴ EuGH, NZBau 2007, 185, Rdnr. 33 – Stadt Roanne.

der entgeltlichen Überlassung auch die Veräußerung an Dritte zu begreifen.⁴⁵ Es ist gerade nicht maßgeblich, dass der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des Bauwerks ist oder wird.⁴⁶

Die Folge dieser gemeinschaftsrechtlichen Auslegung lässt sich an der Vergabepflicht gemäß § 99 Abs. 3 Alt. 3 GWB i. V. m. Art. 1 Abs. 3 VKR als Baukonzession ablesen. Maßgeblich ist sonach die Verknüpfung des Bauauftrages mit extensiv auszulegenden Voraussetzungen der Baukonzession, wodurch diese in praxi einen vergaberechtlichen Auffangcharakter erfährt.

Die aus Sicht des Gemeinschaftsrechts wünschenswerte effektive Umsetzung des Vergaberechts ändert indes nichts an der Differenzierung zwischen Bauauftrag und Baukonzession, die jeweils einem funktionalen Verständnis unterliegen.

b) Beschaffung von Bauleistungen bei der „Investorensuche“

aa) Fehlende Relevanz eines originären Beschaffungszwecks

Der Staat und seine Untergliederungen decken ihren Bedarf grundsätzlich durch die Vergabe öffentlicher Aufträge. Dem Staat kommt bei der Beschaffung eine Sonderstellung am Markt zu. Typengemischte Verträge und Gestaltungen sind im Hinblick auf ihre vergaberechtliche Relevanz auf das Vorliegen entgeltlicher Beschaffungsströme hin zum öffentlichen Auftraggeber zu untersuchen. Vorgänge, im Rahmen derer die öffentliche Hand Vermögen veräußert, insbesondere also Vorgänge der materiellen Privatisierung, unterliegen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht. Prägnant formuliert gilt: Ein Verkauf ist kein Einkauf!⁴⁷ Etwas anderes kann dann gelten, wenn im Rahmen eines Veräußerungsvorgangs flankierend entgeltliche Beschaffungsströme bestehen.⁴⁸

Das OLG Düsseldorf verneint die Notwendigkeit der Befriedigung eines *eigenen* Beschaffungsbedarfs für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrages. Es komme weder auf den Verwendungszweck des zu errichtenden Bauwerks noch darauf an, ob der öffentliche Auftraggeber dieses „für eigene Zwecke, d. h. für Zwecke seiner öffentlichen Aufgabenerfüllung, beschaffen oder errichten will“.⁴⁹ Das Gericht stützt sich dabei, anders als manche Kritiker meinen,⁵⁰ zu Recht auf die Rechtsprechung des EuGH, der in ständiger Rechtsprechung

⁴⁵ Ebenso *Rosenkötter/Fritz*, NZBau 2007, 559, 563; *Ziekow*, DVBI 2008, 137, 141. A. A. *Pietzcker*, NZBau 2008, 293, 296 f.; *Reidt*, BauR 2007, 1664, 1671: Eine Baukonzession liege nicht vor, da der Private das Bauwerk für sich selbst und seine eigene Nutzung errichte.

⁴⁶ EuGH, NZBau 2007, 185, Rdnr. 47 – Stadt Roanne. Dies verkennen *Reidt*, BauR 2007, 1664, 1671 und *Greb/Rolshoven*, NZBau 2008, 163, 165.

⁴⁷ Vgl. *Prieß*, PPLR 1998, Volume 7, S. 1, 7 f.: „A sale is not a purchase and a seller is not a purchaser“.

⁴⁸ *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 101 ff.: „beschaffungsrechtliche Betrachtung“.

⁴⁹ OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 138, 140.

⁵⁰ *Claussen*, NotBZ 2008, 118; *Fehr/Wichardt*, ZfIR 2008, 221; *Greb/Rolshoven*, NZBau 2008, 163, 164; *Pietzcker*, NZBau 2008, 293, 296; *Reidt*, BauR 2007, 1664, 1669 ff.; *Wilke*, ZfBR 2004, 141, 147. Auch die Rechtsprechung des BayObLG, NZBau 2002, 108, wonach Bauaufträge und Baukonzessionen nur dann vorlägen, wenn die Leistung an den öffentlichen Auftraggeber erbracht wird, ist nicht mehr tragfähig. A. A. Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 7.3.2008, 1 VK/1/08, Volltext unter www.forum-vergabe.de. Die Vergabekammer Brandenburg, IBR 2008, 228, verlangt nun die Deckung eines eigenen Bedarfs „im weiteren Sinn“ sowie einen Auftraggeber als „Nachfrager der Leistung“ bei „wirtschaftsfunktionaler Betrachtung“.

sogar ein Erfordernis der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, also öffentlichen Aufgaben, für die Annahme eines öffentlichen Auftrages verneint.⁵¹ Die Rechtsmeinung des OLG Düsseldorf wird durch den Wortlaut der Bestimmungen gemäß § 99 Abs. 1 GWB und Art. 1 Abs. 2 lit. b) VKR getragen, wonach Bauaufträge (lediglich) „Bauleistungen zum Gegenstand haben“. Für den Eintritt in die Vergabepflicht und in das Vergaberecht kommt es auf die Eröffnung eines den Schwellenwert übersteigenden staatlichen (Sonder-)Marktes für Bauleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber an. Weitergehende Anforderungen an die Zweckbindung der Beschaffung widersprechen dem gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgebot; sie wären vor dem Hintergrund der fehlenden klaren Aufgabendogmatik im nationalen Verwaltungsrecht auch nur beschränkt umsetzbar.

Die fehlende Zweckbindung hinsichtlich eines „originären“ oder „eigenen“ Beschaffungsbedarfs bedeutet freilich nicht, dass die Anwendbarkeit des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe keine *Beschaffung* von Gütern oder Leistungen erfordert.⁵² Maßgeblich ist vielmehr, welche Anforderungen an die entgeltliche Beschaffung von Gütern und Leistungen zu stellen sind. Es ist zu vergegenwärtigen, dass es – um mit *Ziekow*⁵³ zu sprechen – kein „beschaffungsfremdes Beschaffungsrecht“ gibt. Der Staat und seine Untergliederungen beschaffen nicht „um der Beschaffung willen“. Mit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers pro Beschaffung wird für das nachzufragende Gut ein Sondermarkt für öffentliche Aufträge eröffnet. Dabei besteht eine öffentliche und im Regelfall auch staatliche (Verfahrens-)Aufgabe einer grundrechtskonformen Gestaltung und Steuerung des Beschaffungsverfahrens. Die Beschaffung ist insoweit aufgabenbezogene Vorstufe und eigenständige Aufgabenebene zugleich.⁵⁴ Hinter dieser (Verfahrens-)Aufgabe befindet sich stets eine finale (Staats-)Aufgabe, die sich für den Bedarf verantwortlich zeichnet und die der Staat als Pflicht- oder freiwillige Aufgabe erfüllt. Hieraus erhellt, dass sich die staatliche Beschaffung durch Vergabe öffentlicher Aufträge nicht von der zu erfüllenden finalen Aufgabe trennen lässt.

In den vom OLG Düsseldorf zu beurteilenden Sachverhalten beabsichtigten die jeweiligen Kommunen die Umsetzung bestimmter städtebaulicher Ziele im Hinblick auf den Abriss, Neubau und die Nutzung von Bauwerken. Am Vorhandensein einer finalen Aufgabe, die einen Bedarf nach Bauleistungen verursacht, war nicht zu zweifeln. Die Kommunen handelten jeweils in Ausübung ihrer Planungshoheit als Teil der Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG, was sie freilich nicht von der Einhaltung der Pflichten des Vergaberechts entbindet.⁵⁵

bb) (Vertrags-)Gegenständliche Bauleistung und kommunale (Planungs-)Erfordernisse

Nachdem die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages eine Beschaffung für eine zu erfüllende finale Aufgabe verlangt,

⁵¹ EuGH, NZBau 2005, 111, 114 – Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH/TREA Leuna; NZBau 2005, 49, 50 – Heizkraftwerk München.

⁵² *Rosenkötter/Fritz*, NZBau 2007, 559; *Ziekow*, DVBI 2008, 137, 139 f.

⁵³ *Ziekow*, DVBI 2008, 137, 139.

⁵⁴ Zum Verhältnis von Beschaffung und finaler Aufgabe und zur Einordnung der Auftragsvergabe in das System öffentlicher und staatlicher Aufgaben: *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 192 ff.

⁵⁵ EuGH, NZBau 2001, 512 – Teatro alla Bicocca; unzutreffend *Fehr/Wichardt*, ZfIR 2008, 221, 225.

steht in Frage, welche Anforderungen an diese oder an den „Beschaffungscharakter“ zu stellen sind. Nach der „Ahlhorn-Linie“ muss es sich um eine Beschaffung von Bauleistungen „gemäß den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers“ handeln. Der erforderliche Beschaffungscharakter stellt demnach Anforderungen an das „ob“ und das „wie“ der Bauleistungen.

Keine Einordnungsprobleme hinsichtlich des „ob“ bereiten Verträge oder Vertragsbestimmungen, die eine oder mehrere ausdrückliche Bauverpflichtungen nach Maßgabe einer bestimmten städtebaulichen Planung beinhalten. Zum Teil wird vertreten, dass eine vergaberechtsrelevante Beschaffung lediglich bei rechtlich einklagbaren Verpflichtungen bestehe.⁵⁶ Die Rechtsprechung hat diese unzutreffende Anforderung zunächst offen gelassen,⁵⁷ später verneint.⁵⁸ Das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages und die damit verbundene Beschaffung sind am Maßstab des (umgesetzten) Gemeinschaftsrechts, nicht an demjenigen des Werkvertragsrechts des BGB zu beurteilen. Andererseits ist eine Beschaffung grundsätzlich zu verneinen, wenn der Vertrag keinerlei Bestimmungen über Bauverpflichtungen enthält.

Praxisrelevant sind Fallkonstellationen, die sich zwischen diesen Polen bewegen. Hierunter fällt insbesondere die Vereinbarung von Rücktrittsrechten des öffentlichen Auftraggebers, die zur Voraussetzung haben, dass der Erwerber bis zu einem bestimmten Zeitpunkt keinen Antrag auf Bau- oder Bebauungsgenehmigung für die geplanten Bauwerke eingereicht hat. Auszugehen ist wiederum von der Notwendigkeit „gegenständlicher Bauleistungen“.⁵⁹ Ob eine Bauverpflichtung besteht, ist anhand des Willens der Beteiligten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB). Für den Notar als Vertragsgestalter gilt es, den wahren Willen der Beteiligten zu erforschen und in der Urkunde niederzulegen (§ 17 Abs. 1 BeurkG, § 311 b Abs. 1 BGB).⁶⁰ Er wird in diesen Konstellationen meist zu dem Ergebnis kommen, dass eine konkludente oder faktische Bauverpflichtung gewollt ist. Diese ist für das vergaberelevante „ob“ der Beschaffung genügend.⁶¹ Eine andere Sichtweise ist mit dem gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgebot – Stichwort: funktionaler Auftragsbegriff – nicht vereinbar. Einfacher liegt der Fall, wenn ein Rücktrittsrecht ausdrücklich für den Fall des Nichtbeginns mit bestimmten Bauarbeiten eingeräumt werden soll.

Das „wie“ der Erstellung von Bauwerken setzt für die Bejahung eines Beschaffungscharakters eine Bebauung „entsprechend den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers“ voraus. Rechtsprechung und Schrifttum⁶² haben sich

auf den Begriff eines „mittelbaren städtebaulichen Interesses“ verständigt. Diese Terminologie überzeugt nicht. Bei einer (reichen) Kommune, die das wirtschaftliche Risiko der Bebauung und der späteren eigenen Nutzung, also das „Betriebsrisiko“ trägt, steht das Bestehen *unmittelbarer* städtebaulicher Interessen – freilich auch der Beschaffungscharakter durch Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages – nicht in Frage. Eine (arme) Kommune, die sich zur Übernahme dieses Risikos haushaltsrechtlich nicht in der Lage sieht und deshalb den Grundbesitz zur Bebauung nach ihren Wünschen an einen Investor veräußert, soll indes nur „mittelbare städtebauliche Interessen“ verfolgen. Diese Auffassung ist weder aus der Sicht der Kommunalorgane noch aus der eines objektiven Betrachters haltbar. Eine Notwendigkeit für ein Ausweichen auf „mittelbare städtebauliche Interessen“ bei der Veräußerung von Grundbesitz an einen Investor zum Zweck der Bebauung und städtebaulichen Aufwertung des Geländes nach einem von der Gemeinde vorgegebenen Konzept ist nicht ersichtlich. Ergänzend ist zu bemerken, dass sich eine Differenzierung nach dem Merkmal der Unmittelbarkeit in der Verwaltungsrechtsdogmatik bislang wenig bewährt hat.⁶³

Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf verlangt nicht, dass der öffentliche Auftraggeber dem Investor die planungsrechtlichen und gestalterischen Vorgaben stellt; bereits das Gutheißen und Billigen eines vom Investor vorgelegten Konzepts wurde als ausreichend erachtet.⁶⁴ Fraglich ist, ab welcher Planungsstufe von „Erfordernissen des Auftraggebers“ auszugehen ist. Zum Teil wird vor dem Hintergrund der „Ahlhorn-Linie“ argumentiert, die Vergabepflicht auslösende „Erfordernisse“ bestünden aufgrund der bauplanungsrechtlichen Gegebenheiten stets. Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar bestehen im Rahmen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben nach §§ 30–35 BauGB und im Rahmen des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB gemeindliche Möglichkeiten der Einflussnahme. Diesen Möglichkeiten steht zum einen aber der durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung gegenüber. Zum anderen resultieren diese Einflussnahmemöglichkeiten aus der bestehenden bauplanungsrechtlichen Rechtslage, die das Gesetz vorgibt und die ggf. durch eine Bauleitplanung oder durch örtliche Bauvorschriften in Ausübung der Planungshoheit ausgestaltet worden ist. Selbst wenn diese Rechtsakte im Hinblick auf einen künftigen Verkauf des Geländes an einen Investor aufgestellt und erlassen worden sind, bilden sie als Städtebaurecht zwar den Rechtsrahmen für die Bebaubarkeit, sie können indes keine Erfordernisse der Gemeinde begründen, die als flankierende Vereinbarungen im Rahmen einer Grundstücksveräußerung den Beschaffungscharakter und die Vergabepflicht der Bauleistung herbeiführen. Eine Bezugnahme⁶⁵ im Veräußerungsvertrag auf die Vorgaben der Bauleitplanung, örtliche Bauvorschriften oder die Anforderungen des Einfügens gemäß §§ 30–35 BauGB ist daher unschädlich.⁶⁶

⁵⁶ *Greb/Rolshoven*, NZBau 2008, 163, 164; *Reidt*, BauR 2007, 1664, 1667 ff.

⁵⁷ OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 138.

⁵⁸ OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 271.

⁵⁹ Meist wird es sich dennoch um einklagbare Bauverpflichtungen handeln, da die Kommunen sich regelmäßig auf ein solches Risiko nicht einlassen werden.

⁶⁰ Eine Formnichtigkeit (§§ 311 b Abs. 1, 125, 139 BGB) nach Streichung der Passagen über Bauverpflichtungen in einem notariellen Abänderungsvertrag wird thematisiert von OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 271.

⁶¹ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 271; *Grziwotz*, NotBZ 2008, 85, 91; kritisch *Ziekow*, DVBI 2008, 137, 143.

⁶² OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 530, 533; Vergabekammer Münster, BeckRS 2007, 16147 = IBR 2007, 698; *Rosenkötter/Fritz*, NZBau 2007, 559, 560; *Ziekow*, DVBI 2008, 137, 142 f.: Stellung als Bauherr in Bezug auf Planung, Ausführung und Fertigstellungszeitpunkt erforderlich.

⁶³ Vgl. *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 213 ff. m. w. N.

⁶⁴ OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 138, 141; Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 2.8.2007, VK 23/07, BeckRS 2007, 15713.

⁶⁵ Beurkundungsrechtlich ist zwischen der Verweisung (§ 9 Abs. 1 Satz 2, § 13 a BeurkG) und der Bezugnahme zu differenzieren.

⁶⁶ *Schröer/Rosenkötter*, NZBau 2007, 770; *Ziekow*, DVBI 2008, 137, 142; Vergabekammer Brandenburg, IBR 2008, 228; a. A. Vergabekammer Münster, BeckRS 2007, 16147 = IBR 2007, 698. Zur Vermeidung einer öffentlichen Ausschreibung schlagen *Schröer/Rosenkötter*, NZBau 2007, 770, Festsetzungen im Bebauungsplan nach § 9 Abs. 2 BauGB, also ein Baurecht auf Zeit, vor.

Eine Beschaffung von Bauleistungen kann wegen des Effektivitätsgebots allerdings nur solange verneint werden, als keine konkretisierende Verknüpfung zum Veräußerungsvertrag besteht. Die Grenze dürfte überschritten sein, wenn im Veräußerungsvertrag Art und Umfang der zu erstellenden Bauwerke über die vorgenannte Rechtslage hinaus konkretisiert werden, beispielsweise eine bestimmte, über die Bauleitplanung oder Bauvorschriften hinausgehende Gestaltung und Nutzung vereinbart sowie ein Fristenplan festgeschrieben werden. Dabei ist zu vergegenwärtigen, dass das abstrakte Bauplanungs- und Bauordnungsrecht angesichts der in der Regel fortschreitenden Komplexität des Vorhabens häufig nicht ausreichen wird, um zusätzliche – im Hinblick auf eine nicht gewünschte Vergabepflicht schädliche – Vorgaben im Veräußerungsvertrag entbehrlich zu machen. Flankierende Vereinbarungen – sei es auch nur zur Konkretisierung der bestehenden Anforderungen – werden daher in den Veräußerungsvertrag aufzunehmen sein (§ 311 b Abs. 1 BGB), wodurch die letztlich geringen Anforderungen für vergaberechtsrelevante „Erfordernisse des öffentlichen Auftraggebers“ schnell erreicht werden.

Eine andere Sichtweise der Beschaffung vertritt das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi). Es sieht bei den vom OLG Düsseldorf zu entscheidenden Sachverhalten den für das Eingreifen des Vergaberechtsregimes notwendigen „Beschaffungscharakter“ als nicht gegeben an. Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts definiert deshalb öffentliche Aufträge als „entgeltliche Verträge über die *Beschaffung* von Leistungen“. ⁶⁷ Spätestens dann, wenn aufgrund einer dem Referentenentwurf entsprechenden Änderung des GWB die Anwendbarkeit des Vergaberechts in „Ahlhorn-Fällen“ verneint werden sollte, wird der EuGH wieder am Zug sein.

4. Grundsätze der vergaberechtlichen Relevanz kommunaler Grundstücksveräußerungen

Aus der vorstehenden Analyse lassen sich folgende Grundsätze der vergaberechtlichen Relevanz kommunaler Grundstücksveräußerungen ableiten:

a) Der Bauauftrag als die speziellste Regelung des öffentlichen Auftrages unterliegt einem gemeinschaftsrechtlichen Verständnis. Erst bei Verneinung eines Bauauftrages kommt der Auffangtatbestand eines öffentlichen Dienstleistungsvertrages in Betracht. Für die nicht selten anzutreffende Konstellation, dass der in Frage stehende öffentliche Auftrag Merkmale verschiedener Vertragstypen enthält, kommt es auf den Hauptgegenstand des Vertrages an, also auf den Teil des Vertrages, der dessen Inhalt wesentlich prägt. ⁶⁸ Die Prüfung der Vergabepflicht verlangt eine Gesamtbetrachtung der einzelnen Schritte des Vorhabens und ihrer Zielsetzung. ⁶⁹ Hinsichtlich der Ausschreibungspflicht macht es keinen Unterschied, ob der Grundstücksveräußerungsvertrag und die flankierende Vereinbarung gleichzeitig oder der Veräußerungsvertrag isoliert vorab geschlossen wird. Die Verträge bil-

den eine vergaberechtliche Einheit. ⁷⁰ Mit der vergaberechtlichen Einheit geht meist eine beurkundungsrechtliche Einheit gemäß § 311 b Abs. 1 BGB einher. ⁷¹

b) Ein öffentlicher Bauauftrag setzt nicht voraus, dass der öffentliche Auftraggeber das Bauwerk für eigene Zwecke, Pflicht- oder freiwillige Aufgaben beschaffen und nutzen will. Angesichts der Sonderstellung des Staates am Markt genügt es, dass die Bauleistungen vertragsgegenständlich sind. Hierunter fallen städtebauliche Verträge oder sonstige, die Grundstückstransaktion flankierende Vereinbarungen, die eine ausdrückliche oder faktische Bauverpflichtung enthalten. Hinzukommen muss, dass die Bauwerke nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers zu errichten sind. Dies ist nicht der Fall, wenn sich die Art der Bebauung lediglich nach den §§ 30–35 BauGB richtet, ohne dass weitergehende Anforderungen, die über eine bloße Bezugnahme auf die bestehende bauplanungs- und bauordnungsrechtliche Rechtslage hinausgehen, gestellt werden. Dagegen liegen regelmäßig vergaberelevante Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers vor, wenn der Vertrag Vereinbarungen enthält, welche die Art der Bebauung oder ihre Gestaltung festlegen oder zumindest die bestehende Rechtslage der Bebaubarkeit näher konkretisieren. Unschädlich für die Pflicht zur Durchführung einer Ausschreibung ist, dass die vorgesehenen Verpflichtungen zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht en detail feststehen.

c) Auch bei der Prüfung der Entgeltlichkeit des öffentlichen Auftrages gilt der funktionale Auftragsbegriff. Einzubeziehen sind demnach nicht lediglich Zahlungen des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer, sondern sämtliche Leistungen, die der Auftragnehmer von Dritten durch entgeltliche Gebrauchsüberlassung oder durch Veräußerung erwarten kann. Für die Prüfung, ob der in Frage stehende öffentliche Auftrag den maßgeblichen Schwellenwert erreicht, gilt dies entsprechend. ⁷²

d) Die Pflicht zur Beachtung des Vergaberechts entfällt nicht dadurch, dass die Kommune keine Möglichkeit hat, zwischen verschiedenen Auftragnehmern auszuwählen, sie vielmehr nur mit einem Auftragnehmer, der Eigentümer des zu bebauenden Grundbesitzes ist, kontrahieren kann. Das vergaberechtliche Schrifttum spricht insoweit vom Sonderfall der „faktischen Alternativlosigkeit“. In der Rechtssache „Teatro alla Bicocca“ ⁷³ entschied der EuGH, dass eine Gemeinde ihrer öffentlichen Auftraggebereigenschaft nicht dadurch verlustig geht, dass Bauwerke vom Eigentümer und Bauträger errichtet und anschließend an die Gemeinde übereignet werden. Das Effektivitätsgebot verlangt, dass die Gemeinde den Bauträger verpflichten muss, seinerseits eine den Anforderungen des Vergaberechts genügende Ausschreibung durchzuführen.

e) Die vorstehenden Grundsätze lassen sich für vertragliche Vereinbarungen allgemein nutzbar machen: Entgeltliche Verträge über die Erbringung von Bauleistungen für die Gemeinde oder zumindest nach deren Vorstellungen unterliegen bei Erreichen des Schwellenwerts von 5.150.000 € dem Vergaberecht. ⁷⁴ Ein Durchführungsvertrag im Rahmen eines

⁶⁷ § 99 Abs. 1 GWB des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Stand: 3.3.2008), NZBau 2008, 235; www.bmwi.de.

⁶⁸ Art. 1 Abs. 2 lit. d) VKR und SKR, § 99 Abs. 6 GWB; grundlegend EuGH, EuZW 1994, 349 – Gestión Hotelera.

⁶⁹ EuGH, NZBau 2005, 704, 706 – Stadt Mödling. Vgl. auch Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 99 ff.

⁷⁰ EuGH, NZBau 2005, 704, 706 – Stadt Mödling; OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 530; a. A. Reidt, BauR 2007, 1664, 1673.

⁷¹ Vgl. BGH, DNotZ 2002, 944 in Konkretisierung der ständigen Rechtsprechung; vgl. auch Schmucker, DNotZ 2002, 900.

⁷² EuGH, NZBau 2007, 185 – Stadt Roanne.

⁷³ EuGH, NZBau 2001, 512 Rdnr. 75, 95, 100 – Teatro alla Bicocca.

⁷⁴ Im Falle der Vornahme von Konzepterstellungs- und Planungsarbeiten kann ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vorliegen.

Vorhaben- und Erschließungsplans gemäß § 12 BauGB stellt regelmäßig einen öffentlichen Bauauftrag dar.⁷⁵ Der echte Erschließungsvertrag, bei dem der Erschließungsträger die Erschließungsanlagen an die Kommune übereignet und sich durch den Verkauf der Grundstücke refinanziert, lässt sich als öffentlicher Bauauftrag in Form der Baukonzession einordnen, sofern die Erschließungsanlagen nach den Vorstellungen der Kommune zu errichten sind, was in der Regel der Fall sein wird. Sofern der Erschließungsträger nicht nur eigene, sondern auch fremde Grundstücke erschließt, wird er regelmäßig mit den Eigentümern eine Kostenerstattung vereinbaren. Angesichts des extensiv zu verstehenden Begriffs der Entgeltlichkeit ist insoweit ebenfalls ein öffentlicher Bauauftrag anzunehmen, u. U. auch in Form der Baukonzession, sofern man die Auffassung vertritt, die Vereinbarung einer Kostenerstattung schließt die Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos nicht aus. Der sog. unechte Erschließungsvertrag stellt schließlich ebenfalls einen öffentlichen Bauauftrag dar, da der Erschließungsträger für die Errichtung der Erschließungsanlagen eine Gegenleistung von der Kommune erhält.⁷⁶

5. Vertragswirksamkeit und -durchsetzung – Beurkundungsrecht

a) Zivilrechtliche Rechtsfolgen von Vergabeverstößen

Öffentliche Auftraggeber sind zur Gewährleistung effektiven und vorbeugenden Primärrechtsschutzes gemäß § 13 VgV verpflichtet, die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des erfolgreichen Bieters und den Grund der Nichtberücksichtigung zu informieren; sie sind ferner verpflichtet, den Zuschlag nicht vor Ablauf von 14 Kalendertagen zu erteilen. Das Vergaberecht selbst bestimmt in § 13 Satz 6 VgV die Nichtigkeit öffentlicher Aufträge, die unter Verletzung der Informations- oder Wartepflicht erteilt worden sind. Eines Rückgriffs auf zivilrechtliche Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches bedarf es insoweit nicht.

Die Anwendung der Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus war in den letzten Jahren Gegenstand konträrer Diskussion.⁷⁷ In Frage stand die Nichtigkeitsfolge bei Auftragsvergaben, bei denen der Zuschlag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erteilt wurde (sog. De-facto-Vergabe). Als gesichert kann mittlerweile gelten: Eine direkte oder generell analoge Anwendbarkeit des § 13 Satz 6 VgV auf De-facto-Vergaben scheidet aus, da die Vorschrift das Vergabeverfahren näher ausgestaltet und damit zwingend ein solches Auswahlverfahren zwischen mehreren Bietern voraussetzt. Nicht erforderlich ist allerdings die Einräumung einer formalen Bieterstellung durch den öffentlichen Auftraggeber. Es genügt die (erfolglose) Abgabe eines Bieterangebots in einem „wettbewerblichen Verfahren“, also in einem Verfahren, in dem es Bieter und Angebote gibt, wobei der Unterlegene ein Nachprüfungsverfahren unter Geltendmachung der Verletzung seiner Informationsrechte einleiten muss.⁷⁸

⁷⁵ Ebenso *Ziekow*, DVBl 2008, 137, 143 f.; *Grzjwotz*, NotBZ 2008, 85, 91; unzutreffend *Fehr/Wichardt*, ZfIR 2008, 221, 232; *Reidt*, BauR 2007, 1664, 1669 ff.

⁷⁶ Die Zahlung des vereinbarten Geldbetrages oder die Verrechnung der Erstattungsforderung des Erschließungsträgers mit dem Erschließungsbeitrag in den Fällen, in denen der Erschließungsträger zugleich Eigentümer ist.

⁷⁷ Näher *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 180 f.

⁷⁸ OLG Düsseldorf, NJW 2004, 1331; NZBau 2005, 537; *Byok*, NJW 2006, 2076, 2080 m. w. N.

Hieraus wird deutlich, dass die „echte“ De-facto-Vergabe auch weiterhin geeignet ist, die Nichtigkeitsfolge des § 13 Satz 6 VgV zu umgehen. In Konstellationen, in denen der öffentliche Auftraggeber das Verfahren und den Zuschlag durch einen bewussten und vollständigen Verzicht auf das gesetzlich angeordnete Vergabeverfahren steuert, wird zunehmend eine Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 Abs. 1 BGB bejaht.⁷⁹ Dem ist zuzustimmen. Die bewusste Steuerung von Verfahren entgegen den gesetzlichen Bestimmungen und zur Vermeidung der hierzu vorgesehenen Sanktion legt die Annahme eines (subjektiven und objektiven) Verstoßes gegen die guten Sitten nahe. Die Prüfung der Vertragsnichtigkeit wegen kollusiven Zusammenwirkens macht eine Betrachtung aller Umstände, welche dem Vertragsschluss vorausgegangen sind und zu diesem geführt haben, unumgänglich.

Eine zivilrechtliche Nichtigkeit des öffentlichen Auftrags bei Bestehen von Vergaberechtsverstößen könnte auch gemäß § 134 BGB anzunehmen sein. Entsprechende Überlegungen werden seit Längerem angestellt.⁸⁰ Es bietet sich an, eine Parallele zum Europäischen Beihilfenrecht gemäß Art. 87 ff. EG zu ziehen, da ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 Satz 1 und 3 EG einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz darstellt und die zivilrechtliche Nichtigkeit des zugrundeliegenden Vertrages begründet.⁸¹ Dennoch sprechen folgende Gesichtspunkte gegen eine Anwendbarkeit des § 134 BGB: Das deutsche Vergaberecht ist vom Grundsatz der Auftragsstabilität geprägt. Vergaberechtsverstöße sind beachtlich und können – von der Konstellation eines kollusiven Zusammenwirkens abgesehen – nur im Nachprüfungsverfahren zur Rechtswidrigkeit des angestrebten Zuschlags und ggf. zur Nichtigkeit des öffentlichen Auftrages führen. Die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens ist hierfür unverzichtbar. Aus den §§ 114 Abs. 2, 115 Abs. 1 GWB lässt sich eine gesetzgeberische Grundentscheidung entnehmen, wonach die Verhinderung der Erteilung eines rechtswidrigen Zuschlages ein aktives Tun eines konkurrierenden Bieters voraussetzt. Als eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung ist es ferner anzusehen, dass § 13 Satz 6 VgV die Nichtigkeitsfolge lediglich bei einem bestimmten Vergaberechtsverstoß vorsieht. Eine quasi „automatische“ Nichtigkeit öffentlicher Aufträge bei Vergaberechtsverstößen ist dem Vergaberecht wesensfremd, zumal es unbestritten ist, dass nicht jeder Verstoß gegen eine vergaberechtliche Vorschrift die Nichtigkeit des öffentlichen Auftrages bewirken kann und soll. Die Aufrechterhaltung der Effektivität der staatlichen Aufgabe der öffentlichen Beschaffung stützt diese Auffassung.⁸² Auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung sieht den Anwendungsbereich des § 134 BGB als nicht eröffnet an.⁸³ Das Judikat des EuGH

⁷⁹ OLG Düsseldorf, NJW 2004, 1331, 1334; Vergabekammer Münster, BeckRS 2007, 16147 = IBR 2007, 698; *Antweiler*, DB 2001, 1975, 1979 f.; *Bitterich*, NJW 2006, 1845, 1847; *Greb/Rolshoven*, NZBau 2008, 163, 165; *Jennert*, NZBau 2007, 555, 557; *Müller-Wrede/Kaelble*, VergabeR 2002, 1, 9; *Portz*, VergabeR 2002, 211, 218; *Raabe*, NJW 2004, 1284, 1287.

⁸⁰ Vgl. KG, NZBau 2005, 538; *Byok*, NJW 2006, 2076, 2080; *Greb/Rolshoven*, NZBau 2008, 163, 165.

⁸¹ BGH, EuZW 2003, 444, 445; EuZW 2004, 254, 255; *Schmidt-Räntsch*, NJW 2005, 106.

⁸² Hierzu BVerfG, NZBau 2006, 791; *Hailbronner*, Gutachten im Auftrag des BMWi, BT-Drucks. 13/9340, S. 25 ff.; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456, 468.

⁸³ BGH, BauR 2005, 1026; OLG Düsseldorf, NJW 2004, 1331. Insofern sind die Erwägungen, die zur Verneinung einer analogen Anwendung des § 13 Satz 6 VgV auf De-facto-Vergaben geführt haben, übertragbar. Vgl. auch *Voit* in *Bamberger/Roth*, BGB, § 631 Rdnr. 41; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl., § 134 Rdnr. 19.

zur Verpflichtung der Beendigung rechtswidriger, weil ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens geschlossener Verträge⁸⁴ erlaubt ebenfalls keine Schlüsse im Hinblick auf die Anwendung von § 134 BGB. Die Absage des EuGH an die Bestandskraft vergaberechtswidriger Verträge trotz des Grundsatzes *pacta sunt servanda* zeitigt Wirkungen, die sich lediglich auf den Vollzug des Vertrages beschränken,⁸⁵ nicht jedoch die anfängliche Nichtigkeit begründen.⁸⁶

b) Beurkundungs- und berufsrechtliche Fragen

Die vergaberechtliche Relevanz von Grundstückskaufverträgen lässt das Beurkundungsverfahren nicht unberührt. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG verpflichtet den Notar zur Belehrung über die „rechtliche Tragweite des Geschäfts“, insbesondere also zur Belehrung über die Voraussetzungen, von denen der beabsichtigte Erfolg abhängt. Sowohl für den Inhalt als auch den Umfang der notariellen Pflicht zur Prüfung und Belehrung sind die Umstände des Einzelfalls maßgeblich. Eine Absenkung des geschuldeten Pflichtenumfanges ist in erster Linie bei Beteiligten anzunehmen, welche eigene oder durch rechtliche Berater verschaffte Kenntnis von den belehrungspflichtigen Umständen aufweisen und keiner zusätzlichen Aufklärung bedürfen, was ebenfalls im Einzelfall zu prüfen ist. Beim Gros der öffentlichen Auftraggeber gemäß § 98 GWB müsste fast zehn Jahre nach der Einführung des VergR-ÄG eine grundsätzliche Sensibilisierung bezüglich der Anforderungen des Vergaberechts eingetreten sein. Bezüglich der Kenntnis des Erwerbers und Auftragnehmers ist es schwer vorstellbar, dass die Projektierung eines den Schwellenwert übersteigenden Vorhabens in Abstimmung mit dem öffentlichen Auftraggeber die für die wirksame und zeitgerechte Umsetzung zentrale Frage der Vergabepflicht unangesprochen lässt. Angesichts der geschilderten zivilrechtlichen Auswirkungen von Verstößen gegen das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte empfiehlt sich dennoch ein Hinweis des Notars auf die mögliche Vergabepflicht der vertragsgegenständlichen Bauleistungen und auf die möglichen Folgen eines Vergaberechtsverstößes für die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrages.

Neben der Prüfungs- und Belehrungspflicht des § 17 BeurkG kann sich für den Notar bereits im Vorfeld der Beurkundung die Frage der Zulässigkeit seiner Mitwirkung nach § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO stellen. Der Notar hat seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn seine Mitwirkung bei unrechtmäßigen oder unredlichen Handlungen der Beteiligten verlangt wird. Die Nichtigkeitsfolgen gemäß § 13 Satz 6 VgV und § 138 Abs. 1 BGB begründen die Unrechtmäßigkeit, die Sittenwidrigkeit zusätzlich die Unredlichkeit. Allerdings setzt das Mitwirkungsverbot voraus, dass die Unrechtmäßigkeit oder Unredlichkeit für den Notar erkennbar ist, wobei einerseits grundsätzlich das Vorliegen positiver Kenntnis zu for-

dem ist,⁸⁷ andererseits zu berücksichtigen ist, dass sich der Notar grundsätzlich auf die Angaben der Beteiligten verlassen können muss und auch darf.⁸⁸

Häufig wird dem die Grundstückstransaktion mit flankierenden Vereinbarungen über zu erbringende Bauleistungen beurkundenden Notar diese Kenntnis verschlossen bleiben. So wird er im Regelfall nicht in der Lage sein, die Eigenschaft des Veräußerers als öffentlicher Auftraggeber,⁸⁹ das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages und die Berechnung des Auftragswertes zutreffend zu beurteilen bzw. zu berechnen. Ebenso wenig wird er ein kollusives Zusammenwirken von Auftraggeber und Auftragnehmer zur Umgehung einer Vergabepflicht, eine Nichtinformation konkurrierender Bieter gemäß § 13 Satz 4 VgV oder das Bestehen einer De-facto-Vergabe, die zudem eine entsprechende Anwendung der vorgenannten Vorschrift der Vergabeverordnung zulässt, zuverlässig feststellen können. Dabei ist zu bemerken, dass sich auch keine notarielle Verpflichtung bejahen lässt, sämtliche für die Vergabepflicht des Vorhabens relevanten Umstände zu ermitteln, da diese Aufgabe dem öffentlichen Auftraggeber obliegt und die Vorschrift des § 17 Abs. 1 BeurkG gerade nicht verlangt, in „verborgene Zwecküberlegungen der Beteiligten“⁹⁰ einzudringen.

Erlangt der Notar nach Vornahme der Beurkundung Kenntnis von der Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 13 Satz 6 VgV oder gemäß § 138 Abs. 1 BGB, so hat er jede weitere Mitwirkung zu versagen, insbesondere den Vollzug des Rechtsgeschäfts nicht weiter zu betreiben (und die Beteiligten über diese Entscheidung zu informieren). Insofern verhilft die notarielle Beurkundung und Betreuung der Rechtsprechung des EuGH⁹¹ zur Beendigungspflicht für vergaberechtswidrige Verträge faktisch zur Durchsetzung.

6. Resümee

Die „Ahlhorn-Linie“ des OLG Düsseldorf erweitert den Anwendungsbereich des Vergaberechts auf Grundstücksveräußerungsverträge, sofern diese flankierend die Beschaffung von Bauleistungen nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers beinhalten. Die Brisanz dieser Judikatur ist nicht darin zu erblicken, dass nach Maßgabe der gegenständlichen Bauleistungen ein Erfordernis eines originären Beschaffungsbedarfs des öffentlichen Auftraggebers verneint wird. Vielmehr sind die Struktur der Baukonzession und die dem funktionalen Auftragsbegriff folgende Auslegung der Merkmale der Nutzung der baulichen Anlage und der Entgeltlichkeit von Bedeutung. Angesichts der Rechtsfolgen des Unterbleibens einer öffentlichen Ausschreibung ist aus derzeitiger Sicht die Umsetzung der durch die Rechtsprechung vorgegebenen Linie angezeigt.

Das BMWi sieht sich veranlasst, den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts zur Vermeidung der Vergabepflichtigkeit in diesen Sachverhaltskonstellationen sogleich nachzubessern. Die Historie des nationalen Vergaberechtsregimes erhellt, dass der Gesetzgeber beim Ver-

⁸⁴ EuGH, NZBau 2007, 594 – Abfallentsorgung Braunschweig II.

⁸⁵ Zur Umsetzung dieser Rechtsprechung und zu den Möglichkeiten der Beendigung dieser Verträge im deutschen Recht: *Bitterlich*, NJW 2006, 1845; *Jennert*, NZBau 2007, 555; *Jenn/Pfeiffer*, ZfIR 2008, 234.

⁸⁶ Der Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (NZBau 2008, 235; www.bmwi.de), der auf dem (zurückgezogenen) Entwurf aus dem Jahr 2005 aufsetzt, will die Nachfolgeregelungen zu § 13 VgV im GWB verankern. Der Vorschlag eines § 101 b GWB bejaht die Unwirksamkeit von öffentlichen Aufträgen, die ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erteilt worden sind, wiederum nur bei Feststellung der Unwirksamkeit durch ein Nachprüfungsverfahren.

⁸⁷ Vgl. *Kanzleiter* in Schippel/Bracker, BNotO, 8. Aufl., § 14 Rdnr. 20 m. w. N.

⁸⁸ BGH, DNotZ 1973, 245, 247 m. w. N.

⁸⁹ Öffentliche Auftraggeber können auch bestimmte natürliche und juristische Personen des Privatrechts sein (vgl. § 98 GWB).

⁹⁰ So plastisch *Kanzleiter* in Schippel/Bracker, BNotO, § 14 Rdnr. 20. Vgl. auch BGH, WM 1992, 1662, 1665; DNotZ 1995, 407, 409.

⁹¹ EuGH, NZBau 2007, 594 – Abfallentsorgung Braunschweig II.

such, vom deutschen Recht der öffentlichen Auftragsvergabe zu retten, was zu retten ist, wenig erfolgreich war. Echte Rechtssicherheit wird auch nach Umsetzung des eingeleiteten Gesetzgebungsverfahrens erst nach Vorliegen entsprechender EuGH-Rechtsprechung zum funktionalen Auftragsbegriff bestehen.

Die Prüfung der Vergabepflicht, insbesondere der Voraussetzungen der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber, des Bestehens eines entgeltlichen öffentlichen Auftrages und des Erreichens der Schwellenwerte, obliegt dem öffentlichen Auftraggeber, ggf. auch dem Vertragspartner, nicht jedoch dem mit der Grundstücksveräußerung betrauten Notar. Für den Fall, dass der Notar eine vergaberechtliche Relevanz der Transaktion erkennt, sollte er der Prüfungs- und Belehrungs-

pflicht gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG dadurch nachkommen, dass er auf die mögliche Vergabepflicht hinweist und über die möglichen zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen diese belehrt. Ein Verbot der Mitwirkung gemäß § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO besteht lediglich bei positiver Kenntnis eines Verstoßes gegen eine bestehende Ausschreibungspflicht, dann sowohl hinsichtlich der Vornahme der Beurkundung als auch hinsichtlich des weiteren Vollzugs eines bereits beurkundeten Vertrages.

Das Vergaberecht ist seit Jahren eines der dynamischsten Rechtsgebiete. Auch im Hinblick auf die Vergabepflichtigkeit von kommunalen Grundstücksveräußerungen mit Bauverpflichtung nach den gemeindlichen Vorstellungen bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Die zulässige Höchstdauer einer Testamentsvollstreckung

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5.12.2007, IV ZR 275/06* –

Von Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth b. Nürnberg

§ 2210 BGB beschränkt die Dauer einer angeordneten Testamentsvollstreckung zeitlich auf 30 Jahre seit dem Erbfall. Die Beschränkung bezieht sich nur auf eine angeordnete Vollstreckung nach § 2209 BGB. Die Höchstdauer von 30 Jahren gilt daher nicht für eine Abwicklungsvollstreckung (§ 2203 BGB), welche grundsätzlich in angemessener Zeit durchzuführen ist und in Ausnahmefällen zu einer Überschreitung der Frist führen kann.¹ Durch die Regelung des § 2210 BGB soll verhindert werden, dass dem Erben die Herrschaft über den Nachlass für immer entzogen wird und eine übermäßig lange Bindung des Nachlasses eintritt.² Eine Ausnahme von der 30-Jahres-Frist enthält § 2210 Satz 2 BGB, wonach der Erblasser anordnen kann, dass die Verwaltung bis zum Tode des Erben oder des Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines anderen Ereignisses in der Person des einen oder des anderen fortdauern soll. Mit dem Urteil des BGH vom 5.12.2007 liegt nun erstmals eine höchststrichterliche Entscheidung hinsichtlich der sich durch die Ausnahmetatbestände ergebenden höchstzulässigen Zeitdauer einer Testamentsvollstreckung vor.

1. Der dem Urteil des BGH zugrundeliegende Sachverhalt

Ausgangspunkt des vom BGH entschiedenen Rechtsstreits war die Klage der Testamentsvollstrecker über den Nachlass des verstorbenen ehemaligen Kronprinzen Wilhelm Prinz von Preußen gegen den Enkel des Erblassers auf Herausgabe von zum Nachlass gehörigen Inventar. Hiergegen hatte der Beklagte Widerklage dahingehend erhoben, dass die Dauervollstreckung inzwischen unwirksam geworden sei. Der BGH hatte dabei nur über die Widerklage zu entscheiden.

Grundlage der Testamentsvollstreckung war die testamentarische Anordnung des Erblassers, wonach die Verwaltung der Testamentsvollstrecker solange bestehen soll als es das Gesetz zulässt, mindestens bis zum Tod des Erben (Nacherben) und mindestens bis zum Tod der Testamentsvollstrecker oder ihrer Nachfolger. Als Testamentsvollstrecker hatte der Erblasser im Jahre 1950 drei Testamentsvollstrecker ernannt und für jeden einen Ersatztestamentsvollstrecker vorgesehen. Ferner wurde bestimmt, dass bei Wegfall eines oder mehrerer Testamentsvollstrecker der Präsident des Deutschen Bundesgerichts auf Vorschlag der noch vorhandenen Testamentsvollstrecker Ersatztestamentsvollstrecker ernennen sollte.

mentsvollstrecker der Präsident des Deutschen Bundesgerichts auf Vorschlag der noch vorhandenen Testamentsvollstrecker Ersatztestamentsvollstrecker ernennen sollte.

Eine Ermächtigung des Präsidenten des Deutschen Bundesgerichts zur Testamentsvollstreckerbestimmung ist nicht als Ersuchen des Nachlassgerichts nach § 2200 BGB zu werten, da Nachlassgericht das AG des letzten Wohnsitzes des Erblassers ist (§§ 72, 73 Abs. 1 FGG). Vielmehr handelt es sich bei solchen Bestimmungen um die Übertragung der Ernennungsbefugnis auf einen Dritten gemäß § 2198 Abs. 1 BGB. Im Rahmen dieser Vorschrift ist es insbesondere zulässig, dem jeweiligen Leiter eines Gerichts das Bestimmungsrecht zuzuweisen.³

Der Erblasser war im Jahre 1951 verstorben, so dass die 30-Jahres-Frist des § 2210 BGB im Jahre 1981 abgelaufen war. Bezüglich der amtierenden Testamentsvollstrecker waren, soweit der BGH hierauf eingeht, ein Kläger im Jahre 2004 und ein Kläger im Jahre 1975 vom Präsidenten des BGH in das Amt berufen worden.⁴

* MittBayNot 2008, 301 (in diesem Heft).

1 *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2210 Rdnr. 1.

2 *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl., § 2210 Rdnr. 1.

3 *KG*, JW 1938, 1900; *OLG Hamm*, DNotZ 1965, 487.

4 In der Ausgangsentscheidung des LG Berlin werden noch drei Testamentsvollstrecker, welche gemeinsam Klage erhoben haben, erwähnt, vgl. *LG Berlin*, ZEV 2006, 506.

2. Die Kombination der Ausnahmetatbestände

Für die Zulässigkeit der im Testament enthaltenen Kombination mehrerer Ausnahmetatbestände ist entscheidend, ob die in § 2210 Satz 2 BGB aufgeführten Ereignisse in einem Ausschließlichkeitsverhältnis stehen oder ob es sich dabei um eine gleichrangige Aufzählung handelt. Dies beurteilt sich nach dem Verständnis des in § 2210 Satz 2 BGB bei dem Substantiv Ereignis verwendete Wort „eines“ in Verbindung mit der Konjunktion „oder“.

Sofern mit dem Wort „ein“ ein Zahlwort gemeint ist, ist die Konjunktion „oder“ im Sinne eines ausschließenden Oders zu verstehen, mit der Folge, dass der Erblasser zur Durchbrechung der 30-Jahres-Frist nur an ein Ereignis anknüpfen kann. Die erste Instanz, das LG Berlin⁵, befürwortete eine derartige restriktive Auslegung. Dadurch, dass der Erblasser sowohl an den Tod des Erben als auch an den Tod des Testamentsvollstreckers und damit an beide Verlängerungsmodalitäten angeknüpft hatte, hielt das LG Berlin die Bestimmung für unwirksam und ging davon aus, dass die Testamentsvollstreckung nach Ablauf der 30-Jahres-Frist beendet war.

Das Berufungsgericht⁶ und der BGH sind dieser Auffassung nicht gefolgt und haben sich unter Berufung auf die Testierfreiheit des Erblassers zu Recht für das andere bereits vom LG Berlin aufgezeigte Sprachverständnis des § 2210 Satz 2 BGB entschieden. Hiernach ist das Wort „ein“ als unbestimmter Artikel anzusehen und die Konjunktion „oder“ im Sinne eines nicht ausschließenden Oders zu verstehen. In diesem Zusammenhang betont der BGH zutreffend, dass es einem Erblasser nicht zuzumuten ist, eine Prognose darüber abzugeben, ob die Anknüpfung an den Tod des Erben oder die Anknüpfung an den Tod des Testamentsvollstreckers ihm eine länger andauernde Testamentsvollstreckung ermöglicht. Die Kombination der in § 2210 Satz 2 BGB aufgeführten Ereignisse dahingehend, dass die Dauer der Testamentsvollstreckung an das später eintretende Ereignis geknüpft wird, ist daher für zulässig zu erachten.

3. Der Tod des Testamentsvollstreckers als Endtermin

Die im Gesetz vorgesehene Anknüpfung an den Tod des Testamentsvollstreckers als Endtermin lässt offen, auf welchen Testamentsvollstreckter es ankommt. Stellt man auf den Tod des letzten im Amt befindlichen Testamentsvollstreckers ab, wäre durch die nach den §§ 2198 ff. BGB verlagerbare Ernennungsbefugnis auf Dritte, auf Testamentsvollstreckter oder auf das Nachlassgericht die Möglichkeit eröffnet, eine zeitlich unbegrenzte Testamentsvollstreckung anzuordnen. Einigkeit bestand im Schrifttum bisher darüber, dass Sinn und Zweck des § 2210 BGB eine derartig beliebig lange Ausdehnung der Testamentsvollstreckung verbietet. Hierfür spricht auch die Wertung des § 2210 Satz 3 BGB mit seiner Verweisung auf § 2163 Abs. 2 BGB, wonach es bei der Einsetzung einer juristischen Person als Testamentsvollstreckter bei der Höchstdauer von 30 Jahren verbleibt.⁷

Unterschiedlich beurteilt wird dagegen die Frage, wie die Grenzziehung i. S. d. § 2210 BGB zu erfolgen hat. Der BGH schließt sich unter ausführlicher Aufführung des Meinungsstandes der nur vereinzelt vertretenen Amtstheorie an, die es für ausreichend hält, dass der Testamentsvollstreckter vor Ab-

lauf von 30 Jahren seit dem Erbfall ernannt wird. Das Für und Wider der verschiedenen Auffassungen soll an dieser Stelle nicht nochmals näher vertieft werden.⁸ Die Rechtspraxis wird die Auffassung des BGH ihren Gestaltungen zugrundelegen müssen.

4. Die Ernennung als maßgebender Anknüpfungspunkt

Der Beginn des Testamentsvollstreckeramtes setzt neben der Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser die Ernennung einer bestimmten Person und die Annahme des Amtes durch diese Person voraus. Indem der BGH nur auf die Ernennung innerhalb der 30-Jahres-Frist abstellt, kommt dem Zeitpunkt der Amtsannahme der ernannten Person keine Bedeutung mehr zu. Obwohl dies in den Entscheidungsgründen nicht so klar ersichtlich ist, unterscheidet sich der BGH in diesem Punkt vom Berufungsgericht, welches aufgrund der in § 2210 Satz 2 BGB enthaltenen Formulierung „fortdauern“ auf die Weiterführung einer innerhalb der 30-Jahres-Frist bereits begonnenen Verwaltungstätigkeit abgestellt hat (siehe hierzu unten Ziffer 7. a).⁹ Für den Fortbestand der Testamentsvollstreckung war es daher im zu entscheidenden Fall ausreichend, dass die Ernennung vor Ablauf der Frist am 20.7.1981 erfolgt ist.¹⁰

Nach der gesetzlichen Regelung kann die Berufung in das Testamentsvollstreckeramt durch den Erblasser selbst (§ 2197 BGB), durch einen vom Erblasser bestimmten Dritten (§ 2198 BGB), durch einen Testamentsvollstreckter (§ 2199) oder durch das Nachlassgericht (§ 2200 BGB) vorgenommen werden. Für die Bestimmung durch andere Personen gelten die gleichen Grundsätze wie hinsichtlich der Bestimmung durch den Erblasser selbst. Sie kann daher bei Fehlen anderweitiger Vorgaben des Erblassers bedingt erfolgen, mit der Bestimmung eines Anfangs- oder Endtermins verbunden werden oder zeitlich befristet sein.¹¹ Wie der Erblasser nach § 2197 Abs. 2 BGB besitzt auch ein anderer Ernennungsbefugter grundsätzlich die Möglichkeit, für den Fall, dass der ernannte Testamentsvollstreckter vor oder nach Annahme des Amtes wegfällt, weitere Testamentsvollstreckter zu ernennen. Eine zahlenmäßige Beschränkung gibt es dabei nicht, so dass auch mehrere Personen in einer bestimmten Reihenfolge nacheinander benannt werden können.¹²

Die Berufung eines Nachfolgers ist auch nicht gleichbedeutend mit dem Amtsausscheiden des vorherigen Testamentsvollstreckers. Besonders deutlich wird dies an der Regelung des § 2199 Abs. 2 BGB, wonach eine Nachfolgerbestimmung nur Wirksamkeit erlangt, wenn der benennende Testamentsvollstreckter noch im Amt ist.

Da das Gesetz keine zeitlichen Vorgaben macht, kann die Ernennung erhebliche Zeit vor Amtsbeginn des Ernannten liegen. Strebt der Erblasser eine möglichst lang andauernde Testamentsvollstreckung an, muss er dafür sorgen, dass rechtzeitig vor Ablauf der 30-Jahres-Frist eine Nachfolgerbestimmung erfolgt, wobei die Nachfolge vom Wegfall des zu diesem Zeitpunkt amtierenden Testamentsvollstreckers abhängig

⁸ Vgl. insoweit *Bonefeld* in FS Damrau, 2007, S. 213 ff.

⁹ KG, ZEV 2007, 335, 337.

¹⁰ Zur Amtsannahme nach Fristablauf vgl. hierzu auch die Fallbeispiele von *Bonefeld* in FS Damrau, S. 213, 214 f.

¹¹ *Soergel/Damrau*, § 2198 Rdnr. 3, 15.

¹² MünchKommBGB/*Zimmermann*, 4. Aufl., § 2197 Rdnr. 14; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2197 Rdnr. 47; *AnwKommBGB/Weidlich*, 2. Aufl., § 2198 Rdnr. 3.

⁵ ZEV 2006, 506, 507.

⁶ KG, ZEV 2007, 335, 336.

⁷ Vgl. KG, ZEV 2007, 335, 336.

gemacht werden kann. Ferner sollte durch die Einsetzung namentlich zu bezeichnender weiterer Ersatztestamentsvollstrecker Vorsorge getroffen werden für den Fall, dass der Ernante das Amt nicht antritt oder danach wegfällt. In der Regel wird es sich anbieten, zur Berufung des Nachfolgers einen Dritten oder den Testamentsvollstrecker zu ermächtigen, da es fraglich ist, ob das Nachlassgericht innerhalb des ihm zustehenden Ermessens eine ausreichende Anzahl an Ersatztestamentsvollstreckern bestimmen wird.

Zur Wahrung der 30-Jahres-Frist ist eine wirksame Ernennung erforderlich. Für die Ernennung durch einen Dritten nach § 2198 Abs. 1 BGB bzw. durch einen Testamentsvollstrecker nach § 2199 Abs. 2 BGB bedeutet dies, dass die gegenüber dem Nachlassgericht in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung (§§ 2198 Abs. 1 Satz 2, 2199 Abs. 3 BGB) innerhalb der 30-Jahres-Frist diesem zugehen muss. Erfolgt die Bestimmung durch das Nachlassgericht, ist es zur Wahrung 30-Jahres-Frist erforderlich, dass die durch den Richter nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 RPflG zu treffende Entscheidung fristgemäß vorliegt.

5. Sicherstellung der Ausübung des Ernennungsrechtes

Ein Erblasser, dem an einer möglichst lang andauernden Testamentsvollstreckung gelegen ist, wird sich überlegen, inwieweit er sicherstellen kann, dass die ermächtigte Person vom Ernennungsrecht rechtzeitig Gebrauch macht. Die Ermächtigung zur Nachfolgerberufung begründet weder für den Dritten nach § 2198 BGB noch für den Testamentsvollstrecker eine Verpflichtung hiervon Gebrauch zu machen. Sie steht im Ermessen des Ernennungsbefugten. Für den Testamentsvollstrecker ergibt sich eine derartige Verpflichtung auch nicht mittelbar dadurch, dass bei einem entsprechenden Willen des Erblassers das Unterlassen als wichtiger Grund zur Entlassung nach § 2227 oder als Haftungstatbestand nach § 2219 BGB anzusehen wäre. Denn hierdurch würde der Pflichtenkreis des Testamentsvollstreckers unzulässig erweitert.¹³ Eine Entlassung nach § 2227 BGB kommt ausnahmsweise nur dann in Betracht, wenn der Testamentsvollstrecker gemeinschaftlich mit noch zu ernennenden Mitvollstreckern handeln soll und er deren Ernennung verzögert,¹⁴ nicht jedoch, wenn die Einsetzung eines Nachfolgers unterbleibt.

Teilweise wird es für zulässig gehalten, dass sich der Ernennungsbefugte durch Vertrag mit dem Erblasser zur Ausübung seiner Befugnis verpflichtet. Unabhängig von der Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen erscheint dessen Durchsetzbarkeit allerdings fraglich.¹⁵ Ansonsten verbleibt dem Erblasser nur die Möglichkeit, auf den Ernennungsberechtigten mittelbar dadurch Druck auszuüben, dass er zu dessen Gunsten in der Verfügung von Todes wegen Zuwendungen anordnet, die von der Ausübung des Ernennungsrechtes abhängig sind.¹⁶

6. Korrektur der Ernennung

Ein bevorstehender Ablauf der 30-Jahres-Frist zwingt den Ernennungsbefugten zu einer frühzeitigen Nachfolgerernennung, auch wenn das Ende der Amtszeit des derzeitigen

Amtsinhabers und damit der endgültige Zeitpunkt des Amtsantritts des Nachfolgers noch nicht absehbar ist. Werden vorsorglich mehrere Ersatztestamentsvollstrecker eingesetzt, muss die Reihenfolge festgelegt werden, nach der die jeweils Ernannten zur Ausübung des Testamentsvollstreckeramts befugt sind. Sofern dies offen bleibt, liegt noch keine zur Wahrung der 30-Jahres-Frist ausreichende Ernennungserklärung vor, da die Person des Testamentsvollstreckers anhand der Erklärung nicht endgültig festgestellt werden kann.

Erweist sich der prädestinierte Nachfolger vor Beginn seines Amtes als nicht geeignet oder erscheint eine andere Person als besser geeignet, stellt sich die Frage, ob die getroffene Auswahl korrigiert werden kann. Eine Korrektur durch eine neue Ernennung oder durch eine Veränderung der Reihenfolge, in der ernannt wurde, scheidet dabei wegen Ablauf der 30-Jahres-Frist aus. Korrekturmaßnahmen sind nur dahingehend denkbar, dass ein Vorberufener wegfällt, so dass eine vor Ablauf der Frist vorsorglich bestimmte Ersatzperson zur Ausübung des Testamentsvollstreckeramts berechtigt wird.

Der Wegfall eines Vorberufenen lässt sich dadurch erreichen, dass dieser sein Amt nicht antritt. Erforderlich hierfür ist gemäß § 2202 Abs. 2 BGB eine gegenüber dem Nachlassgericht abzugebende Ablehnungserklärung. Für die Ablehnungserklärung gibt es mit Ausnahme einer denkbaren vorherigen Ernennung keine zeitlichen Vorgaben. Sie kann auch erfolgen, wenn der Amtsantritt noch nicht unmittelbar bevorsteht. Voraussetzung ist allerdings, dass der erstrangig Ausgewählte bereit ist, freiwillig auf sein Amt zu verzichten.

Will er dies nicht, ist zu überlegen, ob der Wegfall auch durch einen Widerruf seiner Ernennung erreicht werden kann mit der Folge, dass der Nächstberufene an seine Stelle tritt. Insofern würde es sich nicht um eine Neuvernahme der Ernennung handeln, sondern um eine Teilaufhebung einer bereits vorliegenden Ernennung. Die Zulässigkeit eines Widerrufs wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Während dies bei der erstmaligen Bestimmung des Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht, durch einen Dritten oder als Mitvollstrecker aus Gründen der Rechtssicherheit überwiegend verneint wird,¹⁷ mehren sich die Stimmen, die bei der Nachfolgerbestimmung nach § 2199 Abs. 2 BGB die Möglichkeit eines Widerrufs bejahen. Begründet wird dies damit, dass der Erblasser die Verwaltung und Verteilung seines Vermögens durch den Willen des Testamentsvollstreckers beeinflussen will. Die Verwirklichung des Erblasserwillens verbunden mit dem Vertrauen, welches in der Ermächtigung zur Nachfolgerbestimmung nach § 2199 Abs. 2 BGB zum Ausdruck komme, rechtfertige die Möglichkeit eines Widerrufs.¹⁸

Eine Differenzierung je nachdem, welche Personen zur Nachfolgerernennung berechtigt sind, vermag allerdings nicht zu überzeugen.¹⁹ Für das Fortleben des Erblasserwillens macht es keinen Unterschied, ob ein Testamentsvollstrecker, ein Dritter oder das Nachlassgericht zur Einsetzung des Nachfolgers berechtigt ist. Dieser Gedanke klingt auch in Ziffer II. 4. c) dd) der Entscheidungsgründe an, wenn der BGH darauf verweist, dass sich eine unterschiedliche Behandlung von Ersatztestamentsvollstreckern nicht mit unterschiedlichen

¹³ Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 2003, § 2199 Rdnr. 3.

¹⁴ Soergel/Damrau, § 2199 Rdnr. 3; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2199 Rdnr. 7.

¹⁵ Reimann in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl., II Rdnr. 137.

¹⁶ AnwKommBGB/Weidlich, § 2198 Rdnr. 11.

¹⁷ Staudinger/Reimann, § 2199 Rdnr. 2; Soergel/Damrau, § 2199 Rdnr. 5; ders., FamRZ 2004, 421 f.; a. M. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 2. Aufl., Rdnr. 61, der die Möglichkeit des Widerrufs bis zum Amtsantritt bejaht.

¹⁸ Säcker, ZEV 2006, 288 ff.; Winkler, Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 18. Aufl., Rdnr. 51 a.

¹⁹ So tendenziell wohl auch Säcker, ZEV 2006, 288 290 f.

Ernenntungsverfahren begründen lässt. Bei der Nachfolgerernennung ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine Willenserklärung handelt, für die die allgemeinen Regeln gelten. In diesem Zusammenhang kann ein Vertrauensschutz des ernannten Nachfolgers nicht völlig negiert werden.²⁰ Je nach Umfang der Testamentsvollstreckung lässt es sich nicht ausschließen, dass der ausgewählte Nachfolger bereits vor Amtsannahme Vorbereitungsmaßnahmen trifft, z. B. auch Einschränkungen im beruflichen Bereich in Kauf nimmt. Insofern wird man entsprechend dem Rechtsgedanken des § 145 BGB für die Zulässigkeit eines Widerrufs fordern müssen, dass der Erklärende sich den Widerruf vorbehalten hat. Kommt es vorher zur Annahme des Amtes, erlischt die Widerrufsmöglichkeit. Mit der Amtsannahme des ernannten Nachfolgers entfaltet die Testamentsvollstreckerbestimmung Außenwirkung. Nach der gesetzlichen Systematik ist ein Entfernen aus dem Amt dann nur noch nach § 2227 BGB möglich.

Die Annahmeerklärung setzt ebenso wie die Ernennungserklärung nicht voraus, dass ein Vorgänger bereits aus dem Amt ausgeschieden ist. Durch eine frühzeitige Annahmeerklärung kann ein ernannter Amtsnachfolger daher eine sich vorbehaltene Korrekturmöglichkeit zu Fall bringen. Zur Vermeidung dieses Problems sind wiederum nur vertragliche Vereinbarungen denkbar, in denen sich der vorrangig Berufene verpflichtet, das Amt nicht vor Wegfall des amtierenden Testamentsvollstreckers anzunehmen.

7. Mehrheit von Testamentsvollstreckern

a) Gemeinschaftliche Amtsführung

Nach § 2224 Abs. 1 BGB führen mehrere Testamentsvollstrecker das Amt grundsätzlich gemeinschaftlich. Sofern einer von ihnen wegfällt, üben die übrigen Testamentsvollstrecker das Amt alleine aus, soweit der Erblasser nicht abweichende Anordnungen getroffen hat. Der Wegfall eines von mehreren Testamentsvollstreckern kann nach den Anordnungen des Erblassers, die ggf. auch im Wege der Auslegung zu ermitteln sind, allerdings dazu führen, dass es zur Beendigung der Testamentsvollstreckung insgesamt kommt. Ist das Nachrücken eines Ersatztestamentsvollstreckers vorgesehen, ist es weiterhin eine Frage des Einzelfalles, inwieweit das verbleibende Testamentsvollstreckerorgane bis zum Amtsantritt des Nachfolgers handlungsfähig ist.²¹

Die Besonderheit des vom BGH zu entscheidenden Falls lag darin, dass von den Testamentsvollstreckernachfolgern der eine (Kläger zu 2) im Jahre 1975 vor Ablauf der 30-Jahres-Frist im Jahr 1981 und der andere (Kläger zu 1) nach Ablauf der 30-Jahres-Frist ernannt worden war. Wäre die nach Ablauf der 30-Jahres-Frist vorgenommene Berufung des Klägers zu 1 unwirksam gewesen, hätte sich die weitere Frage angeschlossen, ob damit nicht die Testamentsvollstreckung als Ganzes entfallen war.

Die Ausführungen des BGH zur Vervollständigung eines Testamentsvollstreckerkollegiums sind nicht ganz eindeutig. In Ziffer II 4 c) der Entscheidungsgründe wird die Auffassung des Berufungsgerichts bestätigt, wonach ein Testamentsvollstreckerergänzungsverfahren nur bis zum Tode des letzten bei Ablauf der 30-Jahres-Frist im Amt befindlichen Testamentsvollstreckers möglich ist, was den Beginn des Amtes und eine Amtsannahme des Berufenen voraussetzen würde. Ziffer II. 4. d) der Entscheidungsgründe endet dagegen mit der Fest-

stellung, dass sich die Fortdauer der Testamentsvollstreckung aufgrund der Ernennung des Klägers zu 2 innerhalb von 30 Jahren nach dem Erbfall ergibt.

Aufgrund dieser am Schluss der Entscheidungsgründe erfolgten abschließenden Feststellung, der allgemeinen Ausführungen zur Amtstheorie und des vom BGH formulierten Leitsatzes der Entscheidung, wonach die Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung ihre Wirksamkeit erst mit dem Tod des letzten Testamentsvollstreckers verliert, der innerhalb von 30 Jahren seit dem Erbfall zum Testamentsvollstrecker ernannt wurde, ist wohl davon auszugehen, dass es dem BGH auch bei einem Testamentsvollstreckerkollegium nicht auf eine Amtsannahme ankommt. Insofern stellen die Ausführungen in Ziffer II. 4. c) der Entscheidungsgründe nur eine – wenn auch unreflektierte – Wiedergabe der Auffassung des Berufungsgerichts und nicht eine Einschränkung des selbst vertretenen Ergebnisses dar. Für den konkret entschiedenen Fall dürfte die Differenzierung ohnehin nicht entscheidungserheblich gewesen sein, da die Testamentsvollstreckerberufung des Klägers zu 2 bereits im Jahre 1975 erfolgte.

Im Rahmen seiner Ausführungen zum Testamentsvollstreckerergänzungsverfahren problematisiert der BGH auch nicht näher, ob der Kläger zu 1 zur Amtsausübung befugt ist bzw. das Testamentsvollstreckeramt nach § 2224 Abs. 1 Satz 2 BGB nur noch durch den rechtzeitig benannten Kläger zu 2 ausgeübt wird, was darauf hindeutet, dass dem BGH die Ernennung eines Mitglieds des Testamentsvollstreckerkollegiums vor Ablauf der 30-Jahres-Frist ausreicht. Demzufolge können die weiteren Mitvollstrecker auch nach Ablauf der 30-Jahres-Frist eingesetzt werden.²²

Überzeugen vermag dies allerdings nicht. Sucht man den Lösungsansatz einer Begrenzung der sich aus § 2210 BGB ergebenden Zeitdauer in einer rechtzeitigen Ernennung vor Ablauf der 30-Jahres-Frist, wird man für den Umfang der Ernennungserklärung fordern müssen, dass diese so ausgestaltet ist, dass durch Einhalten der durch die Ernennung gemachten Vorgaben eine Ausübung des Amtes möglich ist. Soll nach dem Willen des Erblassers ein Testamentsvollstrecker nur im Verbund mit anderen Testamentsvollstreckern handlungsbefugt sein und ansonsten die Testamentsvollstreckung entfallen, reicht die Berufung eines Testamentsvollstreckers vor Ablauf der 30-Jahres-Frist zur Amtsführung nicht aus. Es würde in diesem Fall nur eine unvollständige Teilernennung vorliegen. Die Ernennungserklärung erweist sich dagegen als vollständig, wenn der rechtzeitig Ernannte entsprechend der Vermutung des § 2224 Abs. 1 Satz 2 BGB das Amt auch alleine führen kann. Die nachträgliche Auffüllung des Testamentsvollstreckerkollegiums würde die Handlungsbefugnis des rechtzeitig Berufenen wieder einschränken und damit den Umfang der Amtsbefugnisse verändern. Wer die 30-Jahres-Frist ernst nimmt, wird derartige Veränderungen nach Ablauf der Frist nicht mehr zulassen können.

Bejaht man dennoch die Möglichkeit einer nachträglichen Auffüllung des Testamentsvollstreckerkollegiums, leiten sich die Amtsbefugnisse der nachträglich ernannten Testamentsvollstrecker aus der rechtzeitigen Ernennung ihres Mitvollstreckers ab. Da eine isolierte Berufung der zu spät Ernannten nicht möglich gewesen wäre, wird man zwischen deren Befugnissen und den Befugnissen des rechtzeitig ernannten Testamentsvollstreckers ein Abhängigkeitsverhältnis annehmen müssen. Sie sind akzessorisch zu den Befugnissen des rechtzeitig ernannten Testamentsvollstreckers. Verstirbt die-

²⁰ So jedoch *Säcker*, ZEV 2006, 288, 290.

²¹ Vgl. *Staudinger/Reimann*, § 2224 Rdnr. 39.

²² KG, ZEV 2007, 335, 338.

ser, muss dies zugleich zum Erlöschen des Amtes der übrigen Testamentsvollstrecker führen. Diese Konsequenz beschränkt sich nicht nur auf eine durch den Tod bedingte Amtsbeendigung, sondern tritt auch dann ein, wenn das Amt des rechtzeitig eingesetzten Testamentsvollstreckers anderweitig erlischt, z. B. durch Kündigung oder Entlassung aus dem Amt gemäß § 2227 BGB. Mit der Anknüpfung an den Tod des Testamentsvollstreckers enthält die Vorschrift des § 2210 BGB eine amts- und nicht eine personenbezogene Anknüpfung. Es wird eine im Amt befindliche Person vorausgesetzt. Für die nach Ablauf der 30-Jahres-Frist bestimmten Testamentsvollstrecker bedeutet dies aufgrund ihrer Abhängigkeit vom rechtzeitig ernannten Mitvollstrecker, dass deren Amt erlöschen muss, wenn dieser aus anderen Gründen als dem Tod aus dem Amt scheidet.

b) Nebenvollstreckung

Von der Gesamtvollstreckung zu unterscheiden ist die sog. Nebenvollstreckung. Auch hier werden mehrere Testamentsvollstrecker eingesetzt. Eine Nebenvollstreckung liegt noch nicht vor, wenn die Testamentsvollstrecker nur im Innenverhältnis die Aufgaben untereinander aufteilen und sich gegenseitig entsprechend bevollmächtigen, da die Mitwirkungsbefugnis der ernannten Testamentsvollstrecker im Außenverhältnis weiterhin bestehen bleibt. Von ihr ist dann auszugehen, wenn der Erblasser verschiedenen Testamentsvollstreckern bestimmte Wirkungskreise zugewiesen hat. Jeder Testamentsvollstrecker handelt dann in seinem Wirkungskreis in eigener Verantwortung und hat die Befugnis zur alleinigen Vertretung. Zu denken ist in diesem Zusammenhang z. B. an eine Trennung zwischen Unternehmens- und Privatbereich.

Ist jeder Testamentsvollstrecker in seinem Aufgabenkreis unabhängig von den anderen alleine handlungsbefugt, beschränkt sich die rechtzeitig vor Ablauf der 30-Jahres-Frist vorgenommene Berufung eines Testamentsvollstreckers auf die Berufung für einen bestimmten Teilbereich. Für die anderen Teilbereiche liegt hingegen noch keine Regelung vor. Die Bestimmung weiterer Nebenvollstrecker nach Fristablauf kann daher auch dann nicht als wirksam angesehen werden, wenn man ansonsten die Möglichkeit einer nachträglichen Auffüllung des Testamentsvollstreckerkollegiums bejaht.²³ Eine Ableitung der Befugnisse der nachträglich Ernannten vom rechtzeitig ernannten Testamentsvollstrecker ist in diesem Fall nicht möglich.

8. Schlussbetrachtung

Auch nach der Entscheidung des BGH sind hinsichtlich der Höchstdauer einer Testamentsvollstreckung noch nicht alle Fragen geklärt. Insbesondere bleibt abzuwarten, ob es wirklich ausreichend ist, dass bei mehreren Testamentsvollstreckern nur ein Mitvollstrecker innerhalb der 30-Jahres-Frist berufen wird. Für die gestaltende Rechtspraxis abgesichert ist dagegen die Kombination der in § 2210 Satz 2 BGB aufgeführten Ausnahmetatbestände. Die Anknüpfung des BGH an die Ernennungserklärung ermöglicht es einem Erblasser, der eine möglichst lang andauernde Testamentsvollstreckung wünscht, durch eine geschickte Gestaltung eine zeitliche Ausdehnung derselben weit über 30 Jahre hinaus herbeizuführen. Dabei ist darauf zu achten, dass die Erklärung ggf. verbunden mit der Bestimmung weiterer Ersatztestamentsvollstrecker rechtzeitig vor Ablauf der 30-Jahres-Frist erfolgt. Aufgrund der Problematik, inwieweit nachträgliche Korrekturen der Ernennung vor Amtsannahme des Ernannten rechtlich zulässig sind, ist allerdings genau abzuwägen zwischen einer vorsorglich vorgenommenen frühzeitigen Nachfolgerbestimmung und der Gefahr, dass sich die frühzeitig vorgenommene Ernennung im Laufe der Zeit als nicht sachgerechte Wahl erweist. Zur Vermeidung von Korrekturen sollte die Ernennungserklärung daher nicht allzu lange vor Ablauf der 30-Jahres-Frist erfolgen. Um einer unterbliebenen Ernennung durch plötzlichen Wegfall des Ernennungsbefugten vorzubeugen, ist je nach Willen des Erblassers zu überlegen, das Ernennungsrecht mehreren Personen zuzuweisen, z. B. dem Testamentsvollstrecker und hilfsweise einem Dritten und/oder dem Nachlassgericht. Bestimmt der Erblasser mehrere Testamentsvollstrecker, sollte klargestellt werden, dass entsprechend § 2224 Abs. 1 Satz 2 BGB ein rechtzeitig ernannter Testamentsvollstrecker alleine handeln kann, auch wenn die nachträgliche Berufung weiterer Mitvollstrecker als verfristet anzusehen ist. Die Anordnung einer Nebenvollstreckung sollte möglichst vermieden werden.

²³ Einschränkung die h. M. in Bezug auf notwendige Erhaltungsmaßnahmen nach § 2224 Abs. 2 BGB, die auch bei einer Nebenvollstreckung sämtlichen Testamentsvollstreckern eine Handlungsbefugnis entsprechend § 2224 Abs. 2 BGB einräumt, vgl. *Soergel/Damrau*, § 2224 Rdnr. 20; *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2224 Rdnr. 3; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2224 Rdnr. 11; a. M. *AnwKommBGB/Weidlich*, § 2224 Rdnr. 17.

Willensbildung in der Einheits-GmbH & Co. KG

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.7.2007, II ZR 109/06* –

Von Notar Dr. *Christoph Giehl*, Erlangen

Die unternehmerische Steuerung der GmbH & Co. KG erfolgt maßgeblich über die Beherrschung der Komplementär-GmbH. Soweit letztere der KG selbst gehört – insbesondere also bei der Einheits-GmbH & Co. KG – fällt die Kontrollkompetenz nach einer neueren Entscheidung des BGH ohne eine abweichende Regelung im KG-Vertrag weitgehend der Komplementär-GmbH und damit deren Geschäftsführern zu, nicht aber den Kommanditisten als den eigentlichen wirtschaftlichen Eigentümern. Der bisher von der Literatur eingeführte Topos des Verbots des „Richters in eigener Sache“ kann nach Ansicht des Verfassers als Korrektiv für die Stimmrechtsausübung in der Komplementär-GmbH bei der 100%igen Einheitsgesellschaft nicht mehr herangezogen werden und wirkt sich bei der partiellen Einheitsgesellschaft (hier hält die KG nur einen Teil der Geschäftsanteile der GmbH) einseitig zugunsten der Drittgesellschafter der GmbH aus. Gesellschaftsertragliche Regelungen im KG-Vertrag sind deshalb unverzichtbar und müssen auf ihre Wirkung sorgfältig geprüft werden. Der nachfolgende Beitrag gibt hierzu Gestaltungshinweise.

I. Einführung in die Problemstellung

Eine GmbH & Co. KG bezeichnet eine KG, bei der keine natürliche Person haftet, weil alleinige Komplementärin eine GmbH ist, vgl. § 19 Abs. 2 HGB. Die Gründung einer GmbH & Co. KG bedingt deshalb neben der Errichtung der KG auch die Gründung einer weiteren Gesellschaft, nämlich der Komplementär-GmbH. Wird nun die KG selbst Inhaberin des Stammkapitals der Komplementär-GmbH, also deren Alleingesellschafterin, so spricht man von einer Einheits-GmbH & Co. KG oder auch *Einheitsgesellschaft*.

Diese lässt sich auf zweierlei Wegen erreichen: Üblicherweise wird von den Gründungsgesellschaftern zunächst die Komplementär-GmbH gegründet, danach in einer zweiten Stufe durch die Gründungsgesellschafter als Kommanditisten und die Komplementär-GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin die KG; in einer dritten Stufe werden sodann die Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH an die KG abgetreten, welche hierbei von der Komplementär-GmbH vertreten wird. Alternativ hierzu besteht die Möglichkeit, dass die Gründungsgesellschafter zunächst eine OHG gründen, welche ihrerseits in einem zweiten Schritt die GmbH errichtet; in einem dritten Schritt wird diese sodann in die OHG als Komplementärin unter gleichzeitiger Umwandlung der bisherigen OHG-Beteiligungen in Kommanditanteile aufgenommen.

Unabhängig davon, welchen Weg man beschreitet, empfiehlt es sich in aller Regel, die Komplementär-GmbH am Vermögen der KG nicht zu beteiligen, da die Rechtsform der GmbH & Co. KG gerade wegen der im Verhältnis zur Kapitalgesellschaft abweichenden ertrag- und erbschaftsteuerlichen Behandlung gewählt wird, eine Beteiligung der Komplementär-GmbH am Vermögen und Ertrag aber insoweit wiederum die Anwendung des Steuerrechts der Kapitalgesellschaften nach sich zieht.

Der Vorteil der Einheitsgesellschaft gegenüber einer GmbH & Co. KG, bei der das Stammkapital der Komplementär-GmbH von den Kommanditisten – regelmäßig im Verhältnis ihrer Kommanditeinlagen (sog. beteiligungsidentische GmbH & Co. KG) – gehalten wird, besteht darin, dass sich die unterschiedlichen rechtlichen Regelungen, nach denen Personengesellschaften und GmbH behandelt werden, nicht mehr auswirken, denn für jeden Gesellschafter besteht nur noch die Beteiligung an der KG. Dies betrifft insbesondere den Wegfall des notariellen Formerfordernisses für Anteilsabtretungen nach § 15 GmbHG, die Erstreckung der personen-

gesellschaftsrechtlichen Sonderrechtsnachfolge im Erbfall auch auf die mittelbare GmbH-Beteiligung und – ganz allgemein – die Vermeidung des Auseinanderfallens von GmbH-Beteiligung, welche die Teilhabe an der Geschäftsführung sichert, und Kommanditbeteiligung, mit der die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und am Ergebnis verbunden ist.

Die Zulässigkeit der Einheitsgesellschaft lässt sich, jedenfalls seit sie durch die Regelung der Kapitalaufbringung für die Einheitsgesellschaft in § 172 Abs. 6 HGB ihre gesetzliche Anerkennung gefunden hat, nicht bestreiten. Gleichwohl findet ihre Verwendung in der Praxis nicht nur Befürworter. *K. Schmidt* schmäht sie gar als „hypertrophe Rechtskonstruktion“, deren „angebliche Vereinfachung“ den Eindruck hervorruft, „im Bereich der GmbH & Co. KG sei die Phantasie der Kautelarjuristen mit den Gesellschaftsformen durchgegangen“¹; auch gegenüber ihrer praktischen Nützlichkeit sei Skepsis geboten. Als Beleg hierfür führt *K. Schmidt* an, dass Gesellschafterbeschlüsse in der Komplementär-GmbH eigentlich durch die GmbH & Co. KG, und damit durch den Geschäftsführer der GmbH als vertretungsberechtigtes Organ zu fassen seien, dieser aber nach § 47 Abs. 4 GmbHG von der Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen sei,² so dass anstelle der Komplementär-GmbH den Kommanditisten die Entscheidung durch Aufnahme einer entsprechenden Vollmacht in den Gesellschaftsvertrag der KG vorbehalten und ermöglicht werden müsse. Tatsächlich vertritt die überwiegende Meinung in der Literatur bisher den Standpunkt, die Komplementär-GmbH könne ihren Alleingesellschafter, die Einheits-GmbH & Co. KG, nicht in ihrer eigenen Gesellschafterversammlung vertreten, da sie – wie dies am Beispiel der Geschäftsführerentlastung besonders offensichtlich ist – nicht Richter in eigener Sache sein könne.³

Mit seinem Urteil vom 16.7.2007⁴ hat der BGH nunmehr für den Fall der Abberufung eines Geschäftsführers einer solchen Komplementär-GmbH, die zur Vertretung ihres Alleingeschafters berechtigt ist, und der Kündigung seines Anstellungsvertrages festgestellt, dass hierüber durchaus die Mitgeschäftsführer entscheiden, sofern der Gesellschaftsvertrag der KG keine abweichenden Regelungen enthält. Leider be-

¹ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 56 II 3 e.

² *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 II 3 e.

³ *Liebscher* in Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 9; *Martens* in Schlegelberger, HGB, 5. Aufl., § 161 Rdnr. 101; a. A. *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl. 2005, § 7 Rdnr. 11–13.

⁴ MittBayNot 2008, 306 (in diesem Heft).

* MittBayNot 2008, 306 (in diesem Heft).

gründet der BGH dieses Ergebnis nur lapidar mit der allgemeinen Kompetenzregelung des § 46 Nr. 5 GmbH, ohne die Problematik der „Entscheidung in eigener Sache“ auch nur zu erwähnen. Gleichwohl ist die Entscheidung unmissverständlich und muss daher Anlass geben, das Thema der Willensbildung in der Einheitsgesellschaft, insbesondere in der Komplementär-GmbH, erneut zu beleuchten.

II. Die Bedeutung des BGH-Urteils vom 16.7.2007

1. Es ist zunächst vorzuschicken, dass das Urteil des BGH vom 16.7.2007 gar nicht die Entscheidungsfindung und ihre Umsetzung in einer Einheits-GmbH & Co. KG betrifft, so dass das betreffende Urteil auch keine expliziten Aussagen zur Einheitsgesellschaft enthält. Die den Richtern zur Entscheidung vorgelegte Situation ähnelt vielmehr lediglich der in einer Einheitsgesellschaft vorzufindenden und beansprucht deshalb auch für diese Geltung.

Im Einzelnen geht es um folgenden Fall: Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH wurde durch die Mitgeschäftsführer dieser GmbH im Hinblick darauf gekündigt, dass Alleingesellschafterin der GmbH eine GmbH & Co. KG war, deren persönlich haftende Gesellschafterin – eine OHG – wiederum durch die betreffende GmbH vertreten wurde. Der Sachverhalt unterscheidet sich also von demjenigen einer Einheits-GmbH & Co. KG dadurch, dass die GmbH nicht selbst die Komplementärin ihrer Alleingesellschafterin war, sondern lediglich vertretungsberechtigte Mitgesellschafterin der Komplementärin. Es fehlte also gerade an dem typischen Kennzeichen der Einheits-GmbH & Co. KG, dass diese Inhaberin ihrer Komplementärin ist.

Gleichwohl ist das sich hier stellende Problem der Willensbildung und Willensumsetzung demjenigen in der Einheitsgesellschaft vergleichbar, da auch hier letztlich die GmbH-Geschäftsführung als Vertretungsorgan des Gesellschafters zur Entscheidung über Gesellschaftsangelegenheiten dieser GmbH berufen ist.

2. Des Weiteren ist zu bemerken, dass die Frage der Zulässigkeit der Kündigung des Anstellungsvertrages des Geschäftsführers durch seine Mitgeschäftsführer unter dem Gesichtspunkt eines sich aus dem Rechtsgedanken des § 47 Abs. 4 GmbHG ergebenden Mitwirkungsverbot als „Richter in eigener Sache“ gar nicht Streitgegenständlich war und deshalb vom BGH lediglich implizit mitentschieden wurde. Vordergrundig ging es nur darum, ob die von den Mitgeschäftsführern in ihrer Doppelfunktion als Vertreter der Alleingesellschafterin beschlossene Kündigung dem gekündigten Geschäftsführer auch rechtswirksam mitgeteilt wurde, da zur Abgabe der von einem Geschäftsführer und einem gesamtvertretungsberechtigten Prokuristen unterzeichneten Kündigungserklärung der Briefkopf des (lediglich konzerninternen mitsprachebefugten) Mehrheitskommanditisten der Alleingesellschafterin verwendet wurde. Angesichts des eindeutigen Wortlauts der Kündigung des Anstellungsvertrages und der bestehenden Vertretungsbefugnis sah der BGH die Verwendung des falschen Briefkopfes insoweit aber nur als unschädliche Mehrfachvertretung an.

3. Die Ausübung des Geschäftsführungs- und Vertretungsrechts des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH in seiner Zweitfunktion als Vertreter des Alleingesellschafters hält der BGH unter Verweis auf seine ebenfalls erst vor kurzem ergangene Entscheidung vom 8.1.2007⁵ ganz offenbar für

unproblematisch zulässig. Auch in dieser Entscheidung thematisiert der BGH allerdings lediglich die Frage, ob für die Kündigung des Anstellungsvertrages eines Geschäftsführers der Komplementär-GmbH die Kommanditisten oder die Komplementär-GmbH selbst zuständig sind, wobei er dieses Rechtsgeschäft als eine reine Geschäftsführungsmaßnahme qualifiziert, welche nach § 164 HGB somit in die alleinige Zuständigkeit der Komplementär-GmbH fällt.⁶ Innerhalb der GmbH selbst sei nicht die Geschäftsführung, sondern gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG die Gesellschafterversammlung berufen.⁷

Spätestens nach den beiden Entscheidungen des BGH vom 8.1.2007 und 16.7.2007 ist mithin deutlich geworden, dass der Geschäftsführer einer GmbH deren Alleingesellschafterin in den Angelegenheiten der GmbH nicht nur kraft Vollmacht, sondern auch kraft seiner (Doppel-)Organisation auch als ihr Organ vertreten kann, sofern nicht in ihrem Gesellschaftsstatut eine abweichende Zuständigkeitsanordnung getroffen ist. Da der BGH in den genannten Entscheidungen weder auf das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbH noch auf die sich aus § 181 BGB sowie aus dem Verbot des Richtens in eigener Sache ergebenden Stimmrechtsausschlüsse⁸ eingeht, sieht er diese ganz offensichtlich nicht als einschlägig an. Vor einer Diskussion der sich aus der Rechtsprechung des BGH für die Willensbildung in der Einheitsgesellschaft ergebenden Folgen erscheint es deshalb lohnend, sich mit dem Zweck dieser Stimmverbote näher auseinanderzusetzen.

III. Gesetzliche Stimmrechtsausschlüsse

1. Nach § 47 Abs. 4 GmbHG hat ein Gesellschafter in den folgenden Fällen kein Stimmrecht und darf dieses auch nicht für andere ausüben: bei Beschlussfassungen über (1) seine Entlastung, etwa als Geschäftsführer; (2) seine Befreiung von einer Verbindlichkeit; (3) die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites ihm gegenüber; (4) die Vornahme eines Rechtsgeschäfts ihm gegenüber.

Grundgedanke dieser Regelung ist, dass derjenige, der unter dem Einfluss eines erheblichen, dem Verbandsinteresse möglicherweise gegensätzlichen Sonderinteresses steht, bei der Abstimmung dem Verbandsinteresse nicht ausreichend Rechnung tragen wird.⁹ Der einer solchen Interessenkollision unterliegende Gesellschafter wird deshalb von der Abstimmung ohne Rücksicht darauf ausgeschlossen, wie er abzustimmen beabsichtigt und ob sich die Interessenkollision im Einzelfall auch tatsächlich nachteilig auswirken würde. Der Vorschrift ist aber gerade kein allgemeines Prinzip zu entnehmen, dass jegliche Interessenkollision einen Stimmrechtsausschluss nach sich zieht.¹⁰

Demgemäß wird das von der Norm im Falle der Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegenüber einem Gesellschafter für diesen angeordnete Stimmverbot von der Rechtsprechung und Literatur einschränkend interpretiert. Im Einzelnen ist hier nahezu alles äußerst strittig.¹¹ Einen Stimmrechtsausschluss rechtfertigen dürften allerdings nur solche Rechtsgeschäfte, welche private, außerhalb der typischen Mitgliedschaftsinteressen liegende Sonderinteressen berühren. Hierzu

⁶ Siehe auch schon BGH, WM 1970, 249.

⁷ So auch schon BGH, ZIP 1995, 643, 645.

⁸ Siehe etwa BGHZ 97, 28, 33 m. Anm. K. Schmidt in NJW 1986, 2018.

⁹ Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 47 Rdnr. 44.

¹⁰ Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rdnr. 44.

¹¹ Nachweise hierzu bei Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rdnr. 45 ff.

⁵ ZIP 2007, 910 Tz. 7.

gehören nach ganz herrschender Meinung nicht die Bestellung oder gewöhnliche Abberufung als Geschäftsführer und sonstige Beschlüsse über in der Satzung geregelte übliche Themen, wohl aber die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund.¹²

Generell betrifft das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG nicht nur den Gesellschafter selbst, sondern auch einen Gesellschaftervertreter, und zwar auch dann, wenn der gesetzliche Ausschlussstatbestand ihn selbst und nicht den Vertretenen trifft.¹³

2. Über den Wortlaut der gesetzlichen Regelung des § 47 Abs. 4 GmbHG hinaus hat die Rechtsprechung außerdem den Grundsatz entwickelt, dass der von einer bestimmten Maßnahme betroffene Gesellschafter nicht Richter in eigener Sache sein darf.¹⁴ Hierunter fallen insbesondere Beschlussfassungen über die Entlastung eines Organs (insoweit ist § 47 Abs. 4 GmbHG eine Ausprägung dieses Prinzips) oder über Sanktionen, etwa über den Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund.

3. Auch das durch § 181 BGB aufgestellte Verbot von In-sichgeschäften vermag Stimmverbote zu begründen. Eine Ausformung findet sich in § 47 Abs. 4 Alt. 3 GmbHG (Beschlussfassung über die dem betreffenden Gesellschafter gegenüber vorzunehmenden Rechtsgeschäfte).

4. Stimmverbote greifen allerdings generell dann nicht ein, wenn alle Gesellschafter bei einem bestimmten Beschlussgegenstand vom selben Ausschlussstatbestand gleichmäßig betroffen sind, sog. gleichmäßige Befangenheit.¹⁵ Ein Einmann-Gesellschafter unterliegt konsequenterweise ebenfalls keinen Stimmverboten;¹⁶ die durch § 35 Abs. 4 GmbHG festgeschriebene Anwendung des § 181 BGB auf die Einmann-GmbH betrifft einen Sonderfall und dient lediglich der Unterrichtung des Rechtsverkehrs, da eine entsprechende Befreiung von den Schranken des § 181 BGB durch Ermächtigung in der Satzung und Eintragung im Handelsregister erreicht werden kann.

Da in der Einheits-GmbH & Co. KG die GmbH & Co. KG regelmäßig Inhaber des gesamten Stammkapitals der Komplementär-GmbH, also Alleingesellschafterin ist, stehen schon deshalb Stimmverbote, unabhängig davon, ob sie im Verbot des In-sichgeschäfts oder des Verbots des Richters in eigener Sache wurzeln, einem Handeln des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH als Vertreter der ihr Stammkapital innehabenden GmbH & Co. KG in den eigenen Angelegenheiten der Komplementär-GmbH nicht entgegen.¹⁷ Dies betrifft sowohl die Beschlussfassung in den Gesellschafterversammlungen der GmbH als auch die Vertretung der GmbH & Co. KG gegenüber der GmbH im „Außenverhältnis“; als Beispiel für Letzteres mag die in der oben erwähnten BGH-Entschei-

dung behandelte Frage der rechtswirksamen Kündigung des Anstellungsvertrages eines GmbH-Geschäftsführers durch seinen Mitgeschäftsführer dienen.

Im Ergebnis ist dem BGH-Urteil vom 16.7.2007 deshalb zuzustimmen.

5. Anders sieht die Rechtslage dagegen aus, wenn die GmbH & Co. KG nicht das gesamte Stammkapital ihrer Komplementär-GmbH innehat, weil dieses zum Teil unmittelbar von einem Kommanditisten oder einem Dritten gehalten wird. In diesem Fall müssen die Stimmverbote insoweit zum Tragen kommen, als andernfalls dem Verbandsinteresse der GmbH angesichts des Sonderinteresses der einen Teil des Stammkapitals innehabenden GmbH & Co. KG nicht ausreichend Rechnung getragen würde. Dies betrifft unzweifelhaft die in allen vier Varianten des § 47 Abs. 4 GmbHG – siehe oben (1) bis (4) – geregelten Fallkonstellationen.

IV. Willensbildung in der Einheitsgesellschaft

1. Der Vergleich der Hundertprozent-Einheitsgesellschaft, bei der die GmbH & Co. KG das gesamte Stammkapital ihrer Komplementär-GmbH hält, mit einer partiellen Einheitsgesellschaft, bei der die GmbH & Co. KG nur einen Teil des Stammkapitals der Komplementärin hält, zeigt, dass es die Gesellschafter durch die Wahl der Konstruktion durchaus in der Hand haben, Willensbildungsprozesse in die eine oder andere Richtung zu steuern.

Wird in einer Hundertprozent-Einheitsgesellschaft ein Fremder zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bestellt, begeben sich die Kommanditisten weitgehend ihrer gesellschaftsrechtlichen Kontrollmöglichkeiten und unterwerfen sich einem Konstrukt, welches angesichts der starken Stellung dieses Fremden im Ergebnis einer – unzweifelhaft zulässigen – Dritt- oder GmbH-beherrschten GmbH & Co. KG ähnlich ist.¹⁸ Soll dies vermieden werden, müssen die Gründer durch eine geeignete vertragliche Vorsorge Personen- oder wenigstens Beherrschungsidentität zwischen den das Kapital haltenden Kommanditisten und den GmbH-Geschäftsführern herbeiführen. Haben die Gesellschafter diese Vorsorge unterlassen, müssen sie mit den Folgen einer starken Stellung des fremden Geschäftsführers leben; eine dieses Versäumnis ausgleichende gesetzliche Inhalts- oder Ausübungskontrolle, wie diese von der Literatur durch die Heranziehung des Verbotes des Richters in eigener Sache vorgeschlagen wird, ist nicht die Aufgabe unserer Gesellschaftsrechtsordnung.

Im Gegensatz zur Hundertprozent-Einheitsgesellschaft nehmen der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH in einer partiellen Einheitsgesellschaft und damit auch die hinter ihm stehende GmbH & Co. KG selbst bzw. deren Kommanditisten generell nur eine schwache Stellung ein, da das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG voll zur Geltung kommt und damit viele für die GmbH & Co. KG wichtige Fragen trotz einer et-

¹² Teilweise wird das Stimmverbot hier aber nicht mit § 47 Abs. 4 GmbHG begründet, sondern aus dem Prinzip, niemand dürfe Richter in eigener Sache sein (BGHZ 97, 28, 33) bzw. dem Grundsatz, niemand könne Maßnahmen verhindern, die sich aus wichtigem Grund gegen ihn richten (so *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rdnr. 53).

¹³ *Hachenburg/Hüffer*, Großkommentar GmbHG, 8. Aufl., § 47 Rdnr. 128; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rdnr. 63.

¹⁴ Vgl. BGHZ 9, 157, 178; 97, 28; *K. Schmidt*, NJW 1986, 2018.

¹⁵ Vgl. *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rdnr. 62.

¹⁶ BGHZ 105, 333 = DNotZ 1989, 102.

¹⁷ Im Ergebnis ebenso *Binz/Sorg*. Die GmbH & Co. KG, § 8 Rdnr. 12, welche dieses durch einen Vergleich mit der Einmann-GmbH begründet, bei der der alleinige Gesellschafter auch über seine eigene Bestellung, Abberufung und Entlastung als Geschäftsführer entscheiden könne, des Weiteren auch durch den m. E. besser passenden Vergleich mit einer Konzerntochter, deren Geschäftsführung mit derjenigen der Muttergesellschaft identisch ist. In beiden

Fällen verbleiben allerdings den Inhabern des Gesellschaftskapitals weitgehende Einflussmöglichkeiten, während dies bei der Einheits-GmbH & Co. KG nur dann der Fall ist, wenn zwischen den Geschäftsführern der GmbH und den Kommanditisten (zufälligerweise) Personenidentität besteht.

¹⁸ Um sich gegen schwerwiegende Missbräuche eines derartigen starken Fremdgeschäftsführers in der Einheitsgesellschaft zu schützen, bleibt den Kommanditisten nur die Möglichkeit, die Komplementär-GmbH unter Klageandrohung gemäß §§ 117, 161 Abs. 2 HGB zu drängen, ihren Geschäftsführer abzurufen, um dieser bei Verweigerung der Selbstabberufung durch den Fremdgeschäftsführer ihrerseits die Geschäftsführung zu entziehen, vgl. *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, § 8 Rdnr. 13.

waigen Kapitalmehrheit nicht von dieser selbst, sondern von dem Mitgesellschafter der GmbH entschieden werden. Eine solche Konstruktion erscheint deshalb per se gefährlich. Die einzige Möglichkeit, der die Mehrheit haltenden GmbH & Co. KG ausreichenden Schutz für die Durchsetzung ihrer Geschäftspolitik zu gewähren, besteht darin, den Katalog der seitens der Gesellschafterversammlung zustimmungspflichtigen Geschäfte auf ein Minimum zu reduzieren bzw. hierfür ein weiteres Organ zu installieren.

2. Die vorgenannten Überlegungen belegen, wie wichtig es ist, sich bei der Konstruktion einer Einheitsgesellschaft Gedanken über die Art und Weise der Machtverteilung zu machen und die hieraus gewonnenen Zielvorgaben umzusetzen.

Im Falle einer klassischen Hundertprozent-Einheitsgesellschaft ist dafür Sorge zu tragen, dass die das Kapital haltenden Kommanditisten die Geschehnisse in der Komplementär-GmbH und insbesondere deren Geschäftsführer jederzeit kontrollieren können.

Dies wird in herkömmlicher und bewährter Weise durch Aufnahme einer Regelung in den Gesellschaftsvertrag der KG erreicht, wonach (1) die Stimmrechte für alle Angelegenheiten, welche die Komplementär-GmbH betreffen, nicht durch diese selbst, sondern durch die Kommanditisten ausgeübt werden, und (2) die Ausführung der Beschlüsse ebenfalls nicht durch die Komplementär-GmbH selbst, sondern durch die Kommanditisten, einzelne von ihnen oder Dritte erfolgt.

Während die alleinige Übertragung des willensbildenden Moments betreffend alle Angelegenheiten der Komplementärin auf die Kommanditisten völlig unproblematisch erscheint, steht der Übertragung auch des willensvollziehenden Moments, der Exekutive, auf die Kommanditisten zunächst § 170 HGB entgegen, der diese zwingend¹⁹ von der organschaftlichen Vertretung der KG ausschließt. Hier lässt sich allerdings ohne weiteres mit der Annahme einer gesellschaftsvertraglich begründeten rechtsgeschäftlichen Spezialvollmacht²⁰ helfen, welche von allen Gesellschaftern einschließlich der Komplementär-GmbH unwiderruflich den betreffenden Kommanditisten oder Dritten erteilt wird.²¹

¹⁹ *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl. 2008, § 170 Rdnr. 1.

²⁰ Eine solche kann nach einhelliger Meinung auch Kommanditisten übertragen werden, vgl. BGHZ 6, 295.

²¹ Der hiergegen von *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, § 8 Rdnr. 21 ff. erhobene Einwand, es handele sich um eine „eigentümliche Selbst-

Weniger hilfreich erscheint es dagegen, in der Satzung der Komplementär-GmbH bestimmte Entscheidungskompetenzen wie etwa das Recht zur Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern auf die Kommanditisten zu verlagern. Eine solche Verlagerung von Zuständigkeiten kann wegen des Grundsatzes der Selbstorganschaft immer nur bruchstückhaft und niemals vollständig erfolgen, reicht also in aller Regel nicht aus; insbesondere ist das Recht zur Satzungsänderung nicht auf Dritte übertragbar.²² Ebensowenig sinnvoll erscheint es – wie in der Literatur vorgeschlagen –, in der GmbH-Satzung die Ausübung des Stimmrechts bei der Komplementär-GmbH durch deren Geschäftsführer von der Zustimmung der Kommanditisten abhängig zu machen, denn auch hier steht das Prinzip der Selbstorganschaft einer umfassenden Stimmbindung entgegen; es empfiehlt sich allerdings die Aufnahme eines entsprechenden Zustimmungsvorbehalts in den Gesellschaftsvertrag der KG, um zu verhindern, dass die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die den Kommanditisten erteilte Stimmrechtsvollmacht durch eigenmächtige Abstimmungen unterlaufen.²³ Letztlich ergibt sich eine solche Zustimmungspflicht aber auch ohne ausdrückliche Regelung aus der gesellschaftsvertraglichen Kompetenzverteilung, nach der bereits das willensbildende Momentum ausschließlich den Kommanditisten zugewiesen ist.

Für die Ausgestaltung der Willensbildung in der Einheitsgesellschaft bleibt insgesamt festzuhalten: Eine Absicherung der Kontrolle der Komplementär-GmbH durch entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrags der KG ist unverzichtbar, aber auch ausreichend. Wird eine solche Absicherung unterlassen, so ist die sich hieraus ergebende starke Stellung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH hinzunehmen und lässt sich nicht durch die Anwendung von Stimmverboten einschränken.

bevollmächtigung“ verkennt, dass die Komplementär-GmbH die Vollmacht im Gesellschaftsvertrag mit erteilt; der weitere Einwand, die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH seien befugt, als Vertreter der KG den Kommanditisten die Vollmacht wieder zu entziehen, übersieht, dass eine gesellschaftsvertraglich erteilte Vollmacht grundsätzlich bindend ist und nur aus wichtigem Grund widerrufen werden kann.

²² Vgl. etwa *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 45 Rdnr. 8.

²³ So im Ergebnis auch *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, § 8 Rdnr. 25.

Belastungsvollmacht und partielle Fremdfinanzierung*

Notarassessor Dr. *Christoph Reymann*, LL.M. Eur., Würzburg

Kann der Käufer eines Grundstücks den vereinbarten Kaufpreis nicht ausschließlich mit Eigenkapital finanzieren, nimmt er in der Regel ein Darlehen bei einer Bank auf, die ihrerseits eine Sicherheit für das Darlehen verlangt. Nicht selten verfügt der Käufer über keine ausreichende (Real-)Sicherheit, weshalb praktisch nur die Beleihung des erst noch zu erwerbenden Grundbesitzes in Betracht kommt. Am Sonderfall der gemischten Fremd- und Eigenfinanzierung des Käufers zeigt der Verfasser nachfolgend kursorisch auf, warum es infolge der besonderen Abwicklungsrolle der finanzierenden Bank sinnvoll sein kann, die Einschränkung der Sicherungsabrede in der Belastungsvollmacht an die „vollständige Kaufpreiszahlung“ zu knüpfen.

I. Kaufpreisfremdfinanzierung und Belastungsvollmacht

Aus dem Dilemma heraus, dass der Käufer bei üblicher Kaufvertragsabwicklung den Kaufpreis bereits vor Eintragung des Eigentumswechsels zahlen muss, zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht als verfügungsberechtigter Eigentümer Grundpfandrechte zugunsten seiner Finanzierungsbank bestellen kann, wird in den Kaufvertrag üblicherweise eine sog. Belastungsvollmacht aufgenommen, mit welcher der Verkäufer den Käufer bevollmächtigt, zum Zwecke der Kaufpreisfinanzierung den vertragsgegenständlichen Grundbesitz (auch im Namen des Verkäufers) mit Grundpfandrechten zugunsten von Kreditinstituten zu belasten.¹ Für den Verkäufer ist dieses Vorgehen vor allem unter Vorleistungsgesichtspunkten mit Risiken verbunden,² die aber durch Gestaltungsvorsorge seitens des Notars weitgehend beherrschbar sind.³ So wird die Ausübung der Belastungsvollmacht nach den üblichen Formulierungsvorschlägen u. a. an eine Einschränkung der Sicherungsabrede dahingehend geknüpft, dass die Grundschuldgläubigerin „die Grundschuld nur insoweit als Sicherheit verwerten oder behalten“ darf, als sie „tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld des Käufers geleistet hat“.⁴ Entweder wird dabei die Pflicht zur Aufnahme der eingeschränkten Sicherungsabrede in den Text der Grundpfandrechtsbestellungsurkunde als bloße Beschränkung für das Innenverhältnis oder als Bedingung für das Wirksamwerden der Belastungsvollmacht ausgestaltet.⁵

* Herrn Notar Dr. *Hermann Kerbusch* danke ich für die Anregung zu diesem Beitrag und Herrn Notar a. D. Dr. *Hermann Amann* für seine wertvollen Hinweise.

¹ *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 2 Rdnr. 468 ff.; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 749.

² BGH NJW 1999, 2188 = DNotZ 2001, 473.

³ Im Überblick hierzu: *Amann* in Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl. 2006, A I Rdnr. 119; *Pfeifer*, MittRhNotK 1998, 333, 341 ff.

⁴ *Amann* in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 120; *Basty* in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 36 Rdnr. 209 M; *Ertl*, MittBayNot 1989, 53, 63; *Schramm*, ZNotP 1998, 363; *Kahlert* in Drombek/Kroiß, Formularbibliothek Vertragsgestaltung, Band „Miete/Grundstück/Wohnungseigentum“, Teil 2, 2007, S. 334; ähnlich auch *Nieder*, Münchener Vertragshandbuch, Band 5/I, 5. Aufl. 2003, I. 1., S. 6; *Fritsch* in Weise, Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht, 2001, A. I. 1., S. 5; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 751 und Muster 7 (S. 1275); *Pfeifer*, MittRhNotK 1998, 333, 342; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 3159.

⁵ Vgl. *Reetz* in Beck'sches Notar-Handbuch, F Rdnr. 99.

II. Abwicklungsgefahren bei nur teilweiser Fremdfinanzierung

Welche spezifischen Abwicklungs- bzw. Vorleistungsrisiken bei gemischter Fremd- und Eigenfinanzierung bestehen, veranschaulicht der nachfolgende Sachverhalt:

Käufer und Verkäufer schließen einen notariellen Kaufvertrag über ein Grundstück zu einem Kaufpreis von 200.000 €. Der Käufer finanziert den Kaufpreis in Höhe von 120.000 € mit Eigenkapital; bezüglich der restlichen 80.000 € nimmt er ein Darlehen bei einer Bank auf. Im Grundbuch ist noch eine Grundschuld zugunsten einer anderen Bank für eine noch ausstehende Darlehensverpflichtung des Verkäufers in Höhe von 50.000 € eingetragen. Während der Verkäufer sein (nunmehr abzulösendes) Darlehen noch während einer Niedrigzinsphase aufgenommen hatte, muss der Käufer nunmehr den Kaufpreisanteil von 80.000 € in einer relativen Hochzinsphase fremdfinanzieren.

Nachdem wesentliche Abwicklungsschritte bereits vorgenommen wurden, also im Einzelnen

- der Käufer zum Zwecke der teilweisen Kaufpreisfremdfinanzierung in Ausübung der Belastungsvollmacht eine Grundschuld zugunsten seiner Bank bestellt hat (die mittlerweile bereits im Grundbuch eingetragen ist),

- die noch eingetragene Bank des Verkäufers eine Löschungsbewilligung zu treuen Händen des Notars erteilt hat, von der nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn ein Betrag von 50.000 € aus dem Kaufpreis an die abzulösende Bank geflossen ist, und

- die Bank des Käufers eine Abschrift des Kaufvertrages, eine Abschrift der Fälligkeitsmitteilung des Notars (inklusive Treuhandauftrag der abzulösenden Bank), eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuld und einen Auftrag des Käufers zur Überweisung des fremdfinanzierten Kaufpreisanteils (80.000 €) erhalten hat,

veranlasst die Finanzierungsbank, dass aus dem fremdfinanzierten Kaufpreisanteil (80.000 €) ein Teilbetrag von 50.000 € an die abzulösende Bank des Verkäufers übermittelt und der Restteilbetrag von 30.000 € dem Verkäufer auf das im Kaufvertrag angegebene Konto zur Verfügung gestellt wird. Einige Wochen später stellt sich heraus, dass der Käufer sein Finanzierungsdarlehen nicht zurückzahlen kann; außerdem gelangt der finanzierenden Bank zur Kenntnis, dass der mittels Eigenkapital des Käufers zu tilgende Restkaufpreis nur zu einem geringen Anteil (ca. 20.000 € der 120.000 €) erfüllt worden ist.⁶ Die Eintragung des Eigentumswechsels auf den Käufer

⁶ Ähnlich auch der 2. (Beispiels-)Fall bei *Hertel* in Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl. 2008, Rdnr. 629; siehe auch: *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3159.

ist infolgedessen unterblieben. Die Grundschuld zugunsten der Verkäuferbank ist mittlerweile gelöscht. Die Finanzierungsbank des Käufers will nunmehr die Zwangsversteigerung in den Grundbesitz betreiben (was sie hinsichtlich der Beträge, die tatsächlich mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld geleistet wurden, trotz der eingeschränkten Sicherungsabrede auch darf).

Der Verkäufer, der in dieser Situation nicht mehr damit rechnen kann, den Restkaufpreis zu erhalten, wird vermutlich vom Kaufvertrag zurücktreten. Im Rahmen der Rückabwicklung trifft den Käufer dann gegenüber dem Verkäufer zwar die Verpflichtung, die als Kreditsicherheit für das erlangte Darlehen eingetragene Grundschuld durch Löschung oder Übertragung des Rechts herauszugeben (§ 346 Abs. 1 BGB).⁷ Weil der Käufer hierzu aber nicht in der Lage sein wird, muss der Verkäufer – um die Sicherheitenverwertung durch die Bank abzuwehren – dieser den fremdfinanzierten Kaufpreis in Höhe von 80.000 € erstatten (vgl. §§ 1192 Abs. 1, 1142 BGB).⁸ Erst Zug um Zug gegen die Erstattung dieses Betrages ist die Bank aus dem mit dem Verkäufer abgeschlossenen Sicherungsvertrag zur Abgabe einer Löschungsbewilligung verpflichtet.⁹ Muss der Verkäufer zwecks Rückerstattung an die Bank ein (nunmehr hochverzinsliches) Darlehen aufnehmen (weil er seinerseits über kein freies Eigenkapital mehr verfügt), erleidet er in Höhe der Zinssteigerung (Darlehensaufnahme während einer Hochzinsphase) einen Schaden. Hinzu kommen u. U. Kosten für die Löschung der Grundschuld und sonstige (Beratungs-)Kosten. Ist ein Regress wegen Vermögenslosigkeit des Käufers aussichtslos, mag sich die Frage stellen, von wem und auf welche Weise diese Fehlentwicklung hätte verhindert werden können.¹⁰

III. Die qualifizierte Abwicklungsfunktion der Finanzierungsbank

Innerhalb der Abwicklungskette hat die finanzierende Bank eine Schlüsselfunktion. Zwar ist es nach dem Prinzip der formalen Auftragsstrenge grds. nicht Aufgabe der überweisenden Bank, sich im Rahmen eines Überweisungsvertrags nach §§ 676 a ff. BGB um die Höhe der zu tilgenden Schuld auf der Ebene des Valutaverhältnisses – d. h. im Verhältnis „Käufer-Verkäufer“ – zu kümmern.¹¹ Grundlage ihres Tätigwerdens ist vielmehr ausschließlich der Überweisungsauftrag im Deckungsverhältnis (Verhältnis „Käufer-Finanzierungsbank“), der im vorliegenden Sachverhalt auf Überweisung der Darlehensvaluta (80.000 €) teilweise an die abzulösende Bank (50.000 €) und teilweise an den Verkäufer (30.000 €) gerichtet war. Gleichwohl ändert das Prinzip der formalen Auftragsstrenge nichts daran, dass die Käuferbank bei einer „Finanzierung aufgrund Belastungsvollmacht“ in die Ab-

wicklung des Grundstückskaufvertrags im Valutaverhältnis besonders eng eingebunden wird. So hat die Finanzierung der Bank nicht nur einen originären Zweckbezug zum notariellen Kaufvertrag, von dem sie frühzeitig eine Abschrift erhält. Auch die Finanzierungsgrundschuld ruht auf dem Kaufobjekt, wobei die Sicherungsabrede aus Gründen des Verkäuferschutzes in spezifischer Weise eingeschränkt wird. Seitens des Verkäufers wird die Finanzierungsbank – vermittelt durch den Notar – über die abzulösenden Grundschulden am Kaufobjekt in Kenntnis gesetzt, was ebenfalls vor Eintritt der Kaufpreisfälligkeit geschieht. Damit ist die Finanzierungsbank zum Zeitpunkt der Auszahlungsreife des Käuferdarlehens regelmäßig hinreichend in der Lage, die Folgen und Risiken abzuschätzen, die eine im Fremdfinanzierungsanteil stecken bleibende Kaufpreiszahlung für den Verkäufer nach sich ziehen kann.

1. Kontrollmöglichkeit der Bank über das Verkäuferrisiko

Zwar bestehen zwischen der Finanzierungsbank des Käufers und dem Verkäufer (abgesehen von der Sicherungsabrede zur Grundschuld) in aller Regel keine direkten vertraglichen Bindungen.¹² Die Tatsache, dass eine überweisende Bank beispielsweise auch das Fälschungsrisiko einer Überweisung im Verhältnis zu ihrem Kunden trägt, zeigt jedoch, dass im bargeldlosen Zahlungsverkehr auch ohne vertragliche Abreden Schadens- und Insolvenzkrisen üblicherweise nach Beherrschungssphären verteilt werden.¹³ Ähnlich wie die Fälschung eines Überweisungsauftrags durch eine sorgfältige Prüfung dieses Auftrags besser von der Überweisungsbank als von ihrem Kunden entdeckt werden kann, hat es im Rahmen eines Grundstücksverkaufs die Finanzierungsbank besser als der Verkäufer in der Hand, (etwa durch Sammlung der Eigen- und Fremdmittel auf einem Zwischenkonto) sicherzustellen, dass die Grundschuldvalutierung und die (vollständige) Befriedigung des Verkäufers zeitlich nicht auseinanderfallen. Mit dem geringsten komparativen Aufwand innerhalb der Abwicklungskette kann die Finanzierungsbank diese Kontrollfunktion erfüllen, indem sie sich die Eigenmittel des Käufers auf ein Zwischenkonto zahlen lässt, bevor das zugesagte Fremdkapital gemeinsam mit dem Eigenkapital zur Kaufpreistilgung eingesetzt wird. Um zu verhindern, dass der Käufer vor Einzahlung des Eigenkapitals einen Anspruch auf die Darlehensvaluta erhält, kann eine entsprechende Abrede bereits im Darlehensvertrag getroffen werden.

Verfährt die Finanzierungsbank nicht mit dieser Sorgfalt – unterlässt sie also jegliche Maßnahmen der Kontrolle über den Zahlungsstrom –, kann sie sich bei Eintritt des aufgezeigten Schadensszenarios Ersatzansprüchen des Verkäufers (zumindest faktisch) ausgesetzt sehen. Ob sich der Verkäufer dabei auf eine berechnete Anspruchsposition stützen kann, ist zwar eher zweifelhaft, zumal eigene vertragliche Ansprüche nicht bestehen und auch eine Drittschadensliquidation an dem fehlenden abtretbaren Schadensersatzanspruch des Käufers gegenüber seiner Bank scheitern dürfte.¹⁴ Andererseits ist aber auch nicht auszuschließen, dass der Verkäufer andere abgeleitete Ansprüche – etwa solche aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – erfolgreich geltend machen könnte.

⁷ *Krüger* in *Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, Rdnr. 558; BGH, DNotZ 2002, 639; anders noch BGH, DNotZ 1992, 25.

⁸ Vgl. zur Gesamtproblematik auch: *Hertel* in *Würzburger Notarhandbuch*, Teil 2 Rdnr. 474.

⁹ *Amann* in *Beck'sches Notar-Handbuch*, A I Rdnr. 122.

¹⁰ Im vorstehenden Beispiel kann sich der Verkäufer noch „glücklich“ schätzen, dass er mit dem gezahlten Eigenkapital (20.000 €) zumindest seinen erlittenen Schaden abdecken kann. Wäre dagegen keinerlei Eigenkapital geflossen, könnte der Verkäufer bei der Begleichung seiner schadensbedingten Aufwendungen ernsthafte Liquiditätsschwierigkeiten erleiden.

¹¹ *Staudinger/Martinek*, BGB, 2006, § 676 a Rdnr. 11; *Weber*, *Recht des Zahlungsverkehrs*, 4. Aufl. 2004, S. 55; *Nobbe*, *WM Sonderbeilage Nr. 4 zu Heft 29/2001*, 3, 8; BGH, *NJW* 1986, 2428, 2429 f.

¹² *Nobbe*, *WM Sonderbeilage Nr. 4 zu Heft 29/2001*, 3.

¹³ Zur Verteilung des Fälschungsrisikos vgl. BGH, *NJW-RR* 1992, 1264; BGH, *NJW* 2001, 2968; *Weber*, *Recht des Zahlungsverkehrs*, S. 112 ff.; *Palandt/Sprau*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 665 Rdnr. 2.

¹⁴ Vgl. zur Drittschadensliquidation im bargeldlosen Zahlungsverkehr *von Gelder*, *WM* 1995, 1253, 1259 f.

2. Der Verkäufer als bankenseitiger Schutzadressat?

Zwar ist ein Überweisungsvertrag nach ständiger BGH-Rechtsprechung kein Vertrag zugunsten des Überweisungsempfängers und entfaltet grundsätzlich auch keine Schutzpflichten zu dessen Gunsten.¹⁵ Andererseits können direkte Zusagen oder besondere Abreden zwischen dem Überweisenden und seiner Bank als echter Vertrag zugunsten Dritter aufgefasst werden.¹⁶ So hat das OLG Düsseldorf einen Schadensersatzanspruch des Überweisungsempfängers aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in einem Fall bejaht, in dem der Kunde bei der beklagten Bank ein spezielles Unterkonto für Erlöse aus dem Weiterverkauf von Fernsehgeräten eingerichtet hatte.¹⁷ Als sich die Zahlungsunfähigkeit des Kunden abzeichnete, verbuchte die Bank Eingänge nicht mehr auf dem Unterkonto, sondern verrechnete sie mit einem Passivsaldo auf einem anderen Konto ihres Kunden, wodurch der Überweisungsempfänger keine Zahlungen mehr erhielt. Folgende Erwägungen hielt das Gericht für die Annahme eines Schadensersatzanspruchs für maßgeblich:

„Es ist anerkannt, dass Dritte, an einem Verträge nicht beteiligte Personen in den Schutzbereich des Vertrages mit der Folge einbezogen werden können, dass der Schuldner ihnen gegenüber nicht zur Leistung, wohl aber unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet ist. Voraussetzung dafür ist, dass für den Schuldner erkennbar mit seiner Leistung ein Dritter in Berührung kommt, demgegenüber der Gläubiger fürsorge- und obhutspflichtig ist, und dass es dem Sinn und Zweck des Vertrages entspricht, dem Dritten den Schutz in gleicher Weise zugute kommen zu lassen wie dem Gläubiger selbst.“¹⁸

Ob die Finanzierungsbank bei unterbleibender Zusammenführung des Fremd- und Eigenkapitals auf einem Zwischenkonto tatsächlich eine Schutzpflicht gegenüber ihrem Kunden verletzt (auf die sich der Verkäufer gleichsam berufen könnte), ist bislang zwar weder Gegenstand einer Gerichtsentscheidung noch einer Äußerung in der Literatur gewesen.¹⁹ Im Sinne der vorgenannten Urteils Passage spricht in der Sondersituation der Überweisung zur Tilgung eines (durch Ausnutzung einer Belastungsvollmacht finanzierten) Kaufpreises jedoch einiges dafür, die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter grds. als gegeben zu erachten. So ist von einer besonderen „Leistungsnahe“ des Verkäufers in Bezug auf den Überweisungsvertrag ohne weiteres auszugehen, weil er oftmals nicht nur den Darlehensanspruch des Käufers in Höhe des ausstehenden Kaufpreises zur Sicherheit abgetreten erhält,²⁰ sondern vor allem sein Eigentum zu Beleihungszwecken frühzeitig zur Verfügung stellt. Infolgedessen ist er besonders „schutzwürdig“, kann er insbesondere bei der Grundschulddalutierung vor vollständiger Kaufpreiszahlung doch einen (Zins-)Schaden erleiden. Zwar ist es ihm möglich, vor Abschluss des Kaufvertrages an den Käufer

heranzutreten und Bankbelege anzufordern, um das dem Käufer zur Verfügung stehende Eigenkapital in Erfahrung zu bringen. Ob dieses Eigenkapital auch im Zeitpunkt der Grundschulddalutierung noch vorhanden ist, lässt sich auf diese Weise aber nicht sicherstellen. Insbesondere ist der Verkäufer nicht zur Steuerung des Fremdkapitals in der Lage, was es ihm verwehrt, die wünschenswerte Gleichzeitigkeit von Grundschulddalutierung und Zahlung des zur vollständigen Kaufpreisstilgung erforderlichen Eigenkapitals zu kontrollieren. Dies ist nur der Finanzierungsbank möglich, so dass sie durch die Anerkennung eines Anspruchs aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch nicht unbillig belastet wird. Durch unkomplizierte Eigenvorsorge (Sammlung des Eigen- und Fremdkapitals auf einem Zwischenkonto) hat sie es ohne weiteres in der Hand, zur Schadensvermeidung beizutragen.

IV. Optimierungsmöglichkeiten hinsichtlich der Belastungsvollmacht

Der Notar ist in Fällen der Mischfinanzierung grundsätzlich aufgerufen, der Finanzierungsbank des Käufers einen Anreiz zu bieten, damit sie ihre zentrale Kontroll- und Überwachungsfunktion interessengerecht wahrnimmt. In diesem Zusammenhang bietet die Formulierung der Sicherungsabrede einen geeigneten „Hebel“. Zwar ist es bisher bereits üblich, die Belastungsvollmacht so zu gestalten, dass von der Vollmacht nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn in die Sicherungsabrede mit der Finanzierungsbank u. a. die Einschränkung aufgenommen wird, dass die Grundschuldgäubigerin „die Grundschuld nur insoweit als Sicherheit verwerten oder behalten“ darf, als sie „tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld des Käufers geleistet hat“.²¹ Bei gemischter Eigen- und Fremdfinanzierung ist diese Formulierung aber optimierungsfähig, gibt sie der Bank doch bereits vor Kaufpreisstilgung die Möglichkeit, das Grundstück des Verkäufers in Anbetracht der fremdfinanzierten Kaufpreismittel zu verwerten.²² Um dies zu verhindern und die Bank zur Zusammenführung von Eigen- und Fremdkapital zu bewegen, kann es sich empfehlen, die Sicherungsabrede dahingehend (weiter) einzuschränken, dass die Bank nur dann berechtigt ist, die Grundschuld zu verwerten, wenn der „Kaufpreis“ bereits „vollständig gezahlt“ ist (Stichwort: „qualifizierte Einschränkung“ der Sicherungsabrede).²³ Grundschulddalutierung und Kaufpreisstilgung könnten dann nicht mehr auseinanderfallen.

Selbst wenn man den Vertrag zwischen Bank und Käufer als einen solchen mit Schutzwirkung zugunsten des Verkäufers kategorisiert, sollten aber nicht alle Fälle der partiellen Fremdfinanzierung undifferenziert gleich behandelt werden. Wird der Fremdkapitalanteil des Käufers beispielsweise durch mehrere Banken finanziert (z. B. eine Genossenschaftsbank und ein öffentliches Förderkreditinstitut bzw. eine örtliche Sparkasse und eine überregionale/ausländische

¹⁵ BGH, NJW 1998, 1640; NJW 1987, 317.

¹⁶ *Schimansky* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 49 Rdnr. 13.

¹⁷ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 1327; zustimmend OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 918.

¹⁸ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 1327.

¹⁹ Generell für eine Ausdehnung von Schutzpflichten im Sinne eines „Netzvertrages“ im Verbundsystem plädierend *Möschel*, AcP 1986, 187, 217 ff.

²⁰ Vgl. *Albrecht* in *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rdnr. 582.

²¹ So *Amann* in *Beck'sches Notar-Handbuch*, A I Rdnr. 120; *Basty* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 36 Rdnr. 209 M; *Ertl*, MittBayNot 1989, 53, 63; *Schramm*, ZNotP 1998, 363; *Kahlert* in *Drombek/Kroiß*, Formularbibliothek Vertragsgestaltung, Band „Miete/Grundstück/Wohnungseigentum“, Teil 2, S. 334; ähnlich auch: *Nieder* in *Münchener Vertragshandbuch*, Band 5/I, S. 6; *Fritsch* in *Weise*, Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht, A. I. 1., S. 5; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 751 und Muster 7 (S. 1275); *Pfeifer*, MittRhNotK 1998, 333, 342; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3159.

²² OLG Hamm, ZNotP 1999, 168, 170.

²³ Vgl. *Hertel* in *Würzburger Notarhandbuch*, Teil 2 Rdnr. 474.

Privatbank), lässt sich eine Risikoordnung nach Beherrschungssphären zwischen den beteiligten Banken nicht ohne weiteres vornehmen. Gehören die finanzierenden Banken nicht demselben Verbund an, ist nicht eindeutig zu beantworten, welche Bank den gesamten Kaufpreis bei sich zu poolen hat und eine drittgerichtete Schutzpflicht verletzen könnte. Dementsprechend sollte auch der beurkundende Notar die Sicherungsabrede nur dann qualifiziert einschränken, wenn bereits bei Abschluss des Kaufvertrages verlässlich erkennbar ist, dass der Käufer

- entweder nur mit einem einzigen Kreditinstitut fremdfinanziert und dieses bereit ist, den Kaufpreis zu poolen,
- oder mehrere Banken als Kreditinstitute zwar feststehen, diese aber koordiniert auftreten und signalisieren, den Kaufpreis an einer zentralen Stelle zu sammeln.

Nicht selten wird für den Notar bei Beurkundung der Belastungsvollmacht noch gar nicht erkennbar sein, ob und über

welche Bank(en) der Käufer fremdfinanziert. In allen anderen Fällen, in denen es sich anbietet, die Belastungsvollmacht mit einer qualifizierten Einschränkung der Sicherungsabrede zu versehen, sollte er der finanzierenden Bank allerdings Gelegenheit geben, sich auf diese bisher wenig verbreitete Gestaltung einzustellen. Sicherlich muss die Bank bei jeder Finanzierung ohnehin von der Einschränkung der Sicherungsabrede in Kenntnis gesetzt werden und mit ihr entsprechend einverstanden sein.²⁴ Darüber hinaus erscheint es im vorliegenden Zusammenhang jedoch sinnvoll, dass der Notar der Bank frühzeitig eine solche Änderung seiner Formulierungspraxis ankündigt, gegebenenfalls mit einem Hinweis auf die dem Verkäufer drohenden Risiken.²⁵

²⁴ Hertel in Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, Rdnr. 630.

²⁵ Vgl. Hertel in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Rdnr. 474.

Pflichtteilsanrechnung gegenüber Minderjährigen – Abschied von der bisher „herrschenden“ Meinung!

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG München vom 17.7.2007, 31 Wx 18/07*,
insbesondere zum Rückforderungsvorbehalt gegenüber Minderjährigen,
sowie zu Keim, MittBayNot 2008, 8, 11 ff. –

Von Notar Dr. Gerald Weigl, Schwabmünchen

Nachfolgender Beitrag behandelt die Frage der vormundschafts-/familiengerichtlichen Genehmigungspflicht bzw. die Notwendigkeit einer Pflegerbestellung bei der Pflichtteilsanrechnung gegenüber Minderjährigen, insbesondere vor dem Hintergrund der anstehenden Erbrechtsreform. Außerdem weist der Autor auf die diesbezügliche Rechtslage bei der Vereinbarung von Rückforderungsrechten hin.

I. Bedarf die Schenkung an einen Minderjährigen unter Pflichtteilsanrechnung der vormundschafts-/familiengerichtlichen Genehmigung und ggf. der Bestellung eines Ergänzungspflegers?

1. Meinungsstand

Geht man dieser Frage im *Schrifttum* nach, soll dies nach „überwiegender Auffassung“ der Fall (und eine solche gerichtliche Genehmigung sowie ggf. Pflegerbestellung erforderlich) sein.¹ Bei näherer Hinsicht erscheint freilich durchaus zweifelhaft, ob es sich bei der Qualifizierung als „überwiegende Auffassung“ nicht um einen mittlerweile überholten Befund handelt. Zuzugeben ist, dass sich unter den Befürwortern auch heute noch durchaus namhafte Autoren befinden.² Allerdings gelangt eine zunehmende Anzahl

anderer Autoren im neueren Schrifttum zum gegenteiligen Ergebnis.³

Was die *Rechtsprechung* angeht, hat das OLG Dresden⁴ weder eine Genehmigung noch eine Pflegerbestellung für erforderlich gehalten. Eine abweichende obergerichtliche (und untergerichtliche) Rechtsprechung hierzu ist nicht ersichtlich. Der in diesem Zusammenhang zitierte Beschluss des OLG München vom 17.7.2007⁵ hat die dort bejahte Genehmigungspflicht nicht auf die Pflichtteilsanrechnung gestützt, sondern auf die in der zugrundeliegenden Urkunde vereinbarte Rückübertragungsverpflichtung.⁶ Der BGH hat sich

* MittBayNot 2008, 299 (in diesem Heft).

¹ Vgl. z. B. Keim, MittBayNot 2008, 8, 12 (unter 6. b aa); ders., ZEV 2008, 161, 165.

² Genannt werden insb. (vgl. z. B. Keim, MittBayNot 2008, 12): MünchKommBGB/Lange, 4. Aufl., § 2315 Rdnr. 9, 26, 32; Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 2003, § 2315 Rdnr. 8; Staudinger/Haas, BGB, 2006, § 2315 Rdnr. 31.

³ Keim, MittBayNot, 2008, 12, bejaht zwar, dass die Pflichtteilsanrechnung die Annahme eines lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäfts ausschließe, spricht sich aber gegen das Erfordernis einer vormundschafts-/familiengerichtlichen Genehmigung aus und zitiert als weiteren „Gegner“ der „überwiegenden Auffassung“ Pentz, MDR 1998, 1266, und als „zweifelnd“ Soergel/Dieckmann, BGB, § 2315 Rdnr. 7. Nach Fembacher, MittBayNot, 2004, 24, und Everts, Rpfleger 2005, 180, schließt die Pflichtteilsanrechnung die rein rechtliche Vorteilhaftigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht aus und ist eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich; ebenso Rastätter, BWNZ 2006, 1, 7.

⁴ MittBayNot 1996, 288, unter Hinweis auf Stutz, MittRhNotK 1993, 205, 212.

⁵ MittBayNot 2008, 299 (in diesem Heft).

⁶ Entscheidungsgründe unter 2. a). Unrichtig insoweit das Gutachten im DNotI-Report 2007, 160 unter III.1.

noch nicht ausdrücklich geäußert, doch wird seine frühere Entscheidung, wonach die Anordnung einer Ausgleichspflicht keinen rechtlichen Nachteil bedeute, eher dahin interpretiert, dass auch die Pflichtteilsanrechnung nicht als rechtlich nachteilig angesehen würde.⁷

2. Stellungnahme

Bei zusammenfassender Würdigung der Fundstellen halte ich die bisher als „überwiegende Auffassung“ zitierte Meinung – auch unter Berücksichtigung der vorgenannten Rechtsprechung – nicht mehr für „überwiegend“. Auch die Rechtspraxis scheint mir überwiegend auch ohne (vorsorgliche) Genehmigungseinholung und ggf. Pflegerbestellung gut zurechtzukommen.⁸

In der Sache sind wesentliche Argumente bereits ausgetauscht.⁹ Der bisher „überwiegenden Auffassung“ ist zuzugeben, dass die wirtschaftlichen Wirkungen einer Pflichtteilsanrechnung ähnlich sein können wie bei einem Pflichtteilsverzicht; letzterer steht unbestritten der Annahme eines rein rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäfts entgegen, für einen solchen ist ausdrücklich das Erfordernis einer familien-/vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung angeordnet (§ 2347 BGB). Auch kann der unter Pflichtteilsanrechnung vorzeitig Bedachte bei einem Wertverzehr/-verlust im Einzelfall schlechter stehen, als wenn er später den entsprechenden Pflichtteil erhält.

Erheblich überzeugender erscheinen mir aber die Argumente der Gegenansicht: Für die Pflichtteilsanrechnung fehlt die gesetzliche Anordnung einer Genehmigungspflicht; die Anordnung einer Pflichtteilsanrechnung ist nach der klaren Gesetzesystematik auch nicht als teilweiser Pflichtteilsverzicht ausgestaltet und – anders als beim Pflichtteilsverzicht – immer an eine entsprechende Zuwendung geknüpft. Ferner ist die zeitlich frühere Übertragung eines Vermögenswerts für den Erwerber – zumindest generell betrachtet – offensichtlich vorteilhafter als eine spätere Übertragung, da ihm der Nutzwert früher zusteht; damit argumentiert im Übrigen auch das OLG München in seinem vorerwähnten Beschluss vom 17.7.2007.¹⁰ Dass im Einzelfall der Beschenkte je nach seiner persönlichen Situation durch die vorzeitige Schenkung unter Pflichtteilsanrechnung auch schlechter stehen kann als ohne diese, ist zwar richtig, hindert aber nicht die Annahme eines rein rechtlichen Vorteils. Auch die vorzeitige Erfüllung einer Schenkung ohne Pflichtteilsanrechnung könnte sich letztlich im Einzelfall für den Beschenkten als nachteilig erweisen, z. B. wenn dem Beschenkten das geschenkte Geld gestohlen wird oder wenn dem Beschenkten hierdurch öffentlichrechtliche Gelder verloren gehen oder eine Pfändung erfolgt, und dies bei einer späteren Erfüllung so nicht der Fall wäre; deswegen wird aber nicht die Schenkung als solche rechtlich

nachteilig und bedarf auch die vorzeitige Erfüllung keiner gerichtlichen Genehmigung oder Pflegerbestellung.

Völlig zu Recht weist nunmehr *Keim* darauf hin, dass sich jedenfalls mit Inkrafttreten der anstehenden Erbrechtsreform¹¹ der Meinungsstreit zur Genehmigungspflicht erledigt.¹² Wenn eine Pflichtteilsanrechnung künftig auch nachträglich durch Testament möglich ist,¹³ kann dies nicht nachträglich zu einer Genehmigungspflicht der früheren Schenkung führen.

Etwas vorsichtig formuliert *Keim* dort zur Frage des rechtlichen Nachteils (und damit zur Pflegerbestellung).¹⁴ Auch hier ist aber nach der gesetzlichen Konzeption evident, dass die nachträgliche Pflichtteilsanrechnung nicht nachträglich aus einer rein rechtlich vorteilhaften Schenkung eine rechtlich nachteilige macht. Dann kann aber auch die bei der Schenkung erklärte Pflichtteilsanrechnung nicht als rechtlich nachteilig angesehen werden.

Das Reformvorhaben, das jedenfalls hinsichtlich der Erweiterung der Pflichtteilsanrechnung auf nahezu einhellige Zustimmung stößt,¹⁵ zeigt aber zugleich, dass auch heute schon kaum anders entschieden werden kann. Die Rechtsstellung der Pflichtteilsberechtigten sieht man durch die Reform nicht als nennenswert beeinträchtigt. So schreibt z. B. *Lange*, der bislang eigentlich den Befürwortern einer Genehmigungspflicht angehört, zur künftigen Möglichkeit einer nachträglichen Pflichtteilsanrechnung: „Der Pflichtteilsberechtigte erhält wirtschaftlich seinen vollen Pflichtteil. Es wird lediglich der Erwerbszeitpunkt vorverlegt bzw. zeitlich gestreckt. Der Pflichtteilsberechtigte wird zudem in die Lage versetzt, einen Teil seines Pflichtteils früher zu nutzen (...).“¹⁶

3. Ergebnis

Die Ansicht, wonach eine Pflichtteilsanrechnung zu einem rechtlichen Nachteil führt, der ggf. eine Pflegerbestellung erforderlich macht, und der Einholung einer familien-/vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, kann nicht mehr als überwiegende Auffassung angesehen werden und erledigt sich spätestens mit Inkrafttreten der anstehenden Erbrechtsreform in der geplanten Fassung. Wer bis dahin ganz sicher gehen will, kann entweder dennoch vorsorglich eine Pflegerbestellung anregen und außerdem eine entsprechende gerichtliche Genehmigung bzw. ein Negativattest einholen, oder dem Vorschlag von *Fembacher* folgen und die Pflichtteilsanrechnung auf eine beim Erbfall noch vorhandene Bereicherung begrenzen.¹⁷

⁷ Vgl. *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., S. 913; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 926, dort Fn. 18.

⁸ Vgl. z. B. *Kersten/Bühling/Basty*, Formularbuch, 21. Aufl., § 43 Rdnr. 146 M (Muster einer Überlassung an Minderjährige mit Pflichtteilsanrechnung, ohne Ergänzungspfleger und Genehmigung). Nach meinen persönlichen Erfahrungen wurden seitens des Familien-/Vormundschaftsgerichts auf Antrag i. d. R. ohne weiteres Negativatteste erteilt; seitens des Grundbuchamtes wurden im Rahmen des Vollzugs auch schon vor dem (die Prüfungspflicht des Grundbuchamts einschränkenden) Beschluss des BGH, DNotZ 2005, 549, meist nicht einmal die Vorlage eines Negativattests gefordert.

⁹ Vgl. näher unter den vorstehenden Nachweisen.

¹⁰ MittBayNot 2008, 299 (in diesem Heft) unter 2. e) der Entscheidungsgründe.

¹¹ Hierzu vgl. *Lange*, DNotZ 2007, 84.

¹² MittBayNot 2008, 8, 13; *ders.*, ZEV 2008, 161, 165.

¹³ Vgl. *Lange*, DNotZ 2007, 88 f.

¹⁴ MittBayNot 2008, 8, 13: „Auch die Frage des rechtlichen Nachteils (...) wird sich dann neu stellen (...)“; auch *Keim* kommt aber dort dann zum Ergebnis, dass dem Minderjährigen durch die Pflichtteilsanrechnung nichts an Rechten genommen wird; vgl. auch *Keim*, ZEV 2008, 161, 165.

¹⁵ Teils wird sogar weitergehend eine „automatische“ Pflichtteilsanrechnung kraft gesetzlicher Regelung befürwortet, vgl. z. B. die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins, notar 2007, 148, 151; ferner *Odersky*, MittBayNot 2008, 1, 5.

¹⁶ DNotZ 2007, 88.

¹⁷ *Fembacher*, MittBayNot 2004, 26, schlägt vor, die Anrechnung höchstens mit dem Wert erfolgen zu lassen, den der geschenkte Gegenstand beim Erbfall hat. Bei dieser Gestaltung wurde bisher – soweit ersichtlich – die rechtliche Vorteilhaftigkeit nicht in Frage gestellt. Soweit *Keim*, ZEV 2008, 161, 165, die Rechtslage auch nach Inkrafttreten der Erbrechtsreform als „unsicher“ bezeichnet, kann ich dem nicht folgen.

II. Exkurs: Rückforderungsvorbehalt gegenüber Minderjährigen

Nichts Neues bringt die vorerwähnte Entscheidung des OLG München vom 17.7.2007 zur Frage des rechtlichen Nachteils durch die Vereinbarung eines Rückforderungsvorbehalts gegenüber einem Minderjährigen. Eine vereinbarte Rückübertragungsverpflichtung, auch wenn sie nur für bestimmte Fälle vorgesehen ist, führt im Grundsatz zum Erfordernis einer vormundschafts-/familiengerichtlichen Genehmigung und ggf. auch einer Pflegerbestellung.¹⁸ Ist die Rückforderung allerdings nach *bereicherungsrechtlichen* Grundsätzen ausgestal-

¹⁸ Entscheidungsgründe unter 2. a).

tet, ändert der Rückforderungsvorbehalt nach herrschender Meinung nichts an der rechtlichen Vorteilhaftigkeit einer Schenkung, so dass weder eine gerichtliche Genehmigung noch eine Pflegerbestellung erforderlich ist.¹⁹

¹⁹ Vgl. (jeweils m. w. N.) OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288; OLG Köln, NJW-RR 1998, 363; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3611; *Rastätter*, BWNotZ 2006, 7; *Fembacher/Franzmann*, MittBayNot 2002, 82; missverständlich zum Meinungsstand *Jerschke* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., A. V. Rdnr. 55. Die Entscheidungen des OLG München vom 17.7.2007 wie auch des BGH, MittBayNot 2005, 408, haben offensichtlich jeweils einen Fall betroffen, in dem die Rückforderung eben nicht auf die Bereicherung des Minderjährigen beschränkt war.

BUCHBESPRECHUNGEN

v. Oefele/Winkler: Handbuch des Erbbaurechts. 4. Aufl., Beck, 2008. 566 S., 69,50 €

Das aufgrund seiner Eigenart als belastbares grundstücksgleiches Recht an einem Grundstück wohl interessanteste Institut des Sachenrechts ist das Erbbaurecht. Die Unmenge an teils speziellen, teils allgemeinen dinglichen und schuldrechtlichen Problemen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, bedarf der außerordentlichen Aufmerksamkeit des Rechtsanwenders, der sich darüber freuen darf, dass mit der Neuauflage des Handbuchs der Autoren *von Oefele* und *Winkler* das Standardwerk zum Erbbaurecht in überarbeiteter Fassung vorgelegt wurde.

Die von den beiden Münchner Notarkollegen vorgenommenen Aktualisierungen berücksichtigen vor allem die in der Voraufgabe vergangenen fünf Jahren veröffentlichte Rechtsprechung und die erfolgten legislativen Änderungen, wie etwa das neue Preisklauselgesetz. Als Beispiel sei die Entscheidung des BGH (NJW 2007, 2325 = DNotZ 2007, 682) zur Vereinbarung des Heimfalls bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erbbauberechtigten und deren Anfechtung genannt, die im Handbuch (Rdnr. 4.87a) eingehend und für die Gestaltungspraxis warnend behandelt wird. Ebenso bedeutsam ist die Feststellung, dass ein Bauwerk im Sinne des ErbbauRG nach der Auffassung des OLG Hamm (Rpflerger 2006, 9) – die von den Autoren (Rdnr. 2.12) geteilt wird – eine Windenergieanlage sein kann. Nicht ausdrücklich behandelt, aber in diesem Zusammenhang überaus fraglich ist, ob isoliert eine Fotovoltaikanlage oder die an einem Gebäude angebrachte Funkantenne gleichfalls als derartiges Bauwerk einzuordnen sind, weil die „begriffsnotwen-

dig“ (siehe Rdnr. 2.8) geforderte feste Verbindung mit dem Erdboden in diesem Fall zumindest zweifelhaft scheint und nicht abschließend geklärt ist, ob im Rahmen des § 1 Abs. 1 ErbbauRG eine Anlage auf einem Gebäude, also ein „Bauwerk auf einem Bauwerk“ ausreicht.

Das Erbbaurechtshandbuch besticht seit jeher und auch in der vorgelegten Neuauflage durch die Klarheit seiner Ausführungen und die übersichtliche Darreichungsform, bei der sich die Autoren nicht davor scheuen, teilweise durch grafische Darstellungen aufgelockert, den schwierigen Rechtsstoff anschaulich zu machen. Dies geschieht einerseits für die Sonderfälle des Eigentümer-, Unter-, Gesamt-, Nachbar- oder Wohnungserbbaurechts (Rdnr. 3.7) und andererseits bei der Behandlung des Zusammenhangs dinglicher und schuldrechtlicher Vereinbarungen bei der Begründung eines Erbbaurechts (Rdnr. 5.4). Nach wie vor ermöglicht es das ausführliche Stichwortverzeichnis und die sachlogische Gliederung, dass das Handbuch zugleich den Zweck eines Großkommentars miterfüllt. Den Abschluss des Handbuchs bildet schließlich auch diesmal ein mittlerweile unverzichtbarer, fast 100 Seiten umfassender Formulareteil, der von der einfachen Erbbaurechtsbestellung über ein Einheimischenerbbaurecht bis zur Aufhebung und Verlängerung eines Erbbaurechts in insgesamt 23 Mustern nahezu alles enthält, was sich an Gestaltungen auf diesem komplizierten und fehlerträchtigen Gebiet denken lässt.

Abschließend ist festzuhalten, dass derjenige, der sich ernsthaft mit den Fragen des Erbbaurechts auseinandersetzen muss, dieses Werk nicht ignorieren darf. Seine Anschaffung ist daher für Notare nahezu unvermeidlich.

Notar Dr. Alexander Kraflka, Passau

Nieder/Kössinger: Handbuch der Testamentsgestaltung. 3. Aufl., Beck, 2008. 1 066 S., 98 €

Eines der schwierigsten Probleme bei einer erfolgreichen Nachfolgeplanung ist, überhaupt einen geeigneten Nachfolger zu finden. So gehen nach früheren Schätzungen der Kommission der Europäischen Union europaweit nahezu zehn Prozent der Konkursanträge im Bereich der kleinen und mittleren Unternehmen auf eine schlecht vorbereitete Nachfolgeregelung zurück (dazu *Lorz/Kirchdörfer*, Unternehmensnachfolge, 2002, Rdnr. 1). Hinzu kommt, dass es besonders qualifizierten und profilierten Könnern ihres Fachbereichs oftmals offensichtlich besonders schwer fällt, rechtzeitig einen geeigneten Nachfolger aufzubauen und einzuführen; ein Umstand, der sich nicht nur immer wieder bei Chefärzten beobachten lässt, sondern erst unlängst wieder in der bayerischen Landespolitik. *Nieder* konnte all diese Probleme vermeiden, indem er mit den Kollegen Dr. *Reinhard Kössinger* und Dr. *Winfried Kössinger* zwei ausgezeichnete Mitautoren gewinnen konnte, die bereits einen erheblichen Teil der Neuauflage bearbeitet haben und damit zugleich Zeugnis davon ablegen, dass sie das Werk *Nieders*, den man zu Recht als einen der Altmeister des deutschen Erbrechts bezeichnen kann, in seinem Sinne und entsprechend seinen Qualitätsanforderungen fortführen wer-

den. Die Mitarbeit der beiden „Kössinger-Brüder“ erweist sich dabei nicht nur als besonderer Glücksfall für *Nieders* Werk, sondern auch für die deutsche erbrechtliche Kautelarpraxis überhaupt, in der sein „Handbuch der Testamentsgestaltung“ einen zentralen Platz einnimmt. Nur ein – wenn auch angenehmer – Nebeneffekt ist dabei, dass durch den gleichlautenden Familiennamen der neuen Mitautoren die oftmals bei anderen Werken zu beklagende inflationäre Erweiterung der Autorennamen im Buchtitel vermieden werden konnte.

Wenn *Nieder* in seinem Vorwort zur Neuauflage zu Recht auf die rasante Entwicklung des Erbrechts hinweist, das dieses seit dem Erscheinen der ersten Auflage seines Handbuchs im Jahre 1992 genommen hat, macht dies zugleich das Wagnis deutlich, heutzutage ein Buch mit einer so großen thematischen Bandbreite mit nur drei Autoren herauszugeben. Jedoch – das Wagnis ist gelungen. Gegenüber der Voraufgabe wurde das Handbuch der Testamentsgestaltung um ca. 150 Seiten erweitert, was eine angemessene, durch die überbordende erbrechtliche Literatur und Entscheidungspraxis bedingte Umfangserweiterung ist. Die Gliederung wurde in der Neuauflage bezüglich der ersten fünf Hauptteile beibehalten: Überlegungen vor der Gestaltung von Verfügungen von Todes

wegen, die erbrechtlichen Gestaltungsmittel, Form, Formulierung und Aufbau von Verfügungen von Todes wegen, Vorbereitende Erbfolgemassnahmen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden sowie Fallgruppen von Gestaltungsmöglichkeiten von Todes wegen. Der sechste Teil beschäftigt sich mit der Beeinflussung der Erbfolge nach dem Erbfall, enthält aber mit den Unterabschnitten über die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen und deren Anfechtung Themenbereiche, die bereits in der Voraufgabe – wenn auch weniger ausführlich – behandelt wurden. Demgegenüber wurden allgemeine Probleme der für den Notar besonders haftungsträchtigen, aber finanziell wenig lukrativen Ausschlagung der Erbschaft zu Recht in ein eigenes Unterkapitel neu aufgenommen.

Die Darstellung ist immer sehr gut und leicht lesbar geschrieben. Zahlreiche Übersichten und Checklisten erleichtern das Problemverständnis und die Einarbeitung in die gerade im Erbrecht nicht immer einfache Materie. Im Pflichtteilsrecht laden Formeln zum Nachrechnen und zum Wiederauffrischen vergessener Algebrakennnisse ein. Daneben finden sich immer wieder auch Formulierungsvorschläge, die gegenüber der Voraufgabe noch vermehrt wurden. Aber zu Recht liegt hierauf nicht der Schwerpunkt, denn diesbezüglich gibt es mittlerweile andere gute Darstellungen, wie das Münchener Vertragshandbuch und das Beck'sche Formularbuch Erbrecht, auf die immer wieder weiterführend verwiesen wird.

Die einschlägige Rechtsprechung und Literatur ist sorgfältig ausgewählt und an den entsprechenden Stellen eingearbeitet. Beispielhaft sei die „Hohenzollern-Entscheidung“ des BVerfG vom 22.3.2004 (NJW 2004, 2008 = DNotZ 2004, 798; dazu etwa *Isensee*, DNotZ 2004, 754; *A. Staudinger*, FamRZ 2004, 768; *Führ*, MittBayNot 2006, 461; *Horsch*, Rpfleger 2005, 285; *Otte*, ZEV 2004, 393; *Gutmann*, NJW 2004, 2347) genannt, die sich mit einer Ebenbürtigkeitsklausel im Spannungsfeld zwischen Testier- und Eheschließungsfreiheit beschäftigt, und die weitreichende Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Potestativbedingungen haben dürfte, weil damit – wie *Nieder* zutreffend ausführt (§ 3 Rdnr. 25) – den Grundrechten auch Drittwirkung im Erbrecht zugebilligt wird. An den einschlägigen Stellen wird auch auf die geplanten Änderungen des Erbschaftsteuer- und Pflichtteilsrechts hingewiesen. Zudem finden sich immer wieder Bezüge zu anderen Rechtsgebieten, ohne die eine sachgerechte Testamentsgestaltung heute vielfach kaum mehr möglich ist, so etwa zum Erbschaftsteuerrecht (ausführliche Darstellung in § 6 auf über 50 Seiten von *Reinhard Kössinger*), zum Einkommensteuerrecht (etwa in § 20 Rdnr. 64 ff. zu den steuerlichen Auswirkungen von Fortsetzungs- und Nachfolgeklauseln bei Personengesellschaftsanteilen und in § 22 Rdnr. 21 ff. zur Wahl zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnis beim Unternehmer testament je von *Winfried Kössinger*), zum Sozialhilferegress (etwa in § 1 Rdnr. 144 ff. auf ca. fünf Seiten von *Winfried Kössinger*) und zum internationalen Erbrecht (in § 5 auf über 20 Seiten von *Winfried Kössinger*).

Von besonderem Interesse ist für den Kautelarjuristen der fünfte Teil mit Fallgruppen von Gestaltungsmöglichkeiten von Todes wegen (§§ 21, 22). Hier finden sich die „klassischen“ Lösungsvorschläge wie das Behindertentestament (§ 21 Rdnr. 63 ff. von *Reinhard Kössinger*), wobei dort zu Recht der „Erbschaftslösung“ der Vorzug gegeben wird, weil

die Nachvermächtnislösung (dazu jüngst *Baltzer*, Das Vor- und Nachvermächtnis in der Kautelarjurisprudenz, 2007, Rdnr. 612 ff.) noch mit einigen rechtlichen Unsicherheiten behaftet ist, die noch nicht höchstrichterlich geklärt sind (§ 21 Rdnr. 101 f.). Diesbezüglich ist sicherlich ein Schwachpunkt, dass es für ein Vermächtnis keine Ausschlagungsfrist gibt, wie *Reinhard Kössinger* zu Recht hervorhebt. Daraus ergeben sich aber nicht nur – wie er meint – Gefahren, wenn ein Sozialhilfeträger dieses Ausschlagungsrecht überleiten könnte, was ebenfalls noch nicht höchstrichterlich entschieden ist (tendenziell wohl eher ablehnend Richter am BGH *Wendt*, ZNotP 2008, 2, 12), sondern es besteht bereits im Vorfeld die Gefahr, dass die Sozialhilfebehörde den Behinderten wegen des Nachrangs der Sozialhilfe (§ 2 SGB XII, früher § 2 BSHG) darauf verweist, dass er ausschlagen und dann seinen Pflichtteilsanspruch verlangen muss, um daraus seinen (elementaren) Lebensunterhalt zunächst selbst zu bestreiten. Bei der Erbschaftslösung wird es demgegenüber wegen der Fristgebundenheit der Erbschaftsausschlagung häufig nicht zu dieser Drucksituation kommen, weil die Erbschaft oftmals als angenommen gilt, bis der Sozialhilfeträger von dem Behinderten testament und seinen Konsequenzen erfährt.

Beim „Geschiedentestament“ wird von *Reinhard Kössinger* auch noch die „Dieterle-Klausel“ als zulässige Gestaltung angesehen, wonach Nacherben diejenigen Personen sind, die der Vorerbe als seine eigenen Erben eingesetzt hat (§ 21 Rdnr. 39 ff.). Dass diese Gestaltung wegen eines Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB nichtig sein könnte, wurde schon länger diskutiert. Seit der Entscheidung des OLG Frankfurt vom 10.12.1999 (DNotZ 2001, 143, 144 m. Anm. *Kanzleiter* = ZEV 2001, 316 m. Anm. *Otte*; dazu auch *Ivo*, DNotZ 2002, 260), die allerdings auf diese Rechtsfrage nur kurz eingeht und die Unzulässigkeit nur unter Bezug auf ein *Palandt*-Zitat annimmt, ist diese Gestaltung m. E. allerdings für die Praxis, die den sichersten Weg gehen muss, nicht mehr empfehlenswert. Wegen der viel weitreichenderen Drittbestimmungsmöglichkeiten nach den §§ 2151 ff. BGB wird daher zunehmend auf Herausgabevermächtnisse ausgewichen, die anschließend von *Reinhard Kössinger* ausführlich dargestellt werden (dazu auch *Nieder*, § 10 Rdnr. 131 ff.), wobei er anschließend in seinem Formulierungsvorschlag (§ 21 Rdnr. 54) zu Recht zur Erfüllung des Herausgabevermächtnisses Testamentsvollstreckung anordnet, damit nach dem Tod des Erben die vom Erblasser hinterlassene Erbschaft auch wirklich bei dem ankommt, für den sie letztlich zugeordnet ist. Denn nie darf die nur schwache schuldrechtliche Wirkung des Vermächtnisanspruchs vergessen werden (eingehend dazu *Reinhard Kössinger*, § 9 Rdnr. 23 ff.).

Insgesamt wird jeder, der sich für das Erbrecht interessiert, viele für ihn wichtige und ansprechende Passagen in diesem vorzüglichen Handbuch der Testamentsgestaltung finden, das zugleich deutlich macht, wie interessant und vielfältig das Erbrecht sein kann und weshalb es so manchem Fernsehprogramm vorzuziehen ist. Dem geschätzten Kollegen *Nieder* ist es auch in der dritten Auflage gelungen, einen verlässlichen Führer durch die schwierige Materie des Erbrechts vorzulegen, so dass man nur sagen kann: „Noch nie war er so wertvoll wie heute“.

Notar Dr. Jörg Mayer, Simbach am Inn

Harder: Das Schiedsverfahren im Erbrecht. Duncker & Humblot, 2007. 190 S., 72 €

Die hier zu besprechende Monographie beginnt mit der zutreffenden Feststellung, dass es zum geltenden Recht keine wissenschaftliche Publikation gibt, die versucht, umfassend alle Aspekte der Schiedsgerichtsbarkeit im Erbrecht darzustellen. Der Autor erhebt den Anspruch, mit seiner Arbeit diese Lücke zu schließen. Gemessen daran muss die Lektüre des Buches etwas enttäuschen. Gegenstand der Abhandlung ist nämlich weniger das Schiedsverfahren im Erbrecht, als vielmehr dessen grundsätzliche Zulässigkeit in Bezug auf erbrechtliche Streitgegenstände. Außerdem werden in den zwei Kapiteln am Schluss der Arbeit die Form von „Schiedsklauseln“ (gemeint sind wohl Schiedsverfügungen i. S. v. § 1066 ZPO) und Schiedsvereinbarungen im Erbrecht sowie Probleme bei der Auswahl der Schiedsrichter behandelt.

Nun ist die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit in Bezug auf eine Reihe von erbrechtlichen Streitgegenständen äußerst streitig, so dass der Gewinn neuer Maßstäbe in diesem Bereich schon für sich allein eine Dissertation rechtfertigt. Der Autor versucht zum einen, diese Maßstäbe durch eine exakte Festlegung der objektiven Schiedsfähigkeit, d. h. der Schiedsfähigkeit aus der Perspektive des streitigen Rechtsverhältnisses, zu entwickeln (S. 35 ff.). Dabei unterscheidet er terminologisch fragwürdig die objektive Schiedsfähigkeit bei letztwilligen Schiedsverfügungen i. S. v. § 1066 ZPO von der objektiven Schiedsfähigkeit bei zweiseitigen Schiedsvereinbarungen. Der Unterschied zwischen diesen beiden Fällen liegt aber gerade nicht in den streitigen Rechtsverhältnissen, sondern in dem Rechtsakt, der den Ausschluss staatlicher Gerichte zugunsten der Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet. Dies ist im einen Fall die freiwillige Vereinbarung der Parteien, bei der letztwilligen Schiedsverfügung hingegen der einseitige Akt des Erblassers, d. h. ein Akt der Fremdbestimmung. Es liegt auf der Hand, dass der Unterschied im schiedsbegründenden Rechtsakt auch für dessen Reichweite maßgeblich ist, doch hat dies mit der objektiven Schiedsfähigkeit des Streitgegenstands nichts zu tun.

Dennoch ist der Ansatz über die objektive Schiedsfähigkeit zutreffend, nämlich um herauszufinden, welche Gegenstände unter keinen Umständen, d. h. auch unabhängig vom schiedsbegründenden Rechtsakt, schiedsfähig sind. Hierzu finden sich auf 31 durchaus lesenswerten Seiten (S. 116–147) insbesondere Ausführungen zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Schiedsgericht und Nachlassgericht. Ausgehend von der inzwischen etablierten Auffassung, dass die Zuweisung einer Rechtssache an die Freiwillige Gerichtsbarkeit deren Schiedsfähigkeit nicht ausschließt, und gestützt auf die inzwischen vorherrschende Theorie der objektiven Verfügbarkeit des Rechtsverhältnisses, wonach nur solche Rechtsverhältnisse nicht schiedsfähig sind, für die sich der Staat ein Entscheidungsmonopol vorbehält, wird im Einzelnen untersucht, ob dem Schiedsgericht die Zuständigkeit für die Erteilung, Einziehung oder Kraftloserklärung eines Erbscheins sowie für die wirksame Entgegennahme der Ausschlagung gemäß §§ 1945 Abs. 1, 1944 BGB übertragen werden kann. Unter Hinweis auf ein insoweit angeordnetes „Rechtsprechungsmonopol“ wird die Möglichkeit der Zuständigkeitsübertragung auf das Schiedsgericht in diesen Fällen jeweils zutreffend verneint, was auch derzeit schon herrschende Meinung ist.

Mit durchaus nachvollziehbarer Begründung hält der Autor hingegen die Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten mehrerer Testamentsvollstrecker gemäß § 2224 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BGB sowie über die Entlassung des Testamentsvoll-

streckers gemäß § 2227 Abs. 1 BGB für schiedsfähig. Bei § 2224 Abs. 1 BGB kann ein Entscheidungsmonopol des Staates schon deshalb nicht angenommen werden, weil die Vorschrift für den Erblasser dispositiv ist. Hier macht die Verlagerung auch Sinn, da sonstige Streitigkeiten der Testamentsvollstrecker untereinander nicht vom Nachlassgericht, sondern vom Prozessgericht zu entscheiden sind und die Abgrenzung dieser Streitigkeiten untereinander durchaus mühevoll ist (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 2224 Rdnr. 3).

Bei § 2227 Abs. 1 BGB ist das Ergebnis jedoch aus praktischen Gründen mehr als zweifelhaft, da die Entlassung des Testamentsvollstreckers eine Vielzahl am Nachlass Beteiligter betrifft, deren Rechte im Verfahren gewahrt werden müssen. *Harder* selbst möchte dies dadurch gewährleisten, dass möglichst alle potentiell betroffenen Personen die Schiedsvereinbarung abschließen und außerdem gegen den Schiedspruch das Beschwerdeverfahren gemäß §§ 81, 22 FGG offen bleibt. Letzteres ist unhaltbar, da die Rechtsmittel gegen Entscheidungen eines Schiedsgerichts in §§ 1062 ff. ZPO abschließend geregelt sind und staatliche Beschwerdezuständigkeiten nicht parteiautonom begründet werden können. Ersteres ist zumindest denkbar, führt aber in alle Probleme der Mehrparteieschiedsgerichtsbarkeit, und ist schon deshalb nicht erstrebenswert. Im praktisch bedeutsameren Fall der Schiedsverfügung nach § 1066 ZPO kommt *Harder* letztlich deshalb zum gleichen Ergebnis, weil er dem Erblasser zutreffend die Befugnis abspricht, über die Entlassungsentscheidung nach § 2227 Abs. 1 BGB zu verfügen.

Leider werden sonstige Zuständigkeiten des Nachlassgerichts, z. B. die Ernennung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2200 Abs. 1 BGB oder das Außerkraftsetzen von Anordnungen des Erblassers gemäß § 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht behandelt.

Für die Praxis interessanter sind die Ausführungen zu der Frage, welche Streitigkeiten der Erblasser durch Schiedsverfügung gemäß § 1066 ZPO der Schiedsgerichtsbarkeit zuweisen kann, d. h. frei nach *Nieder* (jetzt *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 15 VII. Rdnr. 329 ff.), in welchem Umfang der Erblasser über seinen Tod hinaus prozessual Einfluss nehmen kann. Die Abhandlungen hierzu bilden den Schwerpunkt des Buches (theoretische Grundlegung S. 48–87 und praktische Anwendung S. 92–116). Lesenswert sind hier zunächst die Ausführungen zur Geschichte des § 1066 ZPO bzw. seiner Vorgängernormen, die darstellen, dass die Funktion der Norm ursprünglich ein Verweis auf Regelungen zur Schiedsgerichtsbarkeit in den Landesgesetzen war, die es nun aber nicht mehr gibt. Dies erklärt zum einen, warum der Wortlaut der Vorschrift heute so viele Zweifelsfragen auslöst und ist ein plausibler Beleg für die These *Harders*, § 1066 ZPO sei für sich nicht geeignet, die Zulässigkeit letztwilliger Schiedsverfügungen zu begründen. Nach kurzer Darstellung des Meinungsstands zur Auslegung des § 1066 ZPO entwickelt *Harder* dann einen eigenen Ansatz. Dieser lautet stark gekürzt, dass die Schiedsverfügung eine testamentarische Verfügung sui generis ist (S. 62), die ihren Geltungsgrund in der von verfassungsmäßig geschützten Testierfreiheit des Erblassers hat (S. 67 ff.). Neu ist an diesem Ansatz, dass er den Umfang der Testierfreiheit nicht dem materiellen Erbrecht, sondern mangels anderer Maßstäbe allein dem Grundgesetz, insbesondere Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG entnehmen will. Für jeden Streitgegenstand erfolgt eine Abwägung, ob das Recht des Erblassers, seine Nachlassangelegenheiten in dem von ihm gewünschten Schiedsverfahren behandeln zu lassen, dem Recht hiervon Betroffener, sich

in Streitigkeiten an staatliche Gerichte wenden zu dürfen, vorgeht oder nicht. Ein sehr maßgebliches Argument, dem Interesse des Erblassers das größere Gewicht zuzumessen, ist nach *Harder* dann in vielen Fällen die vom Gesetzgeber kodifizierte Gleichwertigkeit privater Schiedsgerichte mit staatlichen Gerichten, weshalb dem schiedsunterworfenen Beteiligten kein Nachteil entstehe.

Überzeugend ist das nicht. Zum einen kann man schon daran zweifeln, dass das Grundgesetz und speziell dessen Art. 14 die prozessuale Testierfreiheit schützt. Es ist ohnehin schon nicht leicht zu begründen, dass die Zulassung privater Schiedsgerichte vom Grundgesetz nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten ist. Beste Basis hierfür ist die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit, die es auch gebietet, dem freiwillig geschlossenen Prozessvertrag Geltung zu verschaffen. Gerade für diese Argumentation ist aber bei der Schiedsverfügung gemäß § 1066 ZPO kein Raum, vielmehr entzieht der Erblasser die schiedsunterworfenen Personen einseitig dem gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Dies lässt sich ohne Bezug darauf, dass der Erblasser auch über die materiellen Rechte der schiedsunterworfenen Personen einseitig verfügen kann, kaum begründen. Um die Trennung der prozessualen Testierfreiheit vom materiellen Recht plausibel zu machen, bedürfte es zumindest grundlegender Ausführungen zum Verhältnis des materiellen Rechts zu dessen Durchsetzbarkeit im Prozess.

Schließlich ist die Gleichwertigkeit der Schiedsgerichte mit staatlichen Gerichten kein Argument, das für die Kompetenzzuweisung spricht. Richtig ist, dass der Schiedsspruch gemäß § 1055 ZPO in seinen Wirkungen dem Urteil eines staatlichen Gerichts gleichgestellt ist und die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit gemäß § 1032 ZPO im staatlichen Verfahren zu beachten ist. Beide Normen setzen jedoch voraus, dass die Entscheidungszuständigkeit des Schiedsgerichts durch gültigen Rechtsakt begründet wurde. Die gesetzliche Gleichstellung eines ordnungsgemäßen Schiedsverfahrens mit einem staatlichen Verfahren kann deshalb keine Begründung für die ordnungsgemäße Kompetenzbegründung sein, vielmehr handelt es sich um einen Zirkelschluss.

Diese grundsätzliche Kritik ändert nichts daran, dass *Harder* auf der Grundlage seiner Überlegungen zahlreiche Einzelfragen überzeugend löst und auch dort, wo ich mich im Ergebnis nicht anschließen möchte, interessante Denkanstöße gibt. So arbeitet er zutreffend heraus, dass § 2065 BGB nur insoweit mit der Kompetenz des Schiedsgerichts zu tun hat, als ein Verstoß gegen diese Vorschrift die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung und damit ggf. auch der Schiedsverfügung in Frage stellt (S. 76 ff.).

Ermessensentscheidungen des Schiedsgerichts in Erbsachen auf der Grundlage des § 1051 Abs. 3 ZPO sieht er zu Recht skeptisch (S. 82 ff.), seiner Empfehlung, das materielle Recht stets zu beachten, kann nur beigeplichtet werden.

Mit der inzwischen herrschenden Meinung hält *Harder* die Schiedsverfügung für geeignet, dem Schiedsgericht Kom-

petenz für den Erbprätendentenstreit, Streitigkeiten über Nichtigkeit und Anfechtung einer letztwilligen Verfügung und die Erbteilungsklage einzuräumen (S. 92–98). Solange die Schiedsverfügung selbst nicht unwirksam ist, ist das Schiedsgericht berufen, über die Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen zu entscheiden. Warum dies für den Gesichtspunkt der Testierfähigkeit anders sein soll (S. 115 f.), ist allerdings nicht verständlich.

Nicht nachvollziehbar ist auch, warum das Schiedsgericht nicht über die Wirksamkeit einer Ausschlagung entscheiden können soll (S. 115). Natürlich kann der Erblasser auf die Ausschlagungserklärung keinen Einfluss nehmen. Dies gilt jedoch für alles Faktische, was nach seinem Tod geschieht, z. B. auch die Erklärung der Anfechtung, die Annahme oder Nichtannahme von Vermächtnissen, den Untergang eines vermachten Gegenstands oder Verzug bei der Vermächtniserfüllung. Wenn alle diese Fragen der Kompetenz des Schiedsgerichts entzogen wären, wäre die Schiedsgerichtsbarkeit aufgrund Schiedsverfügung nur ein Torso.

Die größte Mühe verwendet *Harder* darauf zu begründen, dass Pflichtteilsansprüche aufgrund Schiedsverfügung der Schiedsgerichtsbarkeit zugewiesen werden können (S. 98–113). M. E. führt die Abwägung des grundrechtlich geschützten Pflichtteils mit der prozessualen Testierfreiheit zum gegenteiligen Ergebnis. Unerörtert bleibt – aufgrund des Ergebnisses von *Harder* folgerichtig – die interessante Frage, ob dort, wo der Erblasser in Bezug auf den Pflichtteil letztwillige Verfügungen treffen kann, auch eine Schiedsverfügung Platz greift, derzeit also im Rahmen der §§ 2336, 2338 BGB, künftig möglicher Weise auch bei der nachträglichen Pflichtteilsanrechnung gemäß § 2050 Abs. 4 BGB-E (vgl. Regierungsentwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 22.1.2008). M. E. ist auch diese Frage zu verneinen.

Eine echte Lücke der Arbeit ist leider darin zu sehen, dass sie sich mit der Schiedsfähigkeit von Erbfällen, in denen das Erbrecht anderer Staaten zur Anwendung kommt, gar nicht beschäftigt. Auch ist noch anzumerken, dass Literatur und Rechtsprechung entgegen der Behauptung im Vorwort nicht auf dem Stand von Juni 2006 oder teilweise schlecht recherchiert sind. Mag es noch angehen, einen einschlägigen Praktikeraufsatz zu übersehen, so sollte doch wenigstens die im Literaturverzeichnis angegebene 4. Auflage des Münchener Kommentars zum Erbrecht in den Fundstellen nicht mit Randziffern und Sachbearbeitern der Voraufgabe zitiert werden.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass *Harder* eine Arbeit vorgelegt hat, die zu einem spannenden Thema wertvolle Grundlagenforschung und viele interessante Vorschläge enthält. Die gefundenen Lösungen vermögen jedoch nicht in allen Bereichen zu überzeugen. Wer ein Interesse am Thema hat, wird das Buch dennoch mit Gewinn lesen. Wer es lieber kürzer möchte, sollte sich derzeit an den Aufsatz von *Haas*, ZEV 2007, 49 halten.

Notar Dr. *Stefan Bandel*, Deggendorf

Süß: Erbrecht in Europa. 2. Aufl., Zerb, 2008. 1 662 S., 138 € + CD-ROM

Nicht unerwartet ist bereits nach gut drei Jahren die 2. Auflage des in kurzer Zeit zu einem Standardwerk der Praxis im Internationalen Erbrecht avancierten Werks erschienen. *Süß* fungiert nunmehr als alleiniger Herausgeber, der vormalige Mitherausgeber *Haas* führt erfreulicherweise seine Beiträge zum Allgemeinen Teil des Handbuchs fort. Das bewährte Grundkonzept wurde ebenso wie die bisherige Schwerpunktsetzung beibehalten: 48 Länderberichte wird ein Allgemeiner Teil (in der Voraufgabe noch „Einführung“ genannt) vorangestellt; insoweit kann hier auf die Besprechung der Erstauflage in dieser Zeitschrift verwiesen werden (MittBayNot 2005, 121). Die Neuauflage bietet Änderungen sowohl formaler als auch inhaltlicher Art, neu ist insbesondere die beiliegende CD-ROM.

Von den formalen Neuerungen sticht vor allem das geänderte Druckbild ins Auge. Insgesamt scheint man um eine dezentere Gestaltung bemüht, was z. B. bedeutet: weniger Fettdruck in den Überschriften, keine grauen Kästen mehr für Beispiele und „Praxishinweise“, hellere Randziffern. Ob es sich hierbei um eine Verbesserung handelt, ist eine Frage des persönlichen Geschmacks. Erfreulicherweise bietet die Neuauflage ein Abkürzungsverzeichnis. Die – stichprobenartige – Suche nach der Erklärung der in einer Fußnote erwähnten Abkürzung GPR (= Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht) bleibt allerdings erfolglos, so dass bei nächster Gelegenheit ein redaktioneller Feinschliff folgen könnte.

Die Gliederung des Allgemeinen Teils ist nun straffer und übersichtlicher, auch wenn die Themenkomplexe im Wesentlichen dieselben sind. Bereits dieser Allgemeine Teil ist für die notarielle Praxis eine enorme Hilfe. Das gilt nach wie vor besonders für die Abschnitte „Regelungsbereich des Erbstatus“ (§ 4, der in der Voraufgabe m. E. etwas plastischer „Rechtsanwendung in einzelnen Rechtsfragen“ hieß) und die „Hinweise für die Internationale Nachlassgestaltung“ (§ 6). Zu Details kann wiederum auf die Besprechung der Voraufgabe verwiesen werden. Die Tatsache, dass Herausgeber und Autoren am bewährten Konzept des Allgemeinen Teils festhalten, heißt indes nicht, dass dieser nicht weiter verbessert und verfeinert wurde. Dies gilt z. B. für die neue konzipierte Einleitung der „Grundzüge des deutschen internationalen Erbschaftsteuerrechts“ (§ 8) durch *Reich*. Der Dynamik der Entwicklung auf diesem Gebiet geschuldet, wurde vor allem das „Erbrecht in der Europäischen Union“ (§ 9) von *Süß* aktualisiert. Von der breiten Öffentlichkeit bislang wenig wahrgenommen befindet sich die EU nämlich bereits auf dem Weg zu einem einheitlichen Internationalen Erbrecht, vermutlich in Form einer Verordnung. Bei der Lektüre dieser stark rechtspolitisch geprägten Passagen ergreift den Leser eine Mischung aus Faszination und Resignation angesichts der Schwierigkeiten, in diesen Fragen wirklich auf einen gemeinsamen Nenner zu kommen. Ein deutlicher Beleg für diese Probleme ist das Scheitern der Haager Erbrechtskonvention von 1989, die trotz ihrer klugen Kollisionsregeln (für die auch *Süß* eine Lanze bricht, Rdnr. 32) bislang praktisch vollständig ignoriert wird. Den Leser indes beschleicht die Erkenntnis, dass in einer von zunehmender internationaler Mobilität und Verflechtung geprägten Erbrechtswelt die starre, vordergründig „einfache“ Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit möglicherweise nicht mehr adäquat, jedenfalls aber extrem gestaltungsunfreundlich ist. *Süß* hält sich – der Komplexität der aufgeworfenen Fragen bewusst – mit eigenen Stellungnahmen zurück. Gleichwohl lässt er sich in Rdnr. 10 zu der in diesem Kontext immer gerne vorgetragenen Aussage hinreißen, im Familien- und Erbrecht

sei die Bindung an das Heimatrecht wegen dessen besonderer „kultureller, gesellschaftlicher und rechtlicher Prägung ... am engsten“. Angesichts jedenfalls in Deutschland vorherrschender frapperender Unkenntnis breiter Teile der Bevölkerung über elementare erbrechtliche Grundstrukturen, z. B. über das Wesen der Gesamtrechtsnachfolge, erscheint diese Aussage gewagt und empirisch nicht belegt. Das gilt insbesondere auch für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung als solche, die sich mir auf Grundlage stichprobenartiger Befragungen in Beratungsgesprächen kaum als tief in der Bevölkerung verwurzelte Grundentscheidung darstellt. Gleichwohl sei jedem, der sich in der knappen Zeit des beruflichen Alltags über diese brisante Entwicklung im internationalen Erbrecht informieren will, dieser dichte Abschnitt, evtl. als Einstieg, ans Herz gelegt.

Das Handbuch bietet dem Leser nunmehr 48 statt 40 Länderberichte, die jeweils das internationale und materielle Erbrecht sowie Erbverfahrensrecht und Grundzüge des Erbschaftsteuerrechts behandeln. Vier Länder sind ganz neu dazugekommen (Bulgarien, Deutschland, Ukraine, Weißrussland) und drei Berichte die Folge einer politisch bedingten Ausdifferenzierung (Montenegro, Serbien: Provinz Kosovo und die Aufteilung der Berichte Zyperns). Letztgenannter Gruppe ist in gewisser Weise auch die Aufnahme eines eigenen Berichts zu Katalonien zuzuordnen. In Spanien bestehen neben dem Código Civil sieben weitere Zivilrechtsordnungen auf unterschiedlichem Entwicklungsstand, deren besondere Bedeutung im Familien- und eben auch im Erbrecht liegt; zudem hat Katalonien – wie andere Autonome Regionen auch – von einer vom spanischen Zentralstaat eingeräumten Regelungsbefugnis im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht Gebrauch gemacht. Detaillierte Ausführungen zum Zivil- und Steuerrecht der Autonomen Regionen sind in deutscher Sprache rar, weshalb die Aufnahme des Berichts besonders zu begrüßen ist. Dessen Lektüre führt dem Leser überdeutlich das diffizile Verhältnis zwischen den Autonomen Regionen und dem spanischen Zentralstaat vor Augen und öffnet ihm dieselben für fundamentale Unterschiede zwischen dem Erbrecht Kataloniens und dem des Código Civil. Als Beispiel sei nur das Pflichtteilsrecht genannt, das in Katalonien – anders als im gemeinspanischen Recht – als schuldrechtlicher Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme ausgestaltet ist. Im Übrigen bietet der Länderbericht Spanien des Handbuchs – wie bisher auch – knappe Übersichten zum Erbrecht in den spanischen Foralrechtsgebieten.

Zusätzlich zur Aufnahme neuer Berichte wurden für die Neuauflage die vorhandenen Berichte aktualisiert und zum Teil auch erweitert. Der Umfang der erfolgten Änderungen macht deutlich, dass im Internationalen Erbrecht durchaus Bewegung und eine fortgesetzte Flut von Gesetzesänderungen kein deutsches, sondern ein europäisches Phänomen ist. Einige Hinweise zu den erforderlichen Änderungen müssen an dieser Stelle genügen: In Belgien wurden zum 1.10.2004 neue erbrechtliche Kollisionsregeln eingeführt. Dänemark hat seit 1.1.2008 ein neues Erbgesetz. In Frankreich ist zum 1.1.2007 der zweite Teil der großen Erbrechtsreform in Kraft getreten; zudem wurde zwischen Frankreich und Deutschland am 12.10.2006 ein Erbschaftsteuer-Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen. Italien hat die im Jahr 2001 abgeschaffte Erbschaft- und Schenkungsteuer zum 3.10.2006 (bzw. für Schenkungen zum 1.1.2007) mit neuen Steuersätzen und Freibeträgen wieder eingeführt. Schweden wiederum hat die Erbschaft- und Schenkungsteuer zum Jahresende 2004 abgeschafft. Weitere Änderungen vor allem im Erbschaftsteuerrecht waren bei Abschluss der Neuauflage zwar in der Diskussion oder auch absehbar, in den Einzelheiten aber ungewiss, so z. B. die Erbrechts- und Erbschaftsteuerreform in

Deutschland (noch im Gesetzgebungsverfahren), eine Erbschaftsteuerreform in Finnland (partiell seit 1.1.2008 in Kraft, z. T. noch in der politischen Diskussion) und in Österreich (wo die Erbschaft- und Schenkungsteuer wohl zum 1.8.2008 ausläuft und infolgedessen auch das Erbschaftsteuer-Doppelbesteuerungsabkommen von Deutschland gekündigt wurde).

Neu ist schließlich die beiliegende CD-ROM, auf die in übersichtlicher Darstellung ergänzende Dokumente ausgelagert wurden. Anders als die Hinweise im Buch vielleicht suggerieren mögen, enthält die CD-ROM in den allermeisten Fällen Gesetzestexte des entsprechenden Landes, in den allerwenigsten indes Muster oder Formulare, Letzteres genau genommen nur für Deutschland, wo der notarielle Anwender des Handbuchs im Regelfall bereits über Musterformulierungen verfügen dürfte. Hilfreich ist die Aufnahme von Texten zu den Haager Konventionen, zur Washingtoner Konvention über ein einheitliches Recht der Form eines Internationalen Testa-

ments von 1973, zur Basler Konvention über die Organisation eines Testamentsregisters von 1972 und von Texten zur Entwicklung des Internationalen Erbrechts in der EU (z. B. Grünbuch Erbrecht, Gargani-Report usw.) aber auch des Familienrechts in der EU.

Einer grundsätzlichen Empfehlung bedarf der „Süß“ nicht mehr, da er sich neben dem *Ferid/Firsching* bereits als (schlanke und preiswerteres) Standardwerk des Internationalen Erbrechts für Europa etabliert hat. Wer bislang vor allem den Allgemeinen Teil genutzt hat, muss die Neuauflage nicht unbedingt anschaffen. Wem indes an aktuellen Länderberichten gelegen ist, für den führt an der Neuauflage kein Weg vorbei. Jedem, der das Handbuch in der notariellen Praxis bislang nicht nutzt, sei es – wie bereits in der Besprechung zur Vorauflage – nochmals empfohlen.

Notar a. D. Dr. *Benedikt Selbherr*, Helsinki

Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch. 33. Aufl., Beck, 2008. 2 205 S., 78 €

Der *Baumbach/Hopt*, der seit der 31. Auflage neben *Klaus J. Hopt* von *Hanno Merkt* bearbeitet wird, ist sicherlich auch in der notariellen Praxis *der* unverzichtbare Kurzkomentar für den Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts. Sind indes Werk und Autoren ohnehin über Zweifel erhaben, geht es im Kern nur darum, ob die Neuanschaffung der 33. Auflage lohnt, wenn man bereits die erst vor zwei Jahren erschienene Voraufgabe besitzt. Da auch die Neuauflage die für den *Baumbach/Hopt* gewohnte Prägnanz bei gleichzeitiger wissenschaftlicher Tiefe und erfreulichem Praxisbezug nicht vermissen lässt, reduziert sich die Frage letztlich darauf, ob Gesetzgeber und Rechtsprechung in den für die notarielle Praxis relevanten Bereichen, also vor allem im Handelsregister-, Firmen- und Gesellschaftsrecht, hinreichend aktiv waren. Die Frage ist – wie zwischenzeitlich allorts im Recht – mit „Ja“ zu beantworten. Bereits das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) hat das Handelsregisterverfahren so grundlegend reformiert, dass eine verlässliche Kommentierung zu den §§ 8 ff. HGB unentbehrlich ist. Daneben tritt die geänderte Rechtsprechung des BGH zur Existenzvernichtungshaftung, die seit dem Grundsatzurteil vom 16.7.2007 (DB 2007, 1802 = NotBZ 2007, 357 – Trihotel) den Abschied vom „qualifizierten faktischen Konzern“ eingeläutet hat.

Die durch das EHUG veranlasste Neukommentierung findet sich zunächst in § 8 Rdnr. 2 a, wo auf die europarechtlichen Vorgaben hingewiesen wird, die einen elektronischen und damit leichten und kostengünstigen Zugriff auf Handelsregisterdaten einfordern. Grundlage des elektronischen Abrufs ist die elektronische Einreichung von Registeranmeldungen, die § 12 HGB seit dem 1.1.2007 zwingend vorsieht. Für die notarielle Praxis war dies mit erheblichen, letztlich aber erfolgreichen Anstrengungen verbunden. Daher verwundert es ein wenig, wenn *Hopt* die Kommentierung zu Absatz 1 insgesamt recht knapp hält. Statt des Hinweises, dass am „umstrittene[n]“ Erfordernis der Mitwirkung der Notare durch das EHUG festgehalten wurde, hätte man sich etwa mehr Aufschluss zu Formfragen bei der Vorlage von Vollmachten gewünscht. Hierzu erfährt man nur, dass diese nunmehr elektronisch erfolgen müsse, ohne aber Antworten auf Fragen des Fort-

bestands der Vollmachten (§§ 170 ff. BGB) zu erhalten. Auch § 12 Abs. 2 HGB (Einreichung von Dokumenten) wird vergleichsweise knapp, wenn auch zutreffend kommentiert. Zu Recht erfolgt indes der Hinweis, dass auch Dokumente, die – etwa wie Gesellschafterlisten gemäß § 40 GmbHG lediglich der Schriftform bedürfen – zur „weitergehende[n] Sicherung der Authentizität“ in der Form § 39 a BeurkG eingereicht werden können. Gemeint ist: und wohl auch sollten. Das neu eingeführte Unternehmensregister findet in den Kommentierungen zu §§ 8 b, 9 a HGB angemessene Berücksichtigung. Gelungen ist auch die Bearbeitung der durch das EHUG veranlassten Änderungen im Recht der Zweigniederlassungen, insbesondere bei den Ausführungen zu §§ 13 Abs. 2 und 15 Abs. 4 HGB.

Der *Baumbach/Hopt* ist auch in der 33. Auflage erste Anlaufstelle für Fragen zum Gesellschaftsrecht. Den Schwerpunkt bildet freilich weiterhin das im HGB geregelte Person(handels-)gesellschaftsrecht, das jedoch seit der letzten Auflage – sieht man etwa von der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln (hierzu instruktiv § 140 Rdnr. 31) ab – keine grundlegenden Veränderungen oder Fortschreibungen erfahren hat. Darüber hinaus erhält der Kommentator auch weiterhin willkommene Schnittstellen zum Kapitalgesellschaftsrecht. Brücke in die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsgrundsätze bei der GmbH sind dabei bekanntlich die Ausführungen zu § 172 a HGB, die – neben einem Vorgriff auf durch das MoMiG zu erwartende Änderungen im Bereich der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen – vor allem die nunmehr im Bereich des Deliktsrechts (§ 826 BGB) angesiedelte Durchgriffshaftung (Rdnr. 41 ff.) kompakt enthalten.

Auch wenn das dritte Buch des HGB (§§ 238 ff.) in der notariellen Praxis nur eine untergeordnete Rolle spielt, ist es beruhigend, auf Fragen zum Bilanzrecht rasch und fundiert Antwort zu erhalten. Vor allem die internationale Rechnungslegung wird verständlich (Einl. v. § 238 Rdnr. 93 ff.) dargestellt. *Merkt* bewegt sich in dieser mit englischen Fachbegriffen gespickten und für Juristen mitunter ohnehin fremden Fachwelt auf sicherem Terrain.

Alles in allem ist es zu begrüßen, den *Baumbach/Hopt* auf dem neuesten Stand zu finden, am besten natürlich in der eigenen Bibliothek.

Notar a. D. Dr. *Markus Sikora*, München

Lutter/Hommelhoff: SE-Kommentar. O. Schmidt, 2008. 1 258 S., 229 €

In Deutschland haben sich von den Großunternehmen bereits die Allianz AG, die Fresenius AG, die BASF AG und Porsche für die Rechtsform der SE entschieden. Es ist daher zu erwarten, dass Europäische Aktiengesellschaften auch in der notariellen Praxis zunehmend eine Rolle spielen könnten, da bei der Gründung solcher Gesellschaften – jedenfalls aus deutscher Sicht – die notarielle Beurkundung erforderlich ist. Das Nebeneinander einer Vielzahl von Rechtsquellen nationalen und europäischen Rechts führt allerdings zu einer nicht unerheblichen Komplexität der Rechtsanwendung bei der Gründung und Betreuung von Europäischen Aktiengesellschaften. Entsprechend hoch sind die Anforderungen an gute Literatur, insbesondere Kommentierungen, zur Materie.

In der ersten Auflage ist nun ein weiterer Kommentar zur SE unter der Herausgeberschaft von *Lutter/Hommelhoff* erschienen, der von namhaften Autoren aus Wissenschaft und Praxis bearbeitet wurde. Die Gesamtkonzeption des Kommentars orientiert sich dabei an der Normenhierarchie der SE. Die SE hat nicht wie die deutsche Aktiengesellschaft eine Rechtsgrundlage, sondern drei: Die SE-VO, das nationale (deutsche) Begleitgesetz (SEAG) und das nationale (in diesem Fall das deutsche) Aktiengesetz. Daneben sind die Regelungen des nationalen Begleitgesetzes über die arbeitsrechtliche Mitbestimmung zu beachten.

Für jede Kommentierung zur SE stellt sich damit die Frage, ob das deutsche Aktiengesetz an Ort und Stelle bei der entsprechenden Norm der SE-VO bzw. der ergänzenden Vorschrift des SEAG gleich mitkommentiert werden soll. Die Herausgeber haben sich aus Gründen der Übersichtlichkeit und besseren Lesbarkeit der Kommentierungen hier zu einer Teilung entschlossen: Die SE-VO wird zusammen mit dem deutschen Begleitgesetz SEAG (Teil A) und dem die Mitbestimmung behandelnden SEBG (Teil B) im vorliegenden Kommentar behandelt, hinsichtlich der in der Rangfolge zuletzt anwendbaren Vorschriften des AktG wird – zumeist am Ende der jeweiligen Kommentierung – auf einen parallel entstandenen neuen Aktienrechts-Kommentar verwiesen (Schmidt/Lutter: Aktiengesetz. O. Schmidt, 2007. 3 288 S., 249 €). Für die Kommentierung des AktG konnten überwiegend die Autoren gewonnen werden, die auch die entsprechenden Problembereiche im hier vorzustellenden Kommentar behandeln. Dies soll die sachliche und inhaltliche Verknüpfung der beiden Werke sicherstellen.

Einerseits ist erfreulich, dass sich die Herausgeber um eine Entzerrung der Regelungsebenen bemühen. Allerdings ist zu beachten, dass eben erst beide Kommentare zusammen 100 % des auf eine SE mit Sitz in Deutschland anwendbaren Gesellschafts- und Mitbestimmungsrechts ergeben. Die Anschaffung des neuen AktG-Kommentars ist also empfehlenswert, da ansonsten die Verweise des SE-Kommentars auf das nationale Aktienrecht nicht in dem vorgesehenen Maße von Nutzen sind.

In Teil A des vorliegenden Kommentars wird die SE-VO als zentrale Rechtsquelle der SE ausführlich und übersichtlich kommentiert. Sehr hilfreich ist hierbei die Einführung von *Lutter*. Er gibt einen guten Überblick über die Rechtsgrundlagen der SE und ihre komplexe Regelungshierarchie. Interessant sind auch die Ausführungen zur Entstehung der SE-VO und ihre Umsetzung in Deutschland und in den einzelnen Mitgliedstaaten. Dargestellt werden zudem im Überblick die Besonderheiten der SE im Vergleich zur deutschen AG, die Grundzüge der Mitbestimmung in der SE, die Behandlung der

SE in ausgewählten Spezialgebieten (Insolvenzrecht, Umwandlungsrecht, Rechnungslegung, Konzernrecht) sowie das Verhältnis der SE-VO zur Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung.

Bei der Kommentierung der einzelnen Vorschriften der SE-VO ist das deutsche Ausführungsgesetz (SEAG) an Ort und Stelle mitkommentiert. Die einschlägigen Normen des SEAG sind vor der entsprechenden Kommentierung im Wortlaut wiedergegeben. Diese integrierte Darstellungsweise hat sich bereits in anderen Kommentierungen bewährt und ist aus meiner Sicht die einzig sinnvolle Darstellungsform. Auf diese Weise wird das Zusammenspiel der Normenhierarchien deutlich, der ständige Blick auf die nationale Umsetzung/ Ergänzung der jeweiligen Norm der SE-VO ist sichergestellt.

In Teil B ist das SEBG ausführlich kommentiert, welches die nationale Rechtsgrundlage für die arbeitsrechtliche Mitbestimmung in der SE bildet. Der Stellenwert dieser Kommentierung darf nicht unterschätzt werden, da das Arbeitsrecht bei der Entscheidung für die SE meist eine wichtige Rolle spielt. Auch diesem Abschnitt steht wieder ein hilfreicher Überblick über Entwicklung und Umsetzung der Mitbestimmung in den einzelnen Mitgliedstaaten voran. *Oetker* kommentiert die vom Verfahren her sehr komplexe Regelung der Mitbestimmung in der SE in einer auch für den Laien verständlichen und nachvollziehbaren Weise.

Das Steuerrecht der SE ist schließlich in einem eigenen Teil C dargestellt. Ein zentrales Problem sowohl bei der Gründung wie auch bei der Sitzverlegung einer SE ist die Vermeidung der Aufdeckung stiller Reserven. Die SE-VO enthält keine steuerlichen Vorschriften für die SE. Vielmehr wird die SE nach nationalem Recht wie eine deutsche AG behandelt. Die steuerlichen Rahmenbedingungen der SE werden mittelbar durch die am 17.2.2005 geänderte steuerliche Fusionsrichtlinie bestimmt. Durch das „Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften“ („SEStEG“ vom 13.12.2006) wurden die Regelungen der (geänderten) Fusionsrichtlinie in nationales Recht, insbesondere durch Änderungen im Körperschaftsteuergesetz und im Umwandlungsteuergesetz, umgesetzt.

Folgerichtig liegt der Schwerpunkt der Kommentierung von *Schön/Schindler* zur steuerlichen Behandlung der SE auf der Darstellung des nationalen Steuerrechts, insbesondere der einschlägigen Normen des Körperschaftsteuergesetzes und des Umwandlungsteuergesetzes. Zunächst werden die steuerlichen Konsequenzen einer Sitzverlegung einer SE auf Ebene der Gesellschaft und der Anteilseigner analysiert. Es folgt die ausführliche Untersuchung der Steuerfolgen der unterschiedlichen Gründungsvarianten einer SE (Verschmelzung, Gründung einer Holding-SE, Gründung einer gemeinsamen Tochter-SE, Gründung einer SE durch Formwechsel) bei allen Beteiligten der Gründung. Aufgrund der komplexen Materie ist hier die ausführliche Inhaltsübersicht besonders hilfreich.

Bei einer abschließenden Beurteilung des Kommentars ist vorzuschicken, dass die Mehrzahl der Notare derzeit wenig bis gar nicht mit der SE in Berührung gekommen sind. Ob sich dies in der Zukunft ändern wird, hängt mit der Akzeptanz der SE zusammen und auch mit der Frage, ob die SE als Rechtsform für den Mittelstand in Betracht kommt. Der SE-Kommentar richtet sich demnach momentan eher an größere Anwaltskanzleien und einige speziell gesellschaftsrechtlich ausgerichtete Notare. Diesem Verwenderkreis kann er uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden, da der Aufbau des Werkes sowohl einen sehr guten Einstieg in

die Materie ermöglicht als auch kompetent auf spezielle Fragen bei der Betreuung einer SE Antworten gibt. Wie bereits erwähnt, ist der Erwerb des SE-Kommentars zusammen mit dem neuen AktG-Kommentar von *Schmidt/Lutter* anzuraten. Aufgrund des relativ stolzen Preises dieser beiden Werke zusammen wird sich die Anschaffung aber wohl nur

für Notare lohnen, die vertieft mit der Betreuung von Europäischen Aktiengesellschaften betraut sind. Festzuhalten ist noch, dass das Werk als reinrassiger Kommentar keine Muster oder Formulierungsvorschläge beinhaltet.

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

Stoye-Benk: Handbuch Umwandlungsrecht für die rechtsberatende und notarielle Praxis. 2. Aufl., C. F. Müller, 2008. 359 S., 69 €

Das Handbuch des Umwandlungsrechts von *Christiane Stoye-Benk*, einer württembergischen Notarassessorin, ist nach der 2004 erschienenen Erstauflage nunmehr in neuer, zweiter Auflage erschienen. Die jüngsten Gesetzesänderungen im Umwandlungs- bzw. Umwandlungssteuerrecht, insbesondere das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsrechts sowie das sog. SEStEG, sind hierbei berücksichtigt. Erklärtes Konzept des Werkes ist es, neben einer Einführung in die Materie des Umwandlungsrechts auch eine Antwort auf viele sich in der Gestaltungspraxis stellende Fragen zu geben. Diesem Anspruch wird die Autorin mit der rund 350 Seiten umfassenden, kompakten Darstellung vollauf gerecht.

Das Buch gliedert sich in sieben Abschnitte. Nach einer kurzen Einleitung folgt ein „Allgemeiner Teil des Umwandlungsrechts“, in dem unter anderem das Zusammenspiel des Umwandlungsgesetzes mit anderen Gesetzen dargestellt wird. Hier finden sich eine Vielzahl von Themenbereichen, so z.B. eine prägnante Darstellung zur praxisrelevanten Frage, welche Besonderheiten bzw. Formvorschriften zu beachten sind, wenn bei Umwandlungsvorgängen Bevollmächtigte auftreten sollen. Interessant sind auch die Ausführungen zur Zulässigkeit von Bedingungen, Befristungen und Rücktrittsrechten bei Umwandlungsvorgängen, insbesondere bei Kettenumwandlungen und der insoweit zu beachtenden Besonderheiten. Praktisch hilfreich ist auch die kurze Darstellung zu den handelsrechtlichen Anforderungen an die gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG zum Handelsregister einzureichende Schlussbilanz. Darüber hinaus geht die Autorin auch auf notarspezifische Themen wie Register-, Beurkundungs- und Kostenrecht in der gebotenen Kürze ein. Informativ ist schließlich auch der kurze Überblick zum Umwandlungssteuerrecht und zum Grunderwerbsteuergesetz.

Im Anschluss an den Allgemeinen Teil wird den einzelnen Umwandlungsarten Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel und Vermögensübertragung jeweils ein eigener Abschnitt gewidmet. Hierbei stellt die Autorin zunächst einen kurzen Überblick über die jeweilige Umwandlungsart voran und geht sodann auf die Einzelheiten zum Inhalt der erforderlichen Verträge, Beschlüsse, der ggf. zu erstellenden Berichte bzw. der vorzunehmenden Prüfungen sowie der Registeranmeldungen ein. Die neueste Gesetzgebung und Rechtsprechung sind hierbei in vollem Umfang berücksichtigt. Allerdings werden die im Jahr 2007 neu eingeführten Vorschriften zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften nur in einem stichpunktartigen Kurzüberblick abgehandelt. Der praktischen Bedeutung entsprechend beschränken sich die Ausführungen zur Vermögensübertragung auf nur wenige Seiten. Den Abschluss schließlich bildet das Kapitel „Gestaltungsüberlegungen“, in dem unter anderem cursorisch die

möglichen Alternativen zu den Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz (Anwachungsmodelle, Einbringungsverfahren) erörtert werden.

Zu Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel werden jeweils auch Vertragsmuster angeboten, wobei – dem Umfang und Ziel des Buches entsprechend – auf eine umfangreiche Mustersammlung verzichtet wird und anstelle dessen einige Konstellationen exemplarisch herausgegriffen werden. Die gut verwendbaren Formulierungsbeispiele beinhalten hierbei über die Verträge, Beschlüsse und Handelsregisteranmeldungen hinaus auch Beispiele für sonstige erforderliche Dokumente wie z.B. Gründungs(prüfungs-)berichte und Aufsichtsratsprotokolle. Positiv ist, dass jedes Muster mit einer kurzen Einführung versehen ist und die Mustertexte selbst durch zahlreiche Fußnoten erläutert werden, in denen auch umfangreich auf Literatur und Rechtsprechung verwiesen wird. Kritisch anzumerken sind lediglich einige Kleinigkeiten. So finden sich in einigen Mustern – wohl noch aus der Vorauflage aus Zeiten vor Geltung des EHUG – noch Hinweise auf die Beglaubigung von (Namens-)Zeichnungen. Ferner erschiene es m. E. im Interesse einer „schlanken Urkunde“ vorzugswürdig, bei der Beurkundung von Verschmelzungsvertrag und Verschmelzungsbeschlüssen in einer Urkunde (Tochter-Mutter-Verschmelzung) keine eigene Regelung in den Verschmelzungsvertrag aufzunehmen, wonach dieser nur im Falle der Fassung der Verschmelzungsbeschlüsse wirksam wird.

Bei den Mustern zur Verschmelzung liegt der Schwerpunkt ganz auf Vorgängen unter Beteiligung der GmbH. Neben einem Muster zur Verschmelzung zweier GmbHs ohne wechselseitige Beteiligung mit Kapitalerhöhung werden Muster zur Verschmelzung einer Tochter-GmbH auf die Mutter-GmbH, zum umgekehrten Fall des „down-stream mergers“ sowie ein Muster zur Verschmelzung einer GmbH auf ihren Alleingesellschafter vorgestellt. Ein weiteres Muster findet sich auch zu einer Verschmelzung einer GmbH & Co. KG auf eine GmbH. Hier wird von der Autorin weiterhin an der (treuhänderischen) Gewährung eines Geschäftsanteils auch an die am Vermögen der KG nicht beteiligte Komplementär-GmbH festgehalten und ausdrücklich die – leider jedoch ohne nähere Begründung – Möglichkeit verneint, dass sämtliche Anteilsinhaber gemäß § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG einen partiellen Verzicht hinsichtlich der Anteilsgewährung an die Komplementär-GmbH erklären.

Die Spaltung wird anhand zweier Muster zu Spaltungen zur Aufnahme dargestellt. Das erste Muster betrifft die Abspaltung eines Teilbetriebs unter Schwester-GmbHs mit Kapitalherabsetzung, das zweite den eher seltenen Fall der Ausgliederung zweier Eigenbetriebe auf eine bereits bestehende GmbH. Wünschenswert wäre insofern gewesen, (auch) ein Muster für eine Spaltung zur Neugründung zu konzipieren, um die Abweichung in diesem Fall (z. B. Spaltungsplan anstelle des Spaltungsvertrages, Mitbeurkundung der Satzung

samt den Festsetzungen über die Erbringung der Stammeinlagen durch die Spaltung, Sachgründungsbericht usw.) aufzuzeigen.

Als Beispiel für einen Formwechsel wird einerseits die Umwandlung einer GmbH in eine AG behandelt. Andererseits wird ein Muster für den Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH vorgestellt, bei dem auf das Treuhandmodell verzichtet wird und die Komplementär-GmbH im Zuge des Formwechsels ausscheidet. Dies entspricht der im Vordringen begriffenen Meinung, die sich auf das zum Formwechsel einer AG in eine GmbH & Co. KG ergangene Urteil des BGH aus dem Jahr 2005 stützt (BGH, DNotZ 2005, 864) und die auch zunehmend in der Praxis der Registergerichte Anerkennung findet. Allerdings stößt man insoweit vereinzelt noch auf „Rückstände“ aus der Voraufgabe, in der noch der Treuhandlösung gefolgt wurde (so insbesondere in der Handelsregisteranmeldung, zu der zwei Gesellschafterlisten zum Gesellschafterkreis vor und nach Abtretung des treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteils vorgesehen sind und auch im Inhaltsverzeichnis des Buches, in dem noch auf den Treuhandvertrag verwiesen wird).

Als Praxishilfe beinhaltet das Buch neben den Mustertexten eine Fülle von (tabellarischen) Übersichten, in denen nicht nur die möglichen Umwandlungskombinationen nach der

Rechtsform der beteiligten Rechtsträger aufgelistet werden, sondern z. B. auch die erforderlichen Anlagen zu den Handelsregisteranmeldungen dargestellt sind.

Das Werk von *Stoye-Benk* bietet nicht nur eine systematische Einführung in das Umwandlungsrecht, sondern gibt Antworten zu vielen sich in der notariellen Praxis stellenden Fragen und leistet insoweit eine gute Hilfestellung beim praktischen Umgang mit Umwandlungsfällen. Bei strittigen Punkten legt die Autorin dabei – den Blick auf einen möglichst reibungslosen Registervollzug gerichtet – besonderen Wert darauf, dem Leser nach kurzer Darstellung der vertretenen Meinungen praktische Gestaltungsempfehlungen an die Hand zu geben. Das Werk ist durchweg klar und verständlich formuliert und bietet umfangreiche Hinweise auf weiterführende Literatur zur vertieften Recherche, wenngleich es in diesem Zusammenhang für ein Handbuch zum Umwandlungsrecht zumindest etwas ungewöhnlich erscheint, dass verschiedentlich auch die Fortbildungsskripte des DAI als Fundstellen zitiert werden.

Insgesamt kann das Werk demjenigen, der eine einführende und gleichsam an der Praxis orientierte und kompakte Darstellung des Umwandlungsrechts sucht, zum Kauf empfohlen werden.

Notarassessor *Bernhard Weiß*, München

Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann: Kostenordnung. 17. Aufl., Vahlen, 2008. 1 309 S., 120 €

Nachdem die Voraufgabe gerade einmal drei Jahre alt ist, drängt sich unwillkürlich die Frage auf, ob denn wirklich eine Neuauflage unbedingt erforderlich war. Diese Frage ist mit einem klaren „Ja“ zu beantworten. Zum einen kommt die erhoffte Kostenreform in dieser Legislaturperiode nicht mehr, so dass wir noch länger mit der bisherigen Kostenordnung leben müssen. Zum anderen hat sich in den drei Jahren auf dem Gebiet der Kostenordnung so viel getan, dass eine Neuauflage in jedem Falle unumgänglich war. So mussten viele neue Gesetze berücksichtigt werden, wie z.B. das neue Rechtsberatungsgesetz, das Unterhaltsreformgesetz, das Justizkommunikationsgesetz, das EHUG und das 2. Justizmodernisierungsgesetz. Hingewiesen wird in der Neuauflage auch bereits auf die anstehende FGG-Reform.

Deutliche Veränderungen haben die vielen Grundsatzentscheidungen des BGH gebracht. Seit es die Möglichkeit der Divergenzvorlage zum BGH auch in Kostenfragen gibt, sind viele kostenrechtliche Fragen dem höchsten Zivilgericht zur Entscheidung vorgelegt worden. Erwähnt sei nur beispielhaft die Frage, wie die Fälligkeitsmitteilung und Einreichungssperre kostenmäßig abgerechnet werden müssen oder wie eine Verweisungsurkunde abzurechnen ist. Klarheit haben auch die Entscheidungen zu § 44 KostO gebracht. Geklärt wurde schließlich auch die Frage, ob die auftragsgemäße Einholung von Löschungsunterlagen im Zusammenhang mit

einem Grundstückskaufvertrag nach § 147 Abs. 2 oder nach § 146 Abs. 1 KostO abzurechnen ist.

In der Neuauflage werden nicht nur die Entscheidungen umfassend dargestellt. Zu allen Entscheidungen werden auch weiterführende Erläuterungen zu den einzelnen Beschlüssen gebracht. So wird in § 146 Rdnr. 4 a–e der vom BGH verwendete Begriff „Vollzugstätigkeit“ auf seine Konsequenzen hin kritisch kommentiert. *Wolfsteiner* hat vor kurzem in einer Anmerkung (MittBayNot 2008, 155) dem Notarkostenrecht den Begriff „Recht“ abgesprochen. Kostenrecht sei von Haus aus chaotisch. Dem ist entgegenzuhalten, dass er vermutlich nicht die neue Auflage des *Korintenberg* vorliegen hatte. Er hätte dann feststellen können, dass viele Rechtsfragen auf dem Gebiet des Kostenrechts durchaus logisch in diesem Kommentar dargestellt sind. Zwar werden nicht überall angesichts der Komplexität der Materie einfache und kurz gefasste Antworten gegeben. Es gibt aber kaum eine Frage, die nicht zumindest angesprochen und einer für die effektive Arbeit in der Praxis brauchbaren Lösung zugeführt wird.

Die Neuauflage ist deshalb zum Erwerb durch Richter, Rechtsanwälte, Notare, Rechtspfleger, Bezirksrevisoren, Kostenbeamte, Bürovorsteher und Fachangestellte sehr zu empfehlen. Keine der angesprochenen Personen kommt bei der Bearbeitung von Kostenfragen an diesem Werk vorbei. Es ist nun einmal das Standardwerk des Kostenrechts. Mit dieser Neuauflage ist es wieder auf den neuesten Stand gebracht.

Notar Dr. *Holger Schmidt*, Viersen

Notarkasse: Streifzug durch die Kostenordnung. 7. Aufl. 2008. 649 S., 23,43 €.

Eines der beliebtesten Arbeitsmittel vieler Notare und ihrer Mitarbeiter ist der von der Notarkasse seit vielen Jahren als Hilfestellung zum komplizierten Kostenrecht herausgegebene „Streifzug durch die Kostenordnung“. Alphabetisch nach Stichworten sortiert von A wie Abtretung bis Z wie Zustimmung werden hier mit vielen praktischen Beispielen alle Fragen, die sich in der täglichen Notarpraxis stellen, zuverlässig beantwortet. Die soeben erschienene 7. Auflage ist auf dem Stand vom 1.1.2008, zum Teil sind sogar erst im Januar 2008 erschienene Zeitschriftenbeiträge berücksichtigt.

Das Kostenrecht, dessen grundlegende Überarbeitung durch eine seit langem vorbereitete umfängliche KostO-Novelle erst ab Ende dieses Jahrzehnts zu erwarten ist, hat sich in den drei Jahren der Voraufgabe von 2005 durch einige neu hinzugekommene Zweifelsfragen wie die Bewertung von Mehrkosten im elektronischen Rechtsverkehr und vor allem durch die zum Teil eingetretene Rechtsvereinheitlichung unterschiedlicher OLG-Auffassungen durch den BGH stark verändert. Die Bearbeiter *Tiedke*, *Heitzer* und *Strauß*, sämtlich erfahrene Praktiker der Prüfungsabteilung der Notarkasse, haben diese Änderungen umfassend in ihre Darstellung aufgenommen. Sie geben damit dem Praktiker wieder eine zu allen Fragen verlässliche erste Orientierung, die häufig auch weitere Nachforschungen in der Kommentarliteratur und Rechtsprechung erübrigt.

Vor diesem Hintergrund – und um den von Auflage zu Auflage angestiegenen Umfang in überschaubaren Grenzen zu halten – ist auch verständlich, dass nicht zu jeder Frage auch auf andere Ansichten in Rechtsprechung oder Kommentarliteratur hingewiesen wird. Ein weiterer „Entschuldigungsgrund“ hierfür kann m. E. auch in der Tatsache gesehen werden, dass der Herausgeber und die Bearbeiter in ihrer Funktion als Prüfungsabteilung jedenfalls für ihren Tätigkeitsbereich eine einheitliche Kostenpraxis anstreben, bei der eine zu großzügige Toleranz unterschiedlicher Meinungen (und der sich zum Teil daraus ergebenden kleinen Unterschiede in der Gebührenhöhe) letztlich unter dem Gesichtspunkt der Gebührengerechtigkeit und gleichen Wettbewerbsbedingungen der Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse schädlich sein könnte.

Zum Teil erfährt man von abweichenden Meinungen bei dem am häufigsten in den Fußnoten zitierten Großkommentar *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reitmann* (z. B. bei der in Rdnr. 1390 behandelten Umsatzsteuerregelung im Kaufvertrag, Fn. 916–918). In anderen Fällen ist aber die Kommentierung im „Streifzug“ praxisnäher und mutiger als die in der kürzlich ebenfalls erschienenen Neuauflage (17. Aufl. 2008) des *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reitmann*: Bei Rdnr. 1306 hat der Verfasser zu seiner Freude entnommen, dass sich die Standpunkte zur Anwendung des Höchstwertes des § 18 Abs. 1 Satz 2 KostO auf gegenstandsverschiedene Erklärungen in einer Urkunde (§ 44 Abs. 2 KostO) inzwischen denen von *Lappe*, NJW 2008, 485, 489 und anderen Autoren, die den Höchstwert pro Geschäft annehmen und nicht auf die Wertesumme abstellen (vgl. auch *Filzek*, JurBüro 2004, 579 und *ders.* in KostO, 3. Aufl. 2007, § 18 Rdnr. 4) gegenüber der Voraufgabe weiter angenähert haben: Die in Rdnr. 1306 vorgeschlagene Berechnung stimmt im Ergebnis mit dem hier für richtig gehaltenen Berechnungsweg überein. Die ähnliche Kommentierung von *Bengel/Tiedke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reitmann*, 17. Aufl. 2008, § 44 Rdnr. 281 f a. E. geht zwar in einem ähnlichen Beispiel auf diese Sichtweise ein,

macht aber hierzu die – im Streifzug nicht enthaltene – Einschränkung, ein Fall der unzulässigen Gebührenvereinbarung i. S. v. § 140 KostO könne schon bei Personenidentität zumindest auf einer Vertragsseite nicht bestehen (was die Berechnung in Rdnr. 281 f, letzter Beispielsfall, eigentlich ausschließen würde, wohingegen die Ausführungen im Streifzug, Rdnr. 1306 logisch und folgerichtig erscheinen; vgl. auch dieselbe Berechnungsweise in *Tiedke*, Notarkosten im Grundstücksrecht, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 99 ff.).

Zwei kleine Ungereimtheiten sind im Streifzug m. E. in Rdnr. 406 beim letzten Satz und in Rdnr. 1130 zu finden: Bei Rdnr. 406 heißt es, nachdem zuvor zutreffend die neue überwiegende Meinung zur Anwendbarkeit des § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO auch auf den Entwurf von Beschlüssen i. S. v. § 47 KostO dargestellt ist (vgl. auch LG Dresden, NotBZ 2007, 300 mit zust. Anm. *Otto*), dass § 147 Abs. 2 KostO weiter für den Entwurf allgemeiner Vertragsmuster, Formulare usw. anwendbar bleibt: „Keine Gebühr nach § 145, sondern eine solche nach § 147 Abs. 2, fällt beispielsweise auch an bei Entwürfen im Rahmen der Anwaltstätigkeit eines Anwaltsnotars.“ Liegt beim Anwaltsnotar tatsächlich Anwaltstätigkeit vor, dann sind doch die entsprechenden Regelungen des RVG anzuwenden und nicht der nur bei Notartätigkeit einschlägige § 145 Abs. 1 bzw. § 147 Abs. 2 KostO.

Bei Rdnr. 1130 wird zu Recht von der aufgrund gesetzlicher Mitteilungspflicht gebührenfreien Anzeige der Abtretung eines Geschäftsanteils an das Registergericht nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ausgegangen (Gebührenfreiheit nach § 35 KostO). Beim anschließenden Hinweis auf die deshalb auch nicht mögliche Berechnung von Auslagen für die elektronische Übermittlung an das Registergericht, wonach auch die Berechnung der Dokumentenpauschale nach § 136 Abs. 3 KostO ausgeschlossen sein soll, wird m. E. übersehen, dass es sich hierbei um keine Gebühr, sondern um eine Auslagenvorschrift handelt, so dass sie wie sonstige Dokumentenpauschalen nach § 136 Abs. 1 und 2 KostO bzw. sonstige Auslagen auch bei gebührenfreien Nebengeschäften berechnet werden können.

Bei der Darstellung zur Zusammenbeurkundung von Patientenverfügung, Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht in Rdnr. 1908 könnte m. E. die Entscheidung des OLG Frankfurt, MittBayNot 2007, 344 = ZNotP 2007, 237 mit Anm. *Tiedke* noch vollständiger zitiert werden, welche für Patientenverfügung und Betreuungsverfügung gegenstandsverschiedene Erklärungen i. S. v. § 44 Abs. 2 KostO annimmt (mit der Folge eines Gesamtwertes für die ^{10/10}-Gebühr von 6.000 € statt wie von Notarkasse und anderen richtig gehaltenen 3.000 €). Einigkeit besteht insoweit aber zwischen OLG Frankfurt und den Bearbeitern des Streifzugs in der wichtigeren Frage, dass beide (Patientenverfügung und Betreuungsverfügung) im Verhältnis zur etwa mitbeurkundeten Vorsorgevollmacht gegenstandsgleich i. S. v. § 44 Abs. 1 KostO sind.

Diese „besprechungsübliche“ Mäkelei an zwei bis drei Kleinigkeiten soll aber nicht den Blick trüben für das verdiente Gesamturteil „sehr gut“ für das über zweitausend Randnummern umfassende Buch mit sehr informativen Fachinformationen und formal vorbildlichen Beispielsberechnungen. Auch die Anhänge enthalten wertvolle Informationen (unter anderem zur Gebäudebewertung anhand des Brandversicherungswertes, Preisindizes für Wohngebäude, zur Ermittlung des Rentenbarwertfaktors gemäß WertV bei Erbbaurechten, Gerichtsgebührenverzeichnis für Eintragungen im Handels- und Partnerschaftsregister). Ein weiteres ausführliches Sachregister auf den letzten Seiten hilft beim Finden der Einzelfragen im Hauptteil.

Bei vielen Kostenfragen ist der „Streifzug“ das, was zuerst zu Rate gezogen wird und oft ist auch eine nicht alltägliche Kostenfrage dann schon fast „gelöst“. Vielen, die Notarkostenrechnungen aufstellen müssen, wird es ähnlich gehen. Dies belegen auch die Diskussionsforen im Internet von Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten, wo zum notariellen Kostenrecht oft nicht mit „In § ... der KostO steht ...“ argumentiert wird, sondern: „Im Streifzug Rdnr. ... steht ...“.

Aufgrund seiner praxisnahen Darstellungsweise, die auch mit den einzelnen Vorschriften der KostO noch nicht vollständig vertrauten Anfängern durch die leicht aufzusuchenden Stichworte entgegenkommt, seines großen Umfangs bei einem sehr günstigen Preis, kann die Anschaffung der topaktuellen Neuauflage nur jedem im Notariat Tätigen uneingeschränkt empfohlen werden!

Notariatsvorsteher a.D. *Martin Filzek*, Husum

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 133, 157, 195, 199 Abs. 1, 633 a. F.; EGBGB Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 (*Prospekt kann Umfang der geschuldeten Bauleistung bestimmen*)

Für die Beurteilung der Frage, welche werkvertragliche Verpflichtung ein Bauträger übernimmt, kann ein dem Erwerber übergebener Prospekt ausschlaggebend sein.

Richtet sich die Verjährung nach der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB, so ist ihr Fristbeginn in Überleitungsfällen nach Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB unter Einbeziehung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB zu bestimmen (im Anschluss an BGHZ 171, 1 = DNotZ 2007, 665).

BGH, Urteil vom 25.10.2007, VII ZR 205/06

Der Kläger verlangt Schadensersatz aus einem mit der Beklagten geschlossenen Bauträgervertrag. Er erwarb mit notariellem Vertrag vom 7.5.1998 eine aus zwei Etagen bestehende, von der Beklagten noch zu errichtende Dachgeschosswohnung. In dem von der Beklagten herausgegebenen Verkaufsprospekt bewarb die Beklagte die Wohnung als Dachgeschoss-Maisonettewohnung; in der Grundrisszeichnung der oberen Etage (Spitzboden) waren ein Doppelbett mit Nachtschränken und weiteres Mobiliar dargestellt. Die Wohnung wurde am 10.5.1999 abgenommen und durch die Beklagte für den Kläger vermietet. Im Jahre 2002 untersagte das Bauaufsichtsamt die Nutzung der oberen Etage zu Wohnzwecken und erlaubte lediglich eine Nutzung als Abstellraum.

Der Kläger verlangt mit der am 28.4.2005 zugestellten Klage Schadensersatz in Höhe von 13.357,85 € zuzüglich Zinsen wegen Minderwertes der Wohnung.

Das LG hat die Klage wegen der von der Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben und die Revision zugelassen. Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

II.

Das Berufungsgericht nimmt zu Recht an, dass die Beklagte einen Mangel (1.) der Wohnung arglistig (2.) verschwiegen hat. Die Beklagte erhebt ohne Erfolg die Einrede der Verjährung (3.).

1. Das Berufungsgericht nimmt zu Recht an, dass die Wohnung des Klägers mangelhaft ist und von der vereinbarten Beschaffenheit erheblich abweicht (§ 633 BGB a. F.). Dabei ist das Berufungsgericht von zutreffenden rechtlichen Erwägungen ausgegangen und hat keine anerkannten Auslegungsgrundsätze verkannt.

a) Richtig und von der Revision auch nicht angegriffen ist die Ansicht des Berufungsgerichts, dass bei Fehlen von Angaben über Wohnflächen in Erwerbverträgen die einseitigen Vorstellungen des Erwerbers für den Inhalt des Vertrags maßgeblich sind, wenn der Bauträger in eigener oder ihm zurechenbarer Kenntnis des Willens des Erwerbers den Vertrag abschließt (BGH, BauR 2004, 847 = MittBayNot 2004, 353).

Dass der Beklagten die aus den von ihr übergebenen Unterlagen resultierende Vorstellung des Klägers über die Nutzbarkeit des Spitzbodens als Wohnung bekannt war, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen.

b) Das Berufungsgericht hat bei der Beurteilung der von der Beklagten geschuldeten werkvertraglichen Leistungen zu Recht dem Prospekt der Beklagten wesentliche Bedeutung beigemessen, der eine zweigeschossige Maisonettewohnung „im Ausbau“ und in der oberen Etage (Spitzboden) ein Doppelbett mit Nachtschränken und weiteres Mobiliar auswies. Ohne Erfolg weist die Revision insoweit darauf hin, dass im notariellen Vertrag nur auf eine Beschreibung verwiesen wird, in welcher der Spitzboden ebenso wie in der Wohnflächenberechnung des Architekten als „Abstellraum“ (Spitzboden) bezeichnet wird. Dies steht jedoch nicht einer Beurteilung entgegen, die bei der Vertragsauslegung in entscheidender Weise den Prospekt in den Vordergrund stellt, auf dessen Angaben nach den getroffenen Feststellungen der Erwerbsentschluss des Klägers maßgeblich beruhte. Die auf dieser Grundlage angestellten Erwägungen des Berufungsgerichts zum Umfang der werkvertraglich geschuldeten Beschaffenheit der Wohnung verstoßen nicht gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze und sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, auch wenn sich das Berufungsgericht in seinem Urteil nicht ausdrücklich mit der Baubeschreibung und dem Auszug aus dem Bauplan auseinandergesetzt hat.

2. Die Revision wendet sich vergeblich dagegen, dass das Berufungsgericht ein arglistiges Verschweigen der Beklagten annimmt.

„Arglistig verschweigt“, wer sich bewusst ist, dass ein bestimmter Umstand für die Entschließung seines Vertragspartners erheblich ist, nach Treu und Glauben diesen Umstand mitzuteilen verpflichtet ist und ihn nicht offenbart (BGH, BauR 2002, 1401 = ZfBR 2002, 680 = NZBau 2002, 503). Entscheidend hierfür ist nicht, dass der Unternehmer bewusst die Folgen einer vertragswidrigen Ausführung in Kauf nimmt. Arglist erfordert auch keine Schädigungsabsicht und keinen Vorteil.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der Beklagten bewusst, dass der Charakter der verkauften Eigentumswohnung als Maisonettewohnung, also einer über zwei Etagen zu Wohnzwecken geeigneten und baurechtlich nutzbaren Wohnung, für die Kaufentscheidung des Klägers bedeutsam war und dieser bei Kenntnis der wahren Umstände den Vertrag nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen hätte. Als gesichert sieht es das Berufungsgericht zudem an, dass die Beklagte, die die Baugenehmigung eingeholt hat, wusste, dass eine Nutzung des Spitzbodens zu Wohnzwecken nicht genehmigt war. Demgegenüber kommt den von der Revision als ausschlaggebend für die Beurteilung der Arglist angesehenen Umständen, im Erwerbsvertrag und den ihm beigelegten Unterlagen sei der Spitzboden auch als Abstellraum ausgewiesen, keine wesentliche Bedeutung zu. Diese Umstände widerlegen nicht die Arglist der Beklagten, sondern bestätigen diese eher.

3. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass für den Beginn der Verjährungsfrist nach Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 195 BGB nicht allein der 1.1.2002

maßgebend ist, sondern auch die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. vorliegen müssen.

Die streitige Frage, wie in den von Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB geregelten Übergangsfällen die kenntnisabhängige Dreijahresfrist des § 195 BGB zu berechnen ist – weswegen auch das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat –, hat der XI. Senat des BGH zwischenzeitlich entschieden (BGHZ 171, 1 = DNotZ 2007, 665). Er hat die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsmeinung bestätigt. Der Senat hält diese Beurteilung, die auch von der Revision hingenommen wird, für zutreffend und schließt sich ihr an.

Nach den weiteren nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kann von einer Kenntniserlangung des Klägers i. S. d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. erst im Jahre 2002 ausgegangen werden. Zutreffend ist daher, dass die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB n. F. erst mit Schluss des Jahres 2002 zu laufen begann und zum Zeitpunkt der Zustellung der Klage am 28.4.2005 noch nicht abgelaufen war.

2. WEG §§ 23 Abs. 4 a. F., 24 Abs. 6, 45 Abs. 1, 46 (*Beschlussfassung in einer Einmannversammlung*)

Auch in einer Einmannversammlung können wirksame Eigentümerbeschlüsse gefasst werden. Die Kundgabe der Stimmabgabe muss dabei jedoch nach außen in Erscheinung treten, also tatsächlich als Formalakt stattfinden. Ebenso unverzichtbar ist die Feststellung und Bekanntgabe des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 11.12.2007, 34 Wx 14/07

Die Antragsteller und die Antragsgegner zu 1 und 2 sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage, die bis 31.5.2001 von dem Antragsgegner zu 1, danach bis April 2003 von dem Antragsgegner zu 3 und seitdem von der weiteren Beteiligten verwaltet wird.

Am 21.3.2003 sollte in einem Gasthaus am Ort der Wohnanlage eine Eigentümerversammlung stattfinden. Zu dieser Versammlung wurden die Eigentümer mit Schreiben vom 12.3.2003, zugegangen am 15.3.2003, geladen. Da die Antragsteller dem Antragsgegner zu 3 am 21.3.2003, ca. eine Stunde vor der Versammlung, mitteilten, dass sie die Versammlung nicht besuchen würden und die übrigen Wohnungseigentümer dem Antragsgegner zu 3 Vollmachten erteilt hatten, verlegte der Antragsgegner zu 3 die Versammlung kurzfristig vom angekündigten Versammlungsort in sein Büro, ohne die Antragsteller oder die übrigen Wohnungseigentümer davon zu informieren.

Laut dem bei den Akten befindlichen „Protokoll der Eigentümerversammlung vom 10.4.2003“, das den 15.5.2003 als Errichtungs-/Druckdatum trägt und unstreitig dasjenige der für den 21.3.2003 einberufenen Versammlung darstellt, wurden, soweit im Rechtsbeschwerdeverfahren noch erheblich, Beschlüsse zur Jahresabrechnung 2000/2001 (TOP 1) und zur Jahresabrechnung 2001/2002 (TOP 2) jeweils einschließlich Verwalterentlastung gefasst.

Mit Schreiben vom 15.5.2003 versandte der Antragsgegner zu 3 die Niederschrift an die Wohnungseigentümer.

Mit Fax-Schreiben vom 30.5.2003 haben die Antragsteller beim Wohnungseigentumsgericht beantragt, die Beschlüsse der Eigentümerversammlung vom 21.3.2003 für nichtig, hilfsweise für ungültig zu erklären. Mit Beschluss vom 24.3.2006 hat das AG den Antragstellern Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Anfechtung gewährt und zugleich die Anträge als unbegründet abgewiesen. Der sofortigen Beschwerde der Antragsteller hat das LG mit Beschluss vom 3.1.2007 insoweit stattgegeben, als es die Eigentümerbeschlüsse zu TOP 1 und TOP 2 für ungültig erklärt und dem Antragsgegner zu 3 von den Gerichtskosten $\frac{1}{5}$ auferlegt hat.

Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Antragsgegners zu 3.

Aus den Gründen:

Im Ergebnis bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Allerdings bedarf es keiner Ungültigerklärung von Beschlüssen, die zu Jahresabrechnungen mit Verwalterentlastung gefasst worden sein sollen, weil solche tatsächlich nicht ergangen sind. (...)

2. Die behaupteten Eigentümerbeschlüsse zu Jahresabrechnungen und zur Verwalterentlastung sind nicht zustande gekommen. Zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs hat der Senat die Beteiligten auf diesen Umstand hingewiesen. Der Senat stellt das Nichtzustandekommen (deklaratorisch) fest (BGHZ 107, 268, 270; KK-WEG/Drabek, § 23 Rdnr. 70).

Nach dem unbestrittenen, dem Senat insoweit zugänglichen und verwertbaren (vgl. *Meyer-Holz* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 45; BayObLG, NZM 1998, 1010, 1011) Akteninhalt steht fest, dass die angefochtenen Beschlüsse das Ergebnis einer sog. Einmannversammlung sind. Das ergibt sich sowohl aus der dazu gefertigten Niederschrift als auch aus den Erklärungen des Antragsgegners zu 3 im Verfahren. Grundsätzlich können auch in einer derartigen Versammlung wirksame Eigentümerbeschlüsse gefasst werden (*Drasdo*, Die Eigentümerversammlung nach WEG, 3. Aufl., Rdnr. 248). Dass der allein anwesende Antragsgegner zu 3 nicht Wohnungseigentümer war, schadet nicht, weil er von Wohnungseigentümern zur Ausübung des Stimmrechts bevollmächtigt war. Bei einer derartigen Versammlung entfällt zwar die Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärung im Rahmen des Abstimmungsvorgangs (*Drasdo*, Die Eigentümerversammlung nach WEG, Rdnr. 248). Unverzichtbar ist aus Gründen der Rechtssicherheit jedoch, dass die Kundgabe der Stimmabgabe nach außen in Erscheinung treten, also tatsächlich als Formalakt stattfinden muss (BayObLG, NJW-RR 1996, 524; *Merle* in Bärman/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 23 Rdnr. 27; *Drasdo*, Die Eigentümerversammlung nach WEG, Rdnr. 248). Ebenso unverzichtbar ist die Feststellung und Bekanntgabe des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter, wodurch erst der Eigentümerbeschluss rechtswirksam zustande kommt (BGHZ 148, 335 = DNotZ 2002, 131).

Die spätere Abfassung einer Niederschrift durch den Versammlungsleiter reicht nicht aus. Notwendig ist zwar nicht, dass eine Protokollierung der Beschlüsse noch in der Versammlung erfolgt. Denn § 24 Abs. 6 WEG verlangt solches nicht (vgl. *Kümmel* in Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 8. Aufl., § 24 Rdnr. 59). Doch muss dann auf andere Weise (siehe BayObLG, NJW-RR 1996, 524, 525) die Fixierung des Abstimmungsvorgangs und seines Ergebnisses sichergestellt sein. Daran fehlt es hier. Der notwendige Formalakt kann insbesondere nicht darin erblickt werden, dass das Protokoll, wie der Antragsgegner zu 3 erklärt hat, wenige Tage danach diktiert und am 10.4.2003 als Schriftsatz/Serienbrief im Entwurf fertiggestellt wurde.

Weil an das Zustandekommen von Eigentümerbeschlüssen weitreichende Rechtsfolgen geknüpft sind und insbesondere dadurch die Frist zur Anfechtung ausgelöst wird (§ 23 Abs. 4 WEG a. F., § 46 Abs. 1 WEG n. F.), gebieten es Gründe der Rechtssicherheit, insoweit strenge Anforderungen zu stellen. Dies gilt augenscheinlich gerade auch zum Schutz nicht erschieener Wohnungseigentümer vor Manipulationen.

3. BGB §§ 387, 432 Abs. 1, 753 Abs. 1; ZVG §§ 118 Abs. 1, 128 Abs. 2, 133, 180 Abs. 1 (*Fortgesetzte Mitberechtigung an unverteilt übertragener Forderung*)

Betreibt der eine Bruchteilseigentümer eines Grundstücks dessen Teilungsversteigerung und erhält daraufhin der andere den Zuschlag, ohne sein Bargebot zu berichtigen, setzt sich ihre Gemeinschaft an der ihnen nach § 118 Abs. 1 ZVG unverteilt übertragenen Forderung als Mitberechtigung nach § 432 BGB fort.

Auch wenn die Bruchteile feststehen und keine Gemeinschaftsverbindlichkeiten mehr zu berichtigen sind, ist ihre Gemeinschaft hinsichtlich der übertragenen Forderung noch nicht durch Teilung in Natur aufgehoben (Abgrenzung zu BGH, FamRZ 2000, 355, 356 = NJW 2000, 948).

Mangels Gegenseitigkeit der Forderungen kann der Ersteher daher gegen diese Forderung nicht mit einer Forderung (hier: auf Zugewinnausgleich) aufrechnen, die ihm gegen den anderen Mitberechtigten zusteht.

Dieser kann aus dem Zuschlagsbeschluss wegen der gemeinschaftlichen Forderung gegen den Ersteher auch ohne dessen Zustimmung mit dem Ziel der Leistung an beide gemeinsam die Vollstreckung gegen ihn und damit auch die nochmalige Versteigerung des Grundstücks betreiben.

BGH, Urteil vom 20.2.2008, XII ZR 58/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die seit 2000 rechtskräftig geschiedenen Parteien, zwischen denen ein Zugewinnausgleichsverfahren noch anhängig ist, streiten im vorliegenden Verfahren um die Verteilung des Erlöses aus der Teilungsversteigerung eines ihnen vormals zu gleichen Teilen gehörenden Anwesens in O.

Das Teilungsversteigerungsverfahren war auf Betreiben der Beklagten mit Beschluss vom 8.12.1999 eröffnet worden. Am 29.8.2001 erhielt der Kläger für sein Bargebot von 771.000 DM den Zuschlag, wobei zwei Grundschulden in Höhe von 285.000 DM und 100.000 DM bestehen blieben. Nachdem der Kläger das Bargebot nicht gezahlt hatte, wurde im Verteilungstermin vom 9.10.2001 ein Teilungsplan beschlossen, demzufolge von den vorweg entnommenen Verfahrenskosten gemäß § 109 ZVG ein Teilbetrag von 8.905 DM der Beklagten als Erstattung des von ihr geleisteten Kostenvorschusses zugewiesen wurde. Ferner wurde als Übererlös die Bargebotsforderung gegen den Kläger in Höhe von 485.840,67 DM auf die Parteien als frühere Eigentümer zu je 1/2 „unverteilt“ übertragen.

Nach Widerspruch des Klägers wurden den Parteien durch Ergänzungsbeschluss vom 30.10.2001 in gleicher Weise weitere Erlösüberschüsse in Höhe von 202.065 DM und 70.900 DM, insgesamt also in Höhe von (485.840,67 DM + 202.065,00 DM + 70.900,00 DM =) 758.805,67 DM, zugewiesen.

Der Beklagten wurde eine vollstreckbare Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses erteilt. Ferner wurden von Amts wegen zugunsten der Parteien zu je 1/2 Anteil (nicht: zugunsten der Beklagten) Sicherungshypotheken in Höhe der übertragenen Forderungen eingetragen.

Der Kläger beruft sich insoweit auf ein Zurückbehaltungsrecht.

Mit seiner Klage begehrte er zum einen die Feststellung, dass der Beklagten die gemäß Teilungsplan übertragenen Forderungen nicht zuzustehen, und zweitens die Verurteilung der Beklagten, die Löschung der (auch) zu ihren Gunsten eingetragenen Sicherungshypotheken zu bewilligen und zu beantragen.

Aus den Gründen:

I.

2. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Kläger sein Begehren nur noch auf den geltend gemachten Zugewinnausgleichsanspruch stützt und im Übrigen mit seinem

erstmal im Berufungsrechtszug dargelegten Vorbringen, Akontozahlungen von 181.392,60 DM geleistet zu haben, nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen wäre. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und wird von der Revision auch nicht angegriffen. (...)

4. Die hälftige Mitberechtigung der Beklagten an den ihr und dem Kläger zu je 1/2 übertragenen Forderungen ist durch die Aufrechnungserklärung des Klägers mit möglicherweise bestehenden Zugewinnausgleichsansprüchen nicht erloschen, da die Aufrechnung unzulässig ist. Die Beklagte ist daher auch weder verpflichtet, die Löschung der zur Sicherung dieser Forderungen eingetragenen Sicherungshypotheken zu bewilligen, noch gehindert, aus dem Zuschlagsbeschluss (oder diesen Sicherungshypotheken) die Wiederversteigerung des Grundstücks zu betreiben.

a) Wenn die Forderung auf Berichtigung des Bargebots nach § 118 ZVG auf den berechtigten Gläubiger übertragen worden ist, kann der Ersteher diese Forderung zwar auch durch Aufrechnung erfüllen; die Eigenart des Zwangsversteigerungsverfahrens steht einer solchen Aufrechnung nicht entgegen (vgl. BGH, ZIP 1987, 902 f. m. N.).

Auch ist das vom Kläger als Ersteher geschuldete Bargebot durch Zahlung zu entrichten, §§ 107 Abs. 2, 49 Abs. 3 ZVG. Durch die mit dem Teilungsplan bewirkte Übertragung ändert sich die Natur dieses Zahlungsanspruchs nicht. Der Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns ist ebenfalls auf Zahlung gerichtet. Beide Forderungen sind somit ihrem Gegenstand nach gleichartig i. S. d. § 387 BGB.

b) Die Zulässigkeit der vom Kläger erklärten Aufrechnung mit seinem – revisionsrechtlich zu unterstellenden – Anspruch auf Zugewinnausgleich setzt aber auch voraus, dass die Beklagte als Schuldnerin dieses Anspruchs zugleich Gläubigerin der gegen den Kläger als Ersteher gerichteten Forderung auf Zahlung des Bargebots (oder zumindest eines Bruchteils dieser Forderung) ist. Nur dann ist die Voraussetzung des § 387 BGB erfüllt, dass die Parteien „einander“ gleichartige Leistungen schulden.

Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist diese Voraussetzung hier nicht gegeben, weil die erforderliche Gegenseitigkeit der Forderungen daran scheitert, dass sich die Bruchteilsgemeinschaft der Parteien an dem Grundstück mit dem Zuschlag im Teilungsversteigerungsverfahren an dem Versteigerungserlös fortgesetzt hat und noch fortbesteht.

Das Versteigerungsgericht hat die Forderungen gegen den Kläger als Ersteher „unverteilt“ auf die gemeinschaftlich verbundenen Parteien übertragen. Diese Übertragung hat jedoch nur formale Bedeutung, weil die Forderungen schon seit dem Zuschlag der aus den Parteien bestehenden Bruchteilsgemeinschaft zustanden; die Übertragung enthält lediglich die Feststellung, dass sie den Parteien in der bezeichneten Höhe verbleibt (BGHZ 4, 84, 90 m. N.), und zwar hier als Mitberechtigten nach § 432 BGB. Denn mehreren Eigentümern des Grundstücks zur Zeit des Zuschlags steht die übertragene Forderung gemeinschaftlich in ihrem bisherigen Rechtsverhältnis zu. Soweit – wie hier – zuvor eine Bruchteilsgemeinschaft an dem Grundstück bestand, besteht an der übertragenen Forderung nunmehr eine Mitberechtigung nach § 432 BGB, da jeder Teilhaber vom Ersteher nur Zahlung an alle Teilhaber gemeinsam verlangen kann (vgl. *Böttcher*, ZVG, 4. Aufl., § 128 Rdnr. 10; *Hintzen* in *Hintzen/Wolf*, Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Rdnr. 12.298).

Dies gilt auch dann, wenn ein Miteigentümer das Grundstück selbst ersteigert (vgl. KG, JW 1932, 3302; *Hintzen* in

Hintzen/Wolf, Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Rdnr. 12.299).

c) Zutreffend ist ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die gemeinschaftliche Berechtigung der Parteien an der übertragenen Forderung noch fortbesteht und nicht schon deshalb als bereits aufgelöst angesehen werden kann, weil unstreitig keine Gemeinschaftsverbindlichkeiten zu berichtigen seien, die hälftige (Miteigentums-)Quote der Parteien feststehe und die übertragenen Forderungen daher bereits gemäß § 420 BGB in Natur geteilt seien.

Soweit der Senat eine solche Teilung in Natur ausnahmsweise in einem Fall der Hinterlegung des Übererlöses angenommen hat (FamRZ 2000, 355, 356 = NJW 2000, 948), ist diese Entscheidung auf Kritik gestoßen (vgl. *Gruber*, FamRZ 2000, 399, 401 f.). Ob an ihr festzuhalten ist, bedarf hier indes keiner Entscheidung. Denn der Sachverhalt, den der Senat seinerzeit zu beurteilen hatte, ist mit dem vorliegenden nicht vergleichbar.

Ist der Versteigerungserlös hinterlegt, ist seine Auszahlung nämlich sichergestellt, während die übertragene Forderung gegen den Ersteher, der das Bargebot nicht gezahlt hat, erst noch beigetrieben werden muss. Schon dies spricht dagegen, das Gemeinschaftsverhältnis der Mitberechtigten an dieser Forderung bereits als aufgelöst anzusehen.

Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass stets dann, wenn die Forderung gegen den Ersteher – wie hier – unverteilt übertragen wird, nach § 128 Abs. 2 ZVG eine Sicherungshypothek für denjenigen einzutragen ist, welcher zur Zeit des Zuschlags Eigentümer des Grundstücks war. Bestand zu diesem Zeitpunkt eine Bruchteilsgemeinschaft, so sind die früheren Miteigentümer gemeinschaftlich Gläubiger dieser Sicherungshypothek und folglich nach § 47 GBO als „Mitberechtigte nach § 432 BGB“ einzutragen (vgl. *Dassler/Schiffhauer*, ZVG, 12. Aufl., § 128 Rdnr. 8). Auch wegen dieser Mitberechtigung besteht das Gemeinschaftsverhältnis der Parteien hier fort.

Dass der Zuschlag in der Teilungsversteigerung oder die unverteilte Übertragung der Forderung auf Zahlung des Meistgebots – entgegen der Auffassung der Revision – nicht schon zugleich die Auflösung der bestehenden Gemeinschaft bewirken kann, ergibt sich zudem aus folgender Überlegung:

Die Verteilung des Erlösüberschusses (oder hier der Forderung gegen den Ersteher) unter den Berechtigten ist jedenfalls dann, wenn diese sich darüber nicht einig sind, nicht mehr Gegenstand des Versteigerungsverfahrens (BGHZ 4, 84, 86). Die Teilungsversteigerung erfolgt zwar zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft (§ 180 Abs. 1 ZVG), kann diese aber nicht ersetzen oder vorwegnehmen; sie erfolgt vielmehr nur zu deren Vorbereitung (vgl. BVerfG, NJW 1976, 1391, 1392; BGHZ 52, 99, 102 = DNotZ 1969, 673; *Stöber*, ZVG, 18. Aufl., § 180 Rdnr. 6.1).

Der eigentliche Zweck der Teilungsversteigerung erschöpft sich darin, an die Stelle des nicht teilbaren Gegenstandes der Versteigerung eine Geldsumme treten zu lassen, die verteilt werden kann (BGHZ 4, 84, 90). Wird im Versteigerungstermin eine Einigung über die Aufteilung des Erlösüberschusses nicht erzielt, kann dieser nur an die Berechtigten gemeinsam ausgezahlt werden (vgl. *Stöber*, ZVG, § 180 Rdnr. 17.7). Dem Versteigerungsgericht ist eine Aufteilung – etwa im Verhältnis der früheren Miteigentumsbruchteile – schon deshalb verwehrt, weil ihm nicht bekannt ist, welche Ansprüche die Berechtigten gegebenenfalls untereinander haben (vgl. *Schiffhauer*, ZIP 1982, 660, 666). Der Erlös ist

vielmehr außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens zu verteilen (BGH, FamRZ 1983, 797, 799; *Böttcher*, ZVG, § 181 Rdnr. 104; *Hintzen* in *Hintzen/Wolf*, Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Rdnr. 12.292).

Ist aber mit dem Zuschlag an die Stelle des Bruchteilseigentums der Parteien am versteigerten Grundstück eine Mitberechtigung an dessen Surrogat, nämlich dem Übererlös bzw. hier der Forderung gegen den Ersteher, getreten, kann die in Ansehung dieser Forderung erforderliche Auseinandersetzung folglich auch nicht schon durch die vom Versteigerungsgericht gemäß § 118 Abs. 1 ZVG angeordnete Übertragung dieser Forderung als „unverteilt“ bewirkt worden sein. Dies folgt aus der lediglich deklaratorischen Natur dieser „Übertragung“, die an der bereits mit dem Zuschlag eingetretenen Rechtslage nichts ändert (vgl. BGHZ 4, 84, 90).

Die Aufhebung der Gemeinschaft der Parteien setzt vielmehr nach dem klaren Wortlaut des § 753 Abs. 1 BGB einen zweiaktigen Tatbestand voraus, nämlich zum einen die Zwangsversteigerung des in Bruchteilseigentum stehenden Grundstücks und zum anderen die Verteilung des Erlöses, die ihrerseits eine Einigung der Teilhaber voraussetzt (vgl. BGHZ 52, 99, 103; *Gruber*, FamRZ 2000, 399, 401). Dem entspricht die zwingende Vorschrift des § 128 Abs. 2 ZVG. Könnte die Aufhebung der Gemeinschaft – und sei es auch nur in Ausnahmefällen – mit der unverteilten Übertragung der Forderung gegen den Ersteher als bereits aufgehoben angesehen werden, würde § 128 Abs. 2 ZVG eine Eintragung verlangen, die das Grundbuch unrichtig macht.

5. Da die Forderungen, deren Sicherung die nach § 128 Abs. 2 ZVG eingetragenen Sicherungshypotheken dienen, den Parteien somit nach wie vor in ungeteilter Gemeinschaft und in voller Höhe zustehen, hat das Berufungsgericht die Berufung des Klägers auch insoweit zu Recht zurückgewiesen, als diese sich gegen die Abweisung seines Antrags richtet, die Beklagte zu verurteilen, die Löschung dieser Sicherungshypotheken zu bewilligen und zu beantragen.

6. Nichts anderes gilt für die Abweisung des Hilfsantrages des Klägers auf Feststellung, dass die Beklagte nicht berechtigt sei, aus dem Zuschlagsbeschluss vom 9.10.2001 die „Wiederversteigerung“ des Grundstücks zu betreiben.

a) Die nochmalige Versteigerung des Grundstücks nach § 133 ZVG, die nun keine Teilungsversteigerung mehr ist, kann sowohl aus der übertragenen Forderung gegen den Ersteher betrieben werden, sofern dieser noch Eigentümer ist, als auch aus der hierfür eingetragenen Sicherungshypothek gegen den Ersteher und jeden nachfolgenden Eigentümer (vgl. *Stöber*, ZVG, § 133 Rdnr. 2.3).

Aus der eingetragenen Sicherungshypothek kann jeder als früherer Bruchteilseigentümer daran Beteiligte auch ohne Mitwirkung des oder der anderen in das Grundstück vollstrecken und somit auch dessen nochmalige Versteigerung nach § 133 ZVG beantragen (vgl. *Stöber*, ZVG, § 180 Rdnr. 18.6; *Dassler/Gerhardt*, ZVG, § 133 Rdnr. 3; *Hintzen* in *Hintzen/Wolf*, Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Rdnr. 12.303); allerdings kann er gemäß § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB nur Leistung an alle verlangen (vgl. *Dassler/Schiffhauer*, ZVG, § 128 Rdnr. 8).

Nichts anderes gilt, wenn ein solcher Teilhaber – wie hier – nicht aus der Sicherungshypothek, sondern wegen der übertragenen Forderung aus dem mit der Vollstreckungsklausel versehenen Zuschlagsbeschluss in das Grundstück vollstrecken will und dessen nochmalige (jetzt: Zwangs-)Ver-

steigerung beantragt. Denn da diese unverteilt übertragene Forderung als gebundene, auf eine im Rechtssinne unteilbare Leistung gemäß § 432 BGB gerichtete Forderung anzusehen ist, kann nach § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB jeder einzelne der mehreren Gläubiger die Leistung – wenn auch nur an alle – fordern. Dieses Einziehungsrecht mit dem Ziel der Leistung an alle umfasst die gerichtliche Geltendmachung der gemeinschaftlichen Forderung und damit auch die Betreibung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (vgl. KG, JW 1932, 3202, 3203 m. w. N.; für den Fall einer Erbengemeinschaft ebenso OLG Frankfurt, NJW 1953, 1877; Stöber, ZVG, § 133 Rdnr. 2.18). Es wäre auch nicht verständlich, wenn ein solcher Teilhaber hinsichtlich dieser Forderung schlechter gestellt wäre als hinsichtlich der Sicherungshypothek, die lediglich der Sicherung dieser Forderung dient (vgl. KG, JW 1932, 3202, 3203). Müsste der frühere Miteigentümer, gegen den als Ersteher der Antrag auf nochmalige Versteigerung gerichtet ist, sich mit diesem Antrag einverstanden erklären, was bei einem Streit über die Verteilung des Erlöses regelmäßig nicht zu erwarten ist, widerspräche dies zudem einem prozesswirtschaftlichen Bedürfnis (vgl. OLG Frankfurt, NJW 1953, 1877).

b) Es ist auch nicht ersichtlich, dass das auf nochmalige Versteigerung des Grundstücks gerichtete Begehren der Beklagten hier ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich wäre.

Zwar müsste der Kläger bei erfolgreicher Vollstreckung durch die Beklagte das Bargebot bereits zu einem Zeitpunkt entrichten, in dem sein angeblicher Anspruch gegen die Beklagte auf Ausgleich des Zugewinns noch nicht tituliert und ungesichert ist. Seine Aussicht, diesen Anspruch demnächst realisieren zu können, würde aber durch die nochmalige Versteigerung des Grundstücks nicht verringert, da das Bargebot zunächst an die aus ihm und der Beklagten bestehende Gemeinschaft zu zahlen ist (§ 432 Abs. 1 BGB) und die Beklagte somit vor deren Auseinandersetzung darüber nicht verfügen kann. Vor einer erheblichen Gefährdung seines Anspruchs auf Zugewinnausgleich durch ein Verhalten der Beklagten schützt ihn zudem die Möglichkeit, Sicherheitsleistung nach § 1389 BGB zu verlangen.

Im Übrigen beruht die Verpflichtung des Klägers, das Bargebot zu zahlen, auf seiner eigenen Entscheidung, das Grundstück selbst zu ersteigern und die nach seiner Auffassung damit geschaffene Aufrechnungsmöglichkeit zu nutzen, sich wegen seines Anspruchs auf Zugewinnausgleich zu befriedigen.

7. Der Revision verhilft schließlich auch nicht zum Erfolg, dass der Kläger sich wegen seines Anspruchs auf Zugewinnausgleich auch auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen hat. Insoweit kann dahinstehen, ob und in welchem Umfang ein Zurückbehaltungsrecht des Klägers im Rahmen der von ihm gestellten Anträge überhaupt entscheidungserheblich wäre. Ein Zurückbehaltungsrecht des Klägers wegen seiner Zugewinnausgleichsforderung gegen die Beklagte kommt nämlich – ebenso wie die von ihm erklärte Aufrechnung – schon mangels Gegenseitigkeit der Forderungen nicht in Betracht.

Zwar ist die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB über den Wortlaut dieser Vorschrift hinaus auch dann zulässig, wenn dem Schuldner (hier: dem Kläger) der Gegenanspruch nur gemeinschaftlich mit anderen zusteht. Die Zurückbehaltung führt in einem solchen Fall zur Verurteilung des Schuldners zur Leistung an den Gläubiger Zug um Zug gegen Leistung des Gläubigers an einen Dritten (BGHZ 28, 122, 125 f.).

Dagegen fehlt es an der erforderlichen Gegenseitigkeit, wenn der Gegenanspruch des Schuldners – wie hier der Zugewinnausgleichsanspruch des Klägers – nur gegenüber einem Mitgläubiger der Forderung auf Zahlung des Bargebots, hier der Beklagten, besteht (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 66. Aufl., § 273 Rdnr. 6; *Erman/Kuckuk*, BGB, 11. Aufl., § 273 Rdnr. 12; *MünchKommBGB/Krüger*, 5. Aufl., § 273 Rdnr. 9; *Bamberger/Roth/Unberath*, BGB, 2. Aufl., § 273 Rdnr. 11; *PWW/Jud.*, 2. Aufl., § 273 Rdnr. 9; *Kerwer* in *jurisPK-BGB*, 3. Aufl., § 273 BGB Rdnr. 6; *Soergel/Siebert/Wolf*, BGB, 12. Aufl., § 273 Rdnr. 8; *RGRK-BGB/Alff*, 12. Aufl., § 273 Rdnr. 21; vgl. im Übrigen auch BGHZ 63, 348).

4. GBO § 47 (§ 472 BGB als zulässiges Gemeinschaftsverhältnis)

Wird zugunsten mehrerer Berechtigter, die im gesetzlichen Güterstand verheiratet sind, im Rahmen eines Überlassungsvertrages ein durch Auflassungsvormerkung gesichertes Rückforderungsrecht vereinbart, das den Berechtigten entsprechend § 472 BGB zustehen soll, ist dies für die Eintragung des Berechtigungsverhältnisses bei der Vormerkung nach § 47 GBO ausreichend, aber auch erforderlich. (Leitsatz des Einsenders)

LG Regensburg, Beschluss vom 7.4.2008, 5 T 534/07; eingeklagt von Notar Dr. *Johann Frank*, Amberg

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Im vorliegenden Fall genügt die Angabe „bei mehreren Berechtigten analog § 472 BGB“ den Anforderungen des § 47 GBO.

(...)

2. Die Beschwerde ist begründet, da das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis nicht besteht, und daher die Zwischenverfügung zu Unrecht ergangen ist.

a) Nach § 47 GBO soll, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, die Eintragung in der Weise erfolgen, dass entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden, oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Ein gemeinschaftliches Recht im Sinne der Vorschrift ist gegeben, wenn es den Berechtigten in Bruchteilsgemeinschaft, Gesamthandsgemeinschaft oder als Gesamtberechtigten gemäß § 428 BGB zusteht. Da die Verfügungsbefugnis der einzelnen Beteiligten bei den unterschiedlichen Arten der Gemeinschaft verschieden ist, verlangt der das Grundbuchrecht beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz, dass sich Art und Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses aus der Eintragung ergeben (BGH, NJW 1997, 3235 = MittRhNotK 1998, 129).

Es war in diesem Zusammenhang lange Zeit streitig, inwieweit auf einen für mehrere Berechtigte zu sichernden, auf die Rückübertragung eines Grundstücks gerichteten Anspruchs die entsprechende Anwendung des § 472 BGB vereinbart werden kann (vgl. zum Streitstand *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1407 und 1498 a). Während ein Großteil der Rechtsprechung dies bereits seit längerem bejaht, wenden sich die Kritiker dagegen, da § 472 BGB kein Gemeinschaftsverhältnis bestimme, sondern lediglich die Ausübung des Rechts für unteilbar erkläre. Die bisher hierzu ergangenen Entscheidungen des BayObLG (NJW-RR 1993, 472; Rpfleger 1986, 371) konnten für den hier zu entschei-

denden Fall nicht ohne weiteres herangezogen werden. Im hier zu entscheidenden Fall betrifft es den Rückübertragungsanspruch eines Ehepaares, welches im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft lebt, während die oben zitierten Entscheidungen des BayObLG jeweils Fälle betreffen, in denen die übergebenden Ehepaare Gütergemeinschaft vereinbart hatten.

b) Nunmehr hat jedoch das OLG München (NJW-RR 2008, 106) entschieden, dass allgemein „die Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses für die Berechtigten einer Eigentumsvermerkung mit den Worten „als Mitberechtigter gemäß § 432 BGB“ ausnahmsweise genügen kann, wenn die zugrundeliegenden vertraglichen Bestimmungen wie ein Vorkaufsrecht ausgestaltet sind“. Hierbei hat das OLG München ausdrücklich festgehalten, dass dem entschiedenen Fall des § 432 der Fall des § 472 BGB durchaus vergleichbar ist.

Die Kammer schließt sich den zutreffenden Ausführungen des OLG München an. Das OLG München unterscheidet bei einem durch eine Vormerkung gesicherten Anspruch auf Eigentumsverschaffung zu Recht zwischen der Rechtsmacht zur Abgabe des Übertragungsverlangens und dem schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsübertragung. Das OLG führt sodann weiter aus, dass entscheidend nicht ist, welche Rechtsgemeinschaft nach Ausübung des Rückübertragungsanspruchs entsteht. Entscheidend sei vielmehr, dass zwischen mehreren Rückforderungsberechtigten ein gesamthandartiges Verhältnis hinsichtlich der aus der Ausübung des Rechts entstehenden Befugnis zur Geltendmachung besteht. Maßgebliche Bedeutung kommt somit der konkreten vertraglichen Ausgestaltung zu. Hierbei sei entscheidend, inwieweit die Beteiligten ein dem Vor- bzw. Wiederkauf angenähertes Verfahren für den Vollzug des Rückforderungsrechts vereinbaren wollten.

Berücksichtigt man diese Grundsätze im hier zu entscheidenden Fall, so ist zu berücksichtigen, dass auch hier das Rückforderungsrecht durch die vertraglichen Vereinbarungen dem Vor- bzw. Wiederkauf angenähert wurde. Der Rückforderungsanspruch tritt nicht automatisch mit dem Erfüllen der jeweils genannten Bedingungen ein. Diese berechtigen vielmehr die Veräußerer nur dazu, die Rückübertragung zu verlangen. Das Bestehen des Rückübertragungsanspruchs hängt somit von der Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung ab, die dann den Übertragungsanspruch auslöst, sofern die vertraglichen Bedingungen dafür erfüllt sind. Somit ist auch hier dem zu entscheidenden Fall das Rückübertragungsrecht den Regelungen beim Vor- bzw. Wiederkauf angenähert.

Diese Rechtsprechung des OLG München ist auch vom Sinn und Zweck des § 47 GBO getragen. § 47 GBO will sicherstellen, dass die Verfügungsbefugnis von mehreren Berechtigten durch Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses ermittelt werden kann (*Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 47 Rdnr. 1). Dies wird dadurch erreicht, dass das Gemeinschaftsverhältnis angegeben wird und hieraus dann auf die Berechtigung geschlossen wird. Das gleiche Ziel erreicht man jedoch dadurch, indem man direkt die Norm angibt, z. B. hier § 472 BGB aus der sich dann die konkrete Verfügungsbefugnis der genannten Berechtigten ergibt.

Die Zwischenverfügung war daher aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, von den erhobenen Bedenken Abstand zu nehmen und anderweitig zu entscheiden.

5. BGB §§ 1355, 138, 242 (*Ehevertragliche Abrede zur Ablegung des Ehenamens wirksam*)

Eine ehevertragliche Abrede, in der sich der Ehegatte, dessen Name nicht zum Ehenamen bestimmt worden ist, verpflichtet, im Falle der Auflösung der Ehe seinen Geburtsnamen oder den von ihm bis zur Bestimmung des Ehenamens geführten Namen wieder anzunehmen, ist nicht generell sittenwidrig. Ob dies auch dann gilt, wenn für den Verzicht auf die Fortführung des Ehenamens ein Entgelt vereinbart ist, bleibt offen.

Eine vergleichsweise lange Ehedauer und das Interesse des verpflichteten Ehegatten an der Namenseinheit mit den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern lässt das Verlangen des anderen Ehegatten nach Einhaltung der Abrede nicht ohne weiteres als rechtsmissbräuchlich erscheinen.

BGH, Urteil vom 6.2.2008, XII ZR 185/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien sind geschiedene Eheleute; sie streiten über das Recht des Beklagten zur Fortführung des Ehenamens.

Die Parteien schlossen am 24.5.1989 einen Ehevertrag. Darin vereinbarten sie Gütertrennung und trafen unter Nummer II. folgende „Vereinbarung über die Ablegung des Ehenamens nach Scheidung der Ehe oder nach dem Tod der Ehefrau“:

„Wir haben uns dahin geeinigt, als Ehenamen den Familiennamen der künftigen Ehefrau (H.) zu wählen. Der künftige Ehemann wird dem künftigen Ehenamen seinen Geburtsnamen (W.) voranstellen und den Namen „W.-H.“ führen. Er verpflichtet sich,

- für den Fall der Auflösung oder Scheidung der Ehe,
- für den Fall des Vorversterbens seiner Ehefrau,

diesen Ehenamen wieder abzulegen und allein seinen Geburtsnamen oder, nach seiner Wahl, entsprechend den gesetzlichen Möglichkeiten, einen anderen Namen zu führen.“

Am 21.7.1989 schlossen die Parteien die Ehe, aus der zwei Kinder hervorgegangen sind. Sie bestimmten den Geburtsnamen H. der Ehefrau (Klägerin) zum Ehenamen. Der Ehemann (Beklagter) stellte dem Ehenamen seinen Geburtsnamen W. voran. Während der Ehe führte der Beklagte zunächst den Namen W.-H.; wenige Monate vor der Scheidung, nämlich am 18.11.2003, legte er den Begleitnamen W. ab und führte fortan nur noch den Ehenamen H. Die Ehe wurde am 18.5.2004 rechtskräftig geschieden. Ende Februar 2005 erklärte der Beklagte gegenüber dem zuständigen Standesamt, seinen Geburtsnamen W. dem Ehenamen wieder voranstellen zu wollen; das Standesamt hat eine entsprechende Umschreibung abgelehnt.

Die Klägerin, deren Familie unter dem Familiennamen H. ein bekanntes Unternehmen betreibt, begehrt, den Beklagten zu verpflichten, vor dem für ihn zuständigen Standesamt zu erklären, dass er den Ehenamen (H.) ablege und seinen Geburtsnamen W. oder, entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen, einen anderen Namen annehme. Das AG hat die Klage abgewiesen. Das LG hat der Klage entsprochen und den Beklagten verurteilt, gegenüber dem zuständigen Standesamt folgende Erklärung abzugeben: „Ich lege ... den Ehenamen (H.) ab und nehme wieder meinen Geburtsnamen W. oder, entsprechend den gesetzlichen Möglichkeiten, einen anderen Namen an.“ Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der vom LG zugelassenen Revision, mit der er die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils erstrebt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

II.

1. Die Klage ist zulässig. Insbesondere steht der Rechtsgedanke des § 1297 BGB einer Klagbarkeit des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs nicht entgegen; insoweit

fehlt es, worauf das LG mit Recht hinweist, schon an einer Vergleichbarkeit der dort geregelten Situation mit dem hier vorliegenden Sachverhalt. Auch das mögliche Interesse der Familie der Klägerin an der Verurteilung des Beklagten ändert an deren eigenem Rechtsschutzbedürfnis nichts.

2. Die Klage ist auch begründet. Der Klaganspruch ergibt sich aus dem von den Parteien geschlossenen Ehevertrag.

a) Die in diesem Vertrag getroffene Abrede über die Aufgabe des Ehenamens im Falle der Scheidung ist wirksam; sie ist insbesondere nicht sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB).

Mit der Bestimmung des Geburtsnamens eines Ehegatten zum Ehenamen erwirbt der andere Ehegatte diesen Namen zu eigenem Recht; dieser Name wird Teil und Ausdruck der eigenen Persönlichkeit des anderen Ehegatten (BVerfG, FamRZ 2004, 515, 517). Deshalb behält der andere Ehegatte den Ehenamen auch nach Auflösung der Ehe (§ 1355 Abs. 5 Satz 1 BGB). Er kann allerdings bei Auflösung der Ehe auf den Ehenamen verzichten und seinen Geburtsnamen oder seinen bis zur Bestimmung des Ehenamens geführten Namen wieder annehmen (§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB).

Ein solcher Verzicht kann auch bereits vor der Bestimmung des Ehenamens bindend vereinbart werden.

aa) Allerdings werden Abreden, mit denen sich Ehewillige zur Wahl eines bestimmten Ehenamens verpflichten, von einer wohl herrschenden Literaturmeinung als nicht verbindlich angesehen (*Staudinger/Vogel*, BGB, 2007, § 1355 Rdnr. 51; *Soergel/Hohloch*, BGB, 12. Aufl., ErgBand § 1355 Rdnr. 15; *Bamberger/Roth/Lohmann*, BGB, 2003, § 1355 Rdnr. 8; *Wagenitz/Bornhofen*, FamNamRG, § 1355 Rdnr. 63; *Rolland/Brudermüller*, Familienrecht Kommentar, § 1355 Rdnr. 44; *Rauscher*, Familienrecht, 2. Aufl., Rdnr. 262; *Ruthe*, FamRZ 1976, 409, 411; wohl auch *MünchKommBGB/Wacke*, 4. Aufl., § 1355 Rdnr. 16). Die Wahl des Ehenamens gehöre dem personalen und rechtsgeschäftlicher Regelung nicht zugänglichen Bereich der ehelichen Lebensgemeinschaft an (*Staudinger/Vogel*, § 1355 Rdnr. 51). Zudem messe das Gesetz der Namensbestimmung der Ehegatten erst von dem Zeitpunkt an Bedeutung zu, in dem beide Ehegatten hierzu vor dem Standesbeamten übereinstimmende Erklärungen abgaben. Die damit jedem Ehegatten vom Gesetz bewusst eingeräumte Überlegungs- und Widerrufsmöglichkeit dürfe – als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts – durch vertragliche Abreden nicht eingeschränkt werden (*Wagenitz/Bornhofen*, FamNamRG, § 1355 Rdnr. 63).

Aus denselben Gründen werden solche Vereinbarungen von Teilen der Literatur zwar für wirksam, aber für nicht einklagbar (*Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 5. Aufl., § 16 Rdnr. 12), jedenfalls aber für nicht vollstreckbar (*Diederichsen*, NJW 1976, 1169, 1170) erachtet. Entsprechendes gilt nach wohl herrschender Meinung für die Möglichkeit des Ehegatten, dessen Name nicht Ehe name wird, seinen Geburts- oder vor der Eheschließung geführten Namen dem künftigen Ehenamen voranzustellen. Auch diese Möglichkeit sei als Teil seines Persönlichkeitsrechts in seine Dispositionsfreiheit gestellt, die durch vertragliche Abreden nicht, jedenfalls nicht einklag- oder vollstreckbar, beschränkt werden dürfe (*Staudinger/Vogel*, § 1355 Rdnr. 75; *Soergel/Hohloch*, ErgBand § 1355 Rdnr. 30; *Bamberger/Roth/Lohmann*, § 1355 Rdnr. 13; *Wagenitz/Bornhofen*, FamNamRG, § 1355 Rdnr. 93).

Auf die Wirksamkeit der Vereinbarung über die Ehenamenswahl kommt es im vorliegenden Fall indessen nicht an, da die Ehegatten – ob durch den Ehevertrag vom 24.5.1989 hierzu verpflichtet oder nicht – hier jedenfalls durch gemeinsame Er-

klärung vor dem Standesbeamten eine wirksame Bestimmung des Ehenamens getroffen haben.

bb) Abreden, in denen sich – wie hier – ein Ehegatte verpflichtet, seinen durch die Eheschließung erworbenen Namen im Falle der Scheidung (gemäß § 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB) aufzugeben, werden demgegenüber nach wohl allgemeiner Ansicht grundsätzlich für wirksam angesehen, es sei denn, es liegen im Einzelfall Umstände vor, die das Rechtsgeschäft sittenwidrig erscheinen lassen – so etwa, wenn der Verzicht eines Ehegatten auf die Fortführung seines durch die Eheschließung erworbenen Namens im Scheidungsfall entgeltlich erfolgt (*MünchKommBGB/Wacke*, § 1355 Rdnr. 27; *Staudinger/Vogel*, § 1355 Rdnr. 110; *Soergel/Lange*, BGB, 12. Aufl., § 1355 Rdnr. 27; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 67. Aufl., § 1355 Rdnr. 5; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, § 16 Rdnr. 27; *Everts*, FamRZ 2005, 249, 250, 253). Diese Auffassung teilt auch der Senat.

Die Frage nach der Beibehaltung oder Änderung der einmal getroffenen Namenswahl muss notwendig die Belange beider Ehegatten in den Blick nehmen: Der Ehegatte, der den Namen des anderen als Ehenamen übernommen hat, hat ein schutzwürdiges Interesse, diesen Namen auch nach einer Scheidung beibehalten zu dürfen. Der andere Ehegatte mag an einem Rückfall seines „in die Ehe eingebrachten“ Namens nach einer etwaigen Scheidung, jedenfalls aber daran interessiert sein, dass der andere Ehegatte den „erheirateten“ Namen nicht zum Ehenamen einer neuen Ehe bestimmt oder aus diesem Namen keinen wirtschaftlichen Nutzen zieht, der zu den Belangen des namensgebenden Ehegatten oder seiner Familie im Gegensatz steht.

Für den Fall, dass die Ehegatten keine Vereinbarung über die Namensführung nach Scheidung getroffen haben, hat das Gesetz diesen Interessengegensatz zugunsten des Kontinuitätsinteresses des Ehegatten entschieden, dessen Name nicht zum Ehenamen bestimmt worden ist. Nach § 1355 Abs. 5 Satz 1 BGB behält – wie dargelegt – dieser Ehegatte seinen Ehenamen auch nach einer Scheidung; er hat aber nach § 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB die Möglichkeit, seinen Geburtsnamen oder den Namen wieder anzunehmen, den er bei der Eheschließung geführt hat. Der beibehaltene Ehename kann nicht nur auf Kinder, die aus einer anderen Verbindung dieses Ehegatten hervorgehen, tradiert werden (§ 1617 Abs. 1 Satz 1, § 1617 a Abs. 1, Abs. 2 BGB); er kann darüber hinaus auch zum Ehenamen einer neuen Ehe dieses Ehegatten bestimmt werden (§ 1355 Abs. 2 Alt. 2 BGB). Nur in krassen Einzelfällen kann deshalb ein Ehegatte dem anderen nach Auflösung der Ehe die Fortführung des Ehenamens untersagen (vgl. BGH, FamRZ 2005, 1658, 1659).

Dieser – auch verfassungsrechtlich begründete (BVerfG, FamRZ 2004, 515) – Vorrang des Kontinuitätsinteresses des Ehegatten, dessen Name nicht zum Ehenamen bestimmt worden ist, hindert die Ehegatten allerdings nicht, durch eine ehevertragliche Abrede eine andere Gewichtung ihrer Interessen vorzunehmen. Insbesondere lassen die verfassungsrechtlichen Wertungen eine solche Abrede nicht als generell sittenwidrig erscheinen. Das verfassungsrechtlich verbürgte Persönlichkeitsrecht des Ehegatten, der seinen Namen durch die Eheschließung erworben hat, erschöpft sich in der ihm vom Gesetz gewährten Kontinuität dieser Namensführung. Es verwehrt ihm aber nicht, auf diese ihm gesetzlich eingeräumte Kontinuität zu verzichten und sich zu einem solchen Verzicht bereits vorab für den Scheidungsfall zu verpflichten. Auch der grundgesetzliche Schutz von Ehe und Familie erzwingt es nicht, solche Abreden generell für sittenwidrig zu erachten. Bereits der Umstand, dass das Gesetz dem geschiedenen Ehe-

gatten die Wiederannahme des früheren Namens ausdrücklich gestattet, belegt, dass die Fortführung des Ehenamens nicht zum Wesen der Ehe gehört und Abreden, in denen ein Ehegatte für den Scheidungsfall darauf verzichtet, deshalb nicht generell als ehe- und damit sittenwidrig erachtet werden können.

Das schließt freilich nicht aus, dass sich eine solche Abrede aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall – etwa im Hinblick auf die Art und Weise ihres Zustandekommens – als sittenwidrig erweist. Dabei kann dahinstehen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vereinbarung eines Entgelts für den Verzicht auf eine Fortführung des Ehenamens gegen die guten Sitten mit der Rechtsfolge des § 138 Abs. 1 BGB verstoßen kann, denn ein solches Entgelt haben die Parteien nicht vereinbart. Auch andere Umstände, die hier eine Sittenwidrigkeit der Abrede über den Namensverzicht begründen könnten, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

b) Die Abrede über die Aufgabe des Ehenamens im Falle der Scheidung ist auch nicht deshalb nichtig, weil ein anderer Teil der Abrede nichtig wäre (§ 139 BGB).

Dabei kann offenbleiben, ob die Parteien vor ihrer Eheschließung wirksam vereinbaren konnten, dass der Geburtsname der Klägerin zum Ehenamen bestimmt werden und der Beklagte diesem Ehenamen seinen Geburtsnamen voranstellen solle. Selbst wenn man – wie dargelegt – eine solche Abrede mit der wohl herrschenden Meinung für unwirksam erachtet, ergibt sich daraus noch nicht, dass auch die Vereinbarung über die Aufgabe des Ehenamens von dieser Unwirksamkeit erfasst wird. Die Ehegatten hätten den Geburtsnamen der Klägerin auch ohne eine vorherige Verpflichtungsabrede zum Ehenamen bestimmen können. Sie hätten – zuvor – für diesen Fall wirksam vereinbaren können, dass der Beklagte den beabsichtigten Ehenamen bei Auflösung der Ehe nicht fortführt und seinen Geburtsnamen wieder annimmt. Damit wäre den Belangen der Klägerin an der „Exklusivität“ ihres Geburtsnamens für den Scheidungsfall in gleicher Weise wie durch die getroffene Abrede Rechnung getragen worden. Es ist nicht erkennbar, dass sich der Beklagte auf eine solche auf den Rückfall des Ehenamens beschränkte Vereinbarung nicht ebenso eingelassen hätte wie auf die von den Parteien getroffene Abrede, die auch die vorherige Bestimmung des Ehenamens einbezieht. Die Parteien hätten mithin, wäre ihnen die Unwirksamkeit einer vorherigen Ehenamensbestimmung bekannt gewesen, ihre ehevertragliche Abrede auf den Verzicht des Beklagten beschränkt, den Geburtsnamen der Klägerin – als den von beiden beabsichtigten Ehenamen – im Falle der Auflösung der Ehe fortzuführen. Die Wirksamkeit dieses Verzichts wird deshalb von der etwaigen Unwirksamkeit der Verpflichtung zur Ehenamensbestimmung nicht berührt.

Auch der im Ehevertrag geregelte Ausschluss des Zugewinnausgleichs berührt nicht die Wirksamkeit der Verpflichtung des Beklagten, den zum Ehenamen bestimmten Geburtsnamen der Klägerin im Scheidungsfall nicht fortzuführen. Zum einen ist weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich, dass die güterrechtliche Vereinbarung unwirksam ist (zur Zulässigkeit des ehevertraglichen Ausschlusses des Zugewinnausgleichs vgl. etwa BGH, FamRZ 2007, 1310, 1311 = MittBayNot 2007, 507). Zum andern würde auch eine etwaige Unwirksamkeit der güterrechtlichen Regelung – mangels jedes erkennbaren Sachzusammenhangs – die namensrechtliche Abrede nicht nach § 139 BGB erfassen.

c) Das Begehren der Klägerin ist weder aus den Gesichtspunkten des Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch aus sonstigen Erwägungen von Treu und Glauben rechtsmissbräuchlich.

Die Klägerin würde die ihr durch den Ehevertrag eingeräumte Rechtsmacht dann missbrauchen, wenn die nunmehr – im Zeitpunkt der Scheidung – vorliegende Gestaltung der beiderseitigen Lebensverhältnisse von den Vorstellungen, welche die Parteien bei Abschluss der Vereinbarung für den Scheidungsfall hatten, grundlegend abwicke und für den Beklagten die Einhaltung der von ihm übernommenen Verpflichtung zur Aufgabe seines Ehenamens angesichts dieser Abweichung unzumutbar wäre (vgl. § 313 BGB). Das ist indes nicht der Fall. Insbesondere vermag der von der Revision angeführte Umstand, dass die Ehe der Parteien rund 15 Jahre gedauert hat und aus der Ehe zwei Kinder hervorgegangen sind, den Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs nicht zu begründen. Denn es ist weder festgestellt noch wahrscheinlich, dass die Parteien bei ihrer Abrede von einer nur kurzen Dauer ihrer Ehe ausgegangen sind. Ebenso wenig ist festgestellt oder sonst ersichtlich, dass die – bei Eingehung ihrer Ehe 29 und 27 Jahre alten – Parteien davon ausgegangen wären, dass ihre Ehe kinderlos bleiben würde, der vereinbarte Verzicht des Beklagten auf die Fortführung des Ehenamens also nicht zu einer namensmäßigen Trennung des Beklagten von künftigen gemeinsamen Kindern führen könne.

Auch für sich genommen sind die vergleichsweise lange Ehe-dauer und das Interesse des Beklagten an der Namensseinheit mit seinen Kindern nicht geeignet, das Begehren der Klägerin als rechtsmissbräuchlich erscheinen zu lassen (§ 242 BGB). Dies gilt umso mehr, als der Beklagte zum einen während der meisten Zeit der Ehe ohnehin einen von Kindesnamen partiell abweichenden Doppelnamen geführt und zum anderen die Möglichkeit eines entgeltlichen Verzichts auf den Ehenamen ins Gespräch gebracht hat.

3. Das angefochtene Urteil ist auch nicht deshalb fehlerhaft, weil es – wie die Revision meint – den Beklagten zur Abgabe einer Erklärung verpflichtet, die den von der Klägerin erstrebten Erfolg nicht herbeizuführen vermag.

Der Revision ist zuzugeben, dass der – dem Klagantrag folgende – Urteilsausspruch die vom Beklagten der Sache nach geschuldete Erklärung missverständlich wiedergibt. Nach § 1355 Abs. 5 Satz 1 BGB kann ein geschiedener Ehegatte – wie dargelegt – seinen Ehenamen fortführen. Er kann aber auch – stattdessen – seinen Geburtsnamen oder einen vom Geburtsnamen abweichenden Namen wieder annehmen, wenn er diesen im Zeitpunkt der Eheschließung geführt hat (§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB). Falls der Ehe-name nicht beibehalten werden soll, ist deshalb gegenüber dem Standesamt nicht die Aufgabe des Ehenamens, sondern die Wiederannahme des früheren Namens – sei es des Geburtsnamens oder des abweichenden, zuvor geführten Namens – zu erklären. Da der Beklagte im Zeitpunkt der Eheschließung seinen Geburtsnamen W. geführt hat, ist er nach der mit der Klägerin getroffenen Abrede verpflichtet, diesen Namen wieder anzunehmen. In diesem Sinne sind auch der Klagantrag und der Urteilsausspruch zu verstehen.

Etwas anderes ergäbe sich auch dann nicht, wenn der Beklagte inzwischen wiederverheiratet wäre. In diesem Falle könnte der Beklagte gemeinsam mit seiner (zweiten) Ehefrau zwar deren Geburtsnamen zum Ehenamen bestimmen. Damit wäre jedoch die Verpflichtung des Beklagten aus dem Ehevertrag nicht erfüllt. Der Beklagte schuldet danach die Nicht-Fortführung des Ehenamens. Dieser Schuld würde er nicht in vollem Umfang gerecht, wenn er den bisherigen Ehenamen durch einen neuen Ehenamen gleichsam nur „überlagerte“ mit der Konsequenz, dass er den bisherigen (ersten) Ehenamen dem neuen Ehenamen jederzeit als Begleitnamen beifügen (§ 1355 Abs. 4 Satz 1 Alt. 2 BGB) oder im Falle einer

Scheidung auch der neuen Ehe den bisherigen (ersten) Ehenamen als den im Zeitpunkt der (neuen) Eheschließung geführten Namen wieder annehmen könnte (§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB). Beide Möglichkeiten sind dem Beklagten dagegen versperrt, wenn er – vor der Bestimmung eines neuen Ehenamens – seinen Geburtsnamen wieder annimmt mit der Folge, dass er einem künftigen Ehenamen nur diesen Geburtsnamen beifügen und auch nur diesen Geburtsnamen bei Scheidung auch der zweiten Ehe wieder annehmen kann. Hierzu ist er nach Sinn und Zweck der vertraglichen Abrede verpflichtet.

Der Senat hat deshalb klargestellt, dass der Beklagte durch Erklärung gegenüber dem für ihn zuständigen Standesamt seinen Geburtsnamen W. wieder anzunehmen hat.

6. BGB §§ 1629 Abs. 2, 1630, 1638, 1795, 1796, 1909, 2209 (Ergänzungspflegschaft bei Testamentvollstreckung durch gesetzlichen Vertreter)

Ist der Vater eines minderjährigen Erben zum (Verwaltungs-)Testamentsvollstrecker bestellt worden, so kommt die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft zur Wahrnehmung der Rechte des Erben aus den in den Nachlass fallenden Gesellschaftsanteilen auch dann nicht in Betracht, wenn der Vater Mitgesellschafter und die Mutter von der Vertretung des Kindes für das ererbte Vermögen ausgeschlossen ist; denn die mit einer solchen Pflegschaft einhergehende Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vaters ändert an dessen Verwaltungsbefugnissen als Testamentvollstrecker nichts.

Ob in einem solchen Fall eine Ergänzungspflegschaft zur Wahrnehmung der Rechte des Minderjährigen gegenüber dem Vater als Testamentvollstrecker angeordnet werden muss, ist – im Rahmen der tatrichterlichen Verantwortung – im Einzelfall zu entscheiden. Ein „typischer“ Interessengegensatz wird zwar im Regelfall die Annahme rechtfertigen, dass es auch im zu entscheidenden Einzelfall zu Konfliktsituationen kommen kann, denen durch die Bestellung eines Pflegers rechtzeitig vorgebeugt werden sollte. Anderes kann sich jedoch dann ergeben, wenn aufgrund der bisherigen Erfahrungen und des engen persönlichen Verhältnisses zwischen Vater und Kind keinerlei Anlass zu der Annahme besteht, der Vater werde unbeschadet seiner eigenen Interessen die Belange des Kindes nicht in gebotener Weise wahren und fördern.

BGH, Beschluss vom 5.3.2008, XII ZB 2/07; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Der minderjährige L. ist der testamentarische Alleinerbe seines Großvaters. Der Großvater hat seine Tochter – die Mutter des L. (Beteiligte zu 1) – von der Verwaltung des seinem Enkel vererbten Vermögens ausgeschlossen und deren geschiedenen Ehemann – den Vater des L. (Beteiligter zu 2) – zum Testamentvollstrecker berufen. Zugleich hat er Vermächnisse zugunsten seiner Tochter, seines Sohnes und seines Schwiegersohnes angeordnet, Letzteres unabhängig davon, ob dieser im Zeitpunkt des Erbfalles (noch) verheiratet ist oder nicht.

Zum Nachlass gehören Kommanditbeteiligungen an zwei in der Form einer GmbH & Co. KG betriebenen Bauunternehmen, Geschäftsanteile an den Komplementär-Gesellschaften (mbH) dieser Unternehmen sowie Immobilien. Der Vater des L. ist Geschäftsführer der Komplementär-Gesellschaften; außerdem ist er jedenfalls an beiden Bauunternehmen als Kommanditist beteiligt.

Auf Anregung der Mutter des L. hat der Rechtspfleger beim Familiengericht für die Aufgabenkreise „Wahrnehmung der Rechte gegenüber dem Testamentvollstrecker“ und „Wahrnehmung der Rechte aus den Gesellschaftsbeteiligungen des Minderjährigen“ Ergänzungspflegschaft angeordnet, da die Eltern wegen Interessenkonflikts von der Vertretung des L. ausgeschlossen seien. Auf die befristete Beschwerde des Vaters hat das OLG die Ergänzungspflegschaft aufgehoben. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Mutter.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Nach Auffassung des OLG liegen die Voraussetzungen für eine Ergänzungspflegschaft nicht vor, da der Vater des L. an der Vermögenssorge für den Minderjährigen nicht verhindert sei. Das Gesetz sehe die Eltern als die natürlichen Verwalter der Vermögensinteressen ihrer minderjährigen Kinder an. Die Bestellung eines Ergänzungspflegers allein zur Prüfung, ob der gesetzliche Vertreter die Rechte des Kindes pflichtgemäß wahrnehme oder ob es etwa im Interesse des Kindes nötig sein könne, gegen ihn vorzugehen, finde im Gesetz keine Stütze. Vielmehr müsse ein Interessenwiderstreit im konkreten Fall auftreten und die Befürchtung rechtfertigen, der Vertreter könne aus Eigennutz die von ihm wahrzunehmenden Belange des Kindes vernachlässigen.

Der Umstand, dass der gesetzliche Vertreter in einer Person auch die Aufgaben als Testamentvollstrecker über den vom Minderjährigen ererbten Nachlass wahrnehme bzw. als Mitgesellschafter und Geschäftsführer in Gesellschaften tätig sei, an denen der Minderjährige beteiligt sei, erfordere ohne konkreten Anlass nicht die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft. Eine konkrete Konfliktlage oder ein Interessengegensatz im Einzelfall und eine sich daraus ergebende Gefährdung der Vermögensinteressen des L. seien nicht aufgezeigt worden. Es sei deshalb davon auszugehen, dass der Vater des Minderjährigen bei der Ausübung seiner Ämter und bei der Wahrnehmung seiner Gesellschaftsrechte zugleich im Interesse seines Sohnes handle.

2. Diese Ausführungen lassen Rechtsfehler nicht erkennen.

Nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält, wer unter elterlicher Sorge steht, für Angelegenheiten, an denen die Eltern verhindert sind, einen Pfleger. Nach Satz 2 dieser Vorschrift erhält er zur Verwaltung des Vermögens, das er von Todes wegen erwirbt, insbesondere dann einen Pfleger, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, dass die Eltern das Vermögen nicht verwalten sollen. Die Voraussetzungen des § 1909 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB sind hier nicht erfüllt.

Die vom Großvater des Minderjährigen getroffene Bestimmung, dessen Mutter solle das von ihm ererbte Vermögen nicht verwalten, bewirkt nach § 1638 Abs. 1 Satz 1 BGB, dass sich die Sorge der Mutter nicht auf dieses Vermögen erstreckt. Dies führt nach § 1638 Abs. 3 BGB bei – wie hier – gemeinsamer Sorge dazu, dass nunmehr dem anderen Elternteil die Sorge für das vom Minderjährigen ererbte Vermögen und damit auch insoweit die Vertretung des Minderjährigen allein obliegt. Für eine Pflegerbestellung wäre deshalb nur Raum, wenn auch der Vater die Vermögenssorge für den Minderjährigen in Ansehung des ererbten Vermögens nicht wahrnehmen könnte und deshalb, wie von § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB vorausgesetzt, beide Elternteile insoweit an der Ausübung der Vermögenssorge gehindert sind. Das ist indes nicht der Fall.

a) Der Vater ist durch § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB an der Ausübung der Sorge im Hinblick

auf das von dem Minderjährigen ererbte Vermögen rechtlich nicht gehindert.

aa) Der Umstand, dass der Vater gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen und zugleich Testamentsvollstrecker über das von diesem ererbte Vermögen ist, begründet eine solche Verhinderung nicht. § 181 BGB setzt voraus, dass ein – hier: gesetzlicher – Vertreter im Namen des Vertretenen Geschäfte mit sich selbst vornimmt, die nicht allein der Erfüllung einer Verbindlichkeit dienen. Das dem Vater übertragene Amt als Testamentsvollstrecker über den von dem Minderjährigen ererbten Nachlass verlangt – für sich genommen – solche Geschäfte weder notwendig noch regelmäßig. Als Testamentsvollstrecker hat der Vater den Nachlass abzuwickeln, also insbesondere Nachlass- und Erblässerschulden – z. B. auch die Vermächtnisansprüche der Mutter des Minderjährigen sowie die ihres Bruders – zu erfüllen; außerdem hat er den Nachlass – hier bis zum 35. Lebensjahr des Erben – zu verwalten. Weder die Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten noch die Verwaltung des Nachlasses erfordern notwendig und vorhersehbar Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers mit dem Erben, die für den Erben abzuschließen dem Vater als dessen gesetzlichem Vertreter nach § 181 BGB verwehrt wäre.

bb) Auch die Stellung des Vaters als Kommanditist der Baugesellschaften mbH & Co. KG sowie als Geschäftsführer der Komplementärgesellschaften mbH begründen keine rechtliche Verhinderung des Vaters an der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen mit der Folge der Bestellung eines Ergänzungspflegers (nach § 1909 Abs. 1, § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB). Das ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Rechte des Minderjährigen aus seinem vom Großvater ererbten Gesellschaftsbeteiligungen von seinem Vater nicht als dessen gesetzlicher Vertreter, sondern – aufgrund der vom Großvater für die Zeit bis zum 35. Lebensjahr des Minderjährigen angeordneten Testamentsvollstreckung – als Testamentsvollstrecker wahrgenommen werden. Damit steht bei Wahrnehmung der Gesellschaftsangelegenheiten der Vater als Mitgesellschafter und Geschäftsführer sich selbst als Testamentsvollstrecker gegenüber. Dies mag bei etwaigen dem § 181 BGB unterfallenden Interessenkollisionen (zur eingeschränkten Anwendbarkeit des § 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse über die Geschäftsführung bei OHG und GmbH vgl. etwa BGHZ 65, 93 = DNotZ 1976, 107; MünchKommBGB/Edenhofer, 5. Aufl., § 181 Rdnr. 19 f. m. w. N.) möglicherweise zu erbrechtlichen Konsequenzen, etwa zu einer Abberufung des Vaters als Testamentsvollstrecker (vgl. § 2227 BGB), führen; die Bestellung eines Ergänzungspflegers für den Minderjährigen rechtfertigen solche Interessenkollisionen indes schon deshalb nicht, weil die damit begründete gesetzliche Vertretungsmacht des Pflegers nichts daran ändern würde, dass der Minderjährige als Erbe und Mitgesellschafter – ebenso wie ein für ihn bestellter Ergänzungspfleger – durch die fortbestehende Testamentsvollstreckung beschränkt ist und bleibt.

b) Eine – die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB rechtfertigende – Verhinderung des Vaters an der Sorge für das von dem Minderjährigen ererbte Vermögen würde sich allerdings dann ergeben, wenn dem Vater die Sorge nach § 1629 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 1796 Abs. 1 BGB entzogen würde. Ob eine solche Entziehung in dem – vom OLG aufgehobenen – Beschluss des Rechtspflegers beim AG über die Anordnung der Pflegschaft und die Bestellung eines Pflegers konkludent enthalten war (vgl. § 1630 Abs. 1 BGB), kann hier dahinstehen. Das OLG hat die Voraussetzungen für eine Entziehung des Sorgerechts jedenfalls in nicht zu beanstandender Weise verneint.

Nach § 1629 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 1796 Abs. 2 BGB soll einem Elternteil das Sorgerecht nur entzogen werden, wenn das Interesse des Kindes zum Interesse des Elternteils als gesetzlichem Vertreter in erheblichem Gegensatz steht. Ein solcher Gegensatz kann – wie dargelegt – hier nicht in der Stellung des Vaters als Mitgesellschafter und Geschäftsführer der Bauunternehmen, an denen der Minderjährige beteiligt ist, und in seiner gleichzeitigen Funktion als gesetzlicher Vertreter gesehen werden. Denn die Gesellschaftsbeteiligungen des Minderjährigen unterliegen nicht den sorgerechtlichen Befugnissen des Vaters als gesetzlichem Vertreter, sondern seiner Verwaltungsmacht als Testamentsvollstrecker. Einem etwaigen Interessenkonflikt in der Person des Vaters könnte deshalb auch nicht dadurch abgeholfen werden, dass dem Vater die Vermögenssorge für die von dem Minderjährigen ererbten Gesellschaftsanteile entzogen und auf einen Pfleger übertragen würde; denn an der fortbestehenden Testamentsvollstreckung des Vaters über die Gesellschaftsbeteiligungen änderte sich dadurch nichts.

Ein für § 1629 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 1796 Abs. 2 BGB erheblicher Interessengegensatz könnte deshalb nur in dem Umstand gefunden werden, dass der Vater, der in Ansehung des von dem Minderjährigen ererbten Vermögens dessen alleiniger gesetzlicher Vertreter ist, dieses Vermögen zugleich als Testamentsvollstrecker verwaltet. In der Tat werden in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung die Voraussetzungen des § 1796 Abs. 2 BGB generell bejaht, wenn der gesetzliche Vertreter eines Erben zugleich als Testamentsvollstrecker eingesetzt ist. Der Testamentsvollstrecker habe gegenüber dem Erben die in §§ 2215 bis 2217 BGB bestimmten Pflichten und könne ihm unter den Voraussetzungen des § 2219 BGB schadensersatzpflichtig werden. Der sich daraus ergebende Interessengegensatz sei so erheblich, dass er die Wahrnehmung der Aufgaben der beiden Ämter durch ein und dieselbe Person ausschließe (BayObLG, Rpfleger 1977, 440; OLG Schleswig, OLGR 2007, 442; OLG Zweibrücken, Rpfleger 2004, 162 = ZEV 2004, 161; OLG Nürnberg, FamRZ 2002, 272 = ZEV 2002, 158; OLG Hamm, FamRZ 1993, 1122, 1123).

Der Senat vermag sich einer solchen generalisierenden Betrachtungsweise nicht anzuschließen. § 1796 BGB setzt – anders als § 1795 BGB – einen sich aus dem Einzelfall ergebenden Interessenwiderstreit voraus. Dabei wird nicht verkannt, dass ein „typischer“ Interessengegensatz im Regelfall die Annahme rechtfertigen wird, dass es auch im Einzelfall zu Konfliktsituationen kommen kann, denen durch die Bestellung eines Pflegers rechtzeitig vorgebeugt werden soll. Diese Risikogenetheit eines „typischen“ Interessengegensatzes führt indes nicht zwangsläufig zur Anordnung einer Pflegschaft. Vielmehr liegt es auch hier im Rahmen tatrichterlicher Verantwortung, nach einer Abwägung aller Umstände zu entscheiden, ob eine vorbeugende Pflegschaftsanordnung geboten oder ein Zuwarten – auch im wohlverstandenen Interesse des Vertretenen – ratsam erscheint. Letzteres mag sich für den Tatrichter namentlich dann anbieten, wenn ein minderjähriger Erbe von seinem zugleich zum Testamentsvollstrecker berufenen Elternteil gesetzlich vertreten wird und wenn aufgrund der bisherigen Erfahrungen und des engen persönlichen Verhältnisses der Beteiligten keinerlei Anlass zu der Annahme besteht, der Vertreter werde – unbeschadet seiner eigenen Interessen – die Belange des Vertretenen nicht im gebotenen Maße wahren und fördern.

So liegen die Dinge hier. Das OLG ist davon ausgegangen, der Vater des minderjährigen L. werde bei der Ausübung seiner Ämter zugleich im Interesse seines Sohnes handeln. Diese

Annahme hält sich – in Ansehung der Umstände des Falles und mangels jeglicher entgegenstehender Anhaltspunkte – im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Beurteilung und ist deshalb rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden.

3. Das OLG hat somit die Entscheidung des Rechtspflegers beim AG zu Recht aufgehoben. Für die Anordnung einer Pflegschaft zur „Wahrnehmung der Rechte aus den Gesellschaftsbeteiligungen des Minderjährigen“ war – wie dargelegt – von vornherein kein Raum, da diese Rechte nicht von dem Minderjährigen bzw. seinem gesetzlichen Vertreter wahrgenommen, sondern von dem Testamentsvollstrecker verwaltet werden und die Bestellung eines Pflegers für den Minderjährigen an der fortbestehenden Verwaltungszuständigkeit des Testamentsvollstreckers nichts zu ändern vermag. Für die Anordnung einer Pflegschaft zur „Wahrnehmung der Rechte gegenüber dem Testamentsvollstrecker“ fehlt es nach der – insoweit maßgebenden – tatrichterlichen Beurteilung des OLG an einem erheblichen Interessengegensatz im Einzelfall.

7. BGB §§ 1821, 2315 (*Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Minderjährigenüberlassung*)

Zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Überlassung eines Miteigentumsanteils an minderjährige Kinder unter Anrechnung auf den Pflichtteil.

OLG München, Beschluss vom 17.7.2007, 31 Wx 18/07; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die minderjährigen Beteiligten (geb. 1993 bzw. 1995), jeweils vertreten durch eine Ergänzungspflegerin, schlossen am 9.2.2006 mit ihrem Vater (geb. 1955) einen Überlassungsvertrag, nach dem sie jeweils einen $\frac{3}{10}$ -Anteil an einem mit einem Wohn- und Geschäftshaus bebauten Grundstück in L. übertragen erhalten. Den restlichen $\frac{4}{10}$ -Anteil überließ der Übergeber in demselben Vertrag an seine Ehefrau, die Mutter der Beteiligten; insoweit ist die Eintragung im Grundbuch erfolgt. Das Grundstück ist belastet mit zwei Grundschulden ohne Brief zu 100.000 DM und 600.000 DM, die mit rund 173.000 € valutiert sind. Die monatlichen Mieteinnahmen aus dem Objekt betragen rund 5.500 €. Als Gegenleistung ist ein lebenslänglicher und unentgeltlicher Nießbrauch des Veräußerers vereinbart, wobei der Nießbraucher auch die außerordentlichen Lasten zu tragen hat. Ferner haben die Erwerber die im Grundbuch eingetragenen Grundschulden zu dulden, während die Verpflichtung zur Verzinsung und Tilgung beim Veräußerer verbleibt. Außerdem wird ein Rückübertragungsanspruch für den Veräußerer für im Einzelnen aufgeführte Fallgestaltungen vereinbart. In diesem Fall hat die Rückübertragung frei von anderen Belastungen als den in der Urkunde übernommenen zu erfolgen; etwaige Investitionen des Erwerbers auf den Vertragsgegenstand sind diesen bzw. seinen Erben insoweit zu ersetzen, als sie den Wert des Vertragsobjektes im Zeitpunkt der Rückübertragung noch erhöhen. Weiter ist bestimmt, dass im Übrigen die Überlassung unentgeltlich als Schenkung erfolgt und sich die Erwerber deren Wert auf ihren Pflichtteil nach dem Veräußerer anrechnen zu lassen haben. Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, wird auf Dauer ausgeschlossen. Mit Nachtragsurkunde vom 13.7.2006 wurde in Abänderung des vorangegangenen Vertrages vereinbart, dass der Veräußerer sich das Recht vorbehält, die bestehenden Grundpfandrechte neu für eigene Beleihungszwecke valutieren zu lassen und als Sicherheit für Verbindlichkeiten zu verwenden, deren Aufnahme für die Durchführung von Reparaturen und Renovierungsarbeiten am Vertragsobjekt erforderlich oder zweckmäßig ist.

Die vom Vormundschaftsgericht bestellte Verfahrenspflegerin hat sich gegen die Genehmigung des Überlassungsvertrages ausgesprochen, insbesondere wegen der Anrechnung des Wertes der Schenkung auf den Pflichtteil. Das Vormundschaftsgericht hat mit Beschluss vom 10.11.2006 die Erklärungen der Ergänzungspflegerin

betreffend den Überlassungsvertrag vom 9.2.2006 mit Nachtrag vom 13.7.2006 nicht genehmigt. Die Beschwerde des bevollmächtigten Urkundsnotars hat das LG mit Beschluss vom 28.12.2006 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Unter Berücksichtigung aller Umstände lägen die zu genehmigenden Verträge nicht im Interesse der beiden Kinder. Dabei seien Vorteile, Risiken, Erträge und Aufwendungen sowie insbesondere auch die steuerlichen Folgen gegeneinander abzuwägen. Es genüge, wenn im Ganzen gesehen der Vertrag für den Mündel vorteilhaft, zweckmäßig und nützlich sei. Es sei zu Recht Ergänzungspflegschaft angeordnet worden, weil die Eltern von der Vertretung ihrer Kinder ausgeschlossen seien. Bei dem Überlassungsvertrag handle es sich nicht um ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft, weil der Veräußerer sich das Recht vorbehalten habe, die Rückübertragung und Rückauflassung des Vertragsbesitzes zu verlangen. Hinsichtlich der Grundschulden sei bisher nicht sichergestellt, dass die Kinder von etwaigen Kosten für die Schaffung des zur Zwangsvollstreckung erforderlichen Titels freigestellt würden. In Anbetracht des Wertes der Immobilie sei der Pflichtteilsanspruch mit der Überlassung im Wesentlichen oder vollständig abgedeckt. An Stelle eines Geldanspruches trete damit der Miteigentumsanteil an einem Mehrparteienobjekt unter Ausschluss der Teilungsversteigerung, mithin ein deutlich schlechter disponibles Gut. Das schränke den Gestaltungsspielraum für die weitere Lebensführung der Kinder erheblich ein. Ihr Interesse an der Auszahlung einer bestimmten Geldsumme könne höher sein als ihr Interesse, Miteigentümer einer Immobilie zu sein. Im Vertrag sei auch nicht klargestellt, dass die Anrechnung auf den Pflichtteil dann nicht statfinde, wenn eine Rückübertragung des Miteigentumsanteils an den Veräußerer erfolge. Das gelte auch für den Fall, dass die Zwangsversteigerung eines Gläubigers in das Grundstück statfinde. Darüber hinaus würden im Falle der Rückübertragung auf den Veräußerer etwaige Investitionen des Erwerbers nur insoweit ersetzt, als sie den Wert des Vertragsobjektes im Zeitpunkt der Rückübertragung noch erhöhten. Auch das liege nicht im Interesse der Kinder. Hinsichtlich der Kosten sei klarzustellen, dass darunter auch die Kosten des Genehmigungsverfahrens einschließlich derjenigen der Verfahrenspflegerin zählen.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) weitgehend nicht stand.

a) Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass der Überlassungsvertrag kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft i. S. d. § 107 BGB darstellt, die Eltern von der Vertretung ausgeschlossen sind (§ 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1795 Abs. 2, § 181 BGB) und die von den Ergänzungspflegerinnen abgegebenen Erklärungen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen, nämlich allein schon wegen der an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Verpflichtung zur Rückübertragung des Grundstücksteils (§ 1909 Abs. 1 Satz 1, § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB).

b) Die Entscheidung des Tatrichters über die Erteilung oder Versagung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für Grundstücksgeschäfte wie das hier vorliegende stellt eine Ermessensentscheidung dar (BayObLG, NJW-RR 2003, 649, 652 m. w. N.). Das Gericht der weiteren Beschwerde kann sie nur als rechtsfehlerhaft beanstanden, wenn der Tatrichter sich

des ihm zustehenden Ermessens nicht bewusst war, von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Feststellungen ausgegangen ist, wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat, der Bewertung relevanter Umstände unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt, von seinem Ermessen einen dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch gemacht oder die Grenzen des Ermessens überschritten hat (BayObLG, NJW-RR 2003, 649, 652 m. w. N.). Solche Fehler liegen hier vor.

c) Bei der Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung ist nach hinreichender Sachaufklärung entscheidend, ob das genehmigungsbedürftige Geschäft unter Berücksichtigung aller Umstände im Interesse des Mündels liegt. Vorteile, Risiken, Erträge und Aufwendungen sowie die steuerlichen Folgen sind gegeneinander abzuwägen; es genügt, wenn im Ganzen gesehen der Vertrag für den Mündel vorteilhaft ist (vgl. BayObLG, FamRZ 2003, 631). Maßgebender Gesichtspunkt ist das Gesamtinteresse, wie es sich zur Zeit der tatrichterlichen Entscheidung darstellt. Hierbei darf das Rechtsgeschäft nicht in seine Bestandteile zerlegt werden; es ist vielmehr eine Gesamtabwägung vorzunehmen, in die alle für das Gesamtinteresse maßgebenden Umstände einzustellen sind (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2004, 223, 225).

Das hat das LG verkannt, indem es im Wesentlichen einzelne ihm ungünstig erscheinende Bestandteile des Vertrages beanstandet, die mit der Überlassung verbundenen Vorteile für die Kinder jedoch nicht hinreichend berücksichtigt hat. Darüber hinaus sind auch die erhobenen Beanstandungen weitgehend nicht stichhaltig. Insbesondere hat das LG nicht in Erwägung gezogen, dass der Pflichtteilsanspruch der Erwerber, den es wegen seiner Liquidität als vorzugswürdig gegenüber der Beteiligung an einer Immobilie angesehen hat, noch nicht entstanden ist und gegebenenfalls nie zur Entstehung gelangt.

Nachdem weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden. Die gebotene Abwägung der gesamten Umstände führt zu dem Ergebnis, dass der Überlassungsvertrag zu genehmigen ist.

d) Durch die Überlassung erhalten die Kinder einen Teil des väterlichen Vermögens, das ihnen nach der ausdrücklich bekundeten Absicht des Übergebers ansonsten mit dessen Tod im Wege des Erbgangs zufließen würde. Eine derartige Weitergabe von Familienvermögen zu Lebzeiten der älteren Generation an die nächste Generation begegnet als „vorweggenommene Erbfolge“ keinen grundsätzlichen Bedenken, ist vielmehr in vielen Fällen sinnvoll und in aller Regel gerade auch im Interesse des Empfängers. Hier liegt der Fall nicht anders. Wann der künftige Erbfall eintritt und welches Vermögen dann vorhanden ist, ist völlig ungewiss. Ohne die Übertragung erhielten die Kinder derzeit nichts, ihre Vermögenssituation würde sich aktuell nicht verbessern. Durch die Übertragung erhalten sie sofort einen beträchtlichen Wertzuwachs, noch dazu in Form von Immobilieneigentum. Sie erhalten jetzt eine gesicherte Rechtsposition an einem Vermögensgegenstand, der in der Regel besonders wertbeständig ist. Dass dies einen nachhaltigen Vorteil darstellt, bedarf keiner weiteren Begründung. Hinzu können erhebliche steuerliche Vorteile kommen, die auch den Kindern zugute kommen und deren Inanspruchnahme durchaus legitim ist.

e) Es ist nicht zu beanstanden, dass die Zuwendung auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Die Kinder erlangen durch die Übertragung der Immobilie im Wege der vorweggenommenen Erbfolge einen Vermögenszuwachs, dessen Anrechnung auf den Pflichtteil üblich und sinnvoll ist. Entgegen der Ansicht des LG kann ein erheblicher Nachteil auch

nicht darin gesehen werden, dass die Kinder im Erbfall statt eines beliebig verwendbaren Geldbetrages nur einen kaum disponiblen Anteil an einer Immobilie innehaben.

aa) Ein Pflichtteilsanspruch entsteht erst mit dem Erbfall (§ 2317 Abs. 1 BGB) und nur dann, wenn die Kinder durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind (§ 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB) und der Nachlass nicht überschuldet ist (§ 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sind die Kinder im Erbfall als (Mit-)Erbgenossen berufen, geht das Vermögen insgesamt und ungeteilt auf sie über (§§ 1922, 2032 Abs. 1 BGB), sie treten in die Rechtsposition des Erblassers ein. Ob und wann den Kindern mit dem Pflichtteil ein beliebig verwendbarer Geldbetrag zur Verfügung stehen wird, ist somit ungewiss. Ebenso fehlt es an einer hinreichenden Tatsachengrundlage für die Annahme der Vorinstanzen, die Überlassung des Immobilienanteils stelle für die Kinder eine Einschränkung in ihrer Lebensplanung dar. Der Überlassungsvertrag enthält keinerlei Vorgaben dahingehend, dass die Übernehmer die Immobilie selbst nutzen müssen. Sie wird auch derzeit nicht von der Familie bewohnt, sondern ist vermietet. Auch wenn sie teilweise vom Übergeber für seine Praxis genutzt wird, hat das nicht zur Folge, dass beide Kinder oder eines von ihnen diese übernehmen müssen; auch Praxisräume können vermietet werden. Die Vorinstanzen und die Verfahrenspflegerin gehen anscheinend davon aus, dass der Pflichtteilsanspruch für die Ausbildung der Kinder zur Verfügung stehen sollte. Dabei verkennen sie jedoch, dass angesichts der biographischen Daten der Beteiligten die Kinder aller Voraussicht nach ihre Ausbildung längst abgeschlossen haben werden, bis ein Pflichtteilsanspruch überhaupt zur Entstehung gelangen kann. Zudem sind die Eltern verpflichtet, ihren Kindern Ausbildungsunterhalt zu leisten (§§ 1601, 1602, 1610 Abs. 2 BGB). Schließlich kann die Aufhebung der Gemeinschaft trotz des vereinbarten Ausschlusses gleichwohl verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 749 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BGB).

bb) Das LG geht wie alle Verfahrensbeteiligten davon aus, dass die Immobilie erheblichen Wert hat, wobei dazu keine konkreten Feststellungen getroffen wurden. Seine Folgerung, dass deshalb durch die Anrechnung der Zuwendung weitgehend der (etwaige) Pflichtteilsanspruch aufgezehrt wird, lässt jedoch außer Acht, dass der auf den Pflichtteilsanspruch anzurechnende Wert der Zuwendung (§ 2315 Abs. 2 BGB) des $\frac{4}{10}$ -Miteigentumsanteils nicht gleichzusetzen ist mit $\frac{4}{10}$ des Verkehrswerts der Immobilie. Der Wert der Zuwendung wird nicht nur vom Gesamtwert des Hausgrundstücks unter Berücksichtigung der auf diesem ruhenden Belastungen bestimmt, sondern auch durch die Belastungen und Beschränkungen, denen der überlassene Miteigentumsanteil unterliegt, wie dem Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft und dem vereinbarten lebenslangen Nießbrauch zugunsten des Übergebers. Eine Ermittlung des tatsächlichen Wertes der Zuwendung ist hier aber nicht veranlasst, weil auch die Höhe eines etwaigen Pflichtteilsanspruchs nicht festgestellt werden kann und ein Vergleich zwischen den beiden Beträgen schon deshalb scheitern muss. Schließlich entfällt zu dem Zeitpunkt, in dem ein Pflichtteilsanspruch der Kinder überhaupt erst entstehen kann, nämlich dem Tod des Übergebers, zugleich auch dessen Nießbrauch, so dass die Mieteinnahmen aus dem Objekt, die sich derzeit auf netto 5.500 € belaufen, ab dann den Eigentümern zufließen.

cc) Nach § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB bestimmt sich der Wert der Zuwendung nach der Zeit, zu der sie erfolgt ist. Das kann sich dann für die Bedachten nachteilig auswirken, wenn der Gegenstand der Zuwendung bis zur Entstehung des Pflicht-

teilsanspruchs einen Wertverlust erleidet. Dieses Risiko kann ausgeschlossen werden, indem zur Anrechnungsbestimmung der Zusatz in den Vertrag aufgenommen wird, dass die Anrechnung grundsätzlich zu dem Wert im Zeitpunkt der Zuwendung erfolgt, höchstens aber zu dem Wert, den der zugewendete Gegenstand zum Zeitpunkt des Todes des Übergebers noch hat (vgl. *Fembacher*, MittBayNot 2004, 24, 26). Dass ein solcher Zusatz hier fehlt, hindert aber die Genehmigung des Vertrages nicht. Es sind keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich, dass mit einer erheblichen Wertminderung in der Zeit zwischen der Zuwendung und dem Eintritt des Erbfalls zu rechnen ist. Das theoretische Risiko eines möglicherweise später eintretenden Wertverlusts tritt deshalb zurück gegenüber dem jetzt erlangten Vermögensvorteil durch die Grundstücksübertragung.

dd) Der Überlassungsvertrag enthält keine ausdrückliche Regelung des Inhalts, dass die Anrechnung nicht stattfindet, wenn der Übergeber seinen Rückübertragungsanspruch geltend macht. Eine solche ist zwar im Hinblick auf eine Klarstellung wünschenswert, aber nicht zwingend erforderlich. Die Anrechnung nach § 2315 BGB setzt voraus, dass die lebzeitige Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten den Nachlass mindert (vgl. *Staudinger/Haas*, BGB, 2006, § 2315 Rdnr. 10; MünchKommBGB/Lange, 4. Aufl., § 2315 Rdnr. 5). Daran fehlt es, wenn eine Rückübertragung des überlassenen Vermögensgegenstandes auf den Übergeber erfolgt.

e) Ein Risiko für die Erwerber besteht in diesem Zusammenhang auch insoweit, als sie bei der Rückübertragung Investitionen nur ersetzt erhalten, soweit sie den Wert des Vertragsobjekts noch erhöhen. Dass sich dieses Risiko verwirklicht, ist jedoch wenig wahrscheinlich, weil die Erwerber keinen Anlass haben, Investitionen zu tätigen, nachdem der Nießbraucher auch die außerordentlichen Lasten der Sache zu tragen hat. Dasselbe gilt für das Risiko, dass der Übergeber bis zur Beendigung des Nießbrauchs entgegen der vertraglichen Verpflichtungen die Darlehen nicht vollständig zurückführen kann. Auch dabei handelt es sich um eine zwar theoretisch mögliche, aber wenig wahrscheinliche Entwicklung, der im Rahmen der Gesamtabwägung deshalb kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden kann, zumal das Vertragsobjekt auch Einnahmen abwirft, die zur Tilgung der Verbindlichkeiten verwendet werden können.

f) Zutreffend hat das LG ausgeführt, dass die mit dem Erwerb des mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücks verbundene Haftung nur den im Eigentumserwerb liegenden Vorteil mindert, ihn jedoch nicht beseitigt. Zu Unrecht meint das LG allerdings, dass sich eine die Eigentümer persönlich treffende Zahlungspflicht daraus ergeben könnte, dass diese die Kosten des zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück erforderlichen Titels tragen müssen. Aus dem bei den Akten befindlichen Grundbuchauszug ergibt sich nämlich, dass beide Grundschulden nach § 800 ZPO vollstreckbar sind. Mithin liegen für beide Grundschulden bereits Vollstreckungstitel vor, so dass diese nicht erst geschaffen werden müssen und dafür auch keine Kosten für die Eigentümer entstehen können (vgl. BGH, NJW 2005, 415, 417).

g) Als Baudenkmal unterliegt das überlassene Anwesen den Schutzbestimmungen des Denkmalschutzgesetzes (vgl. Art. 3 DSchG). Daraus ergeben sich Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung und der Durchführung erlaubnispflichtiger Maßnahmen (Art. 5, 6 DSchG), ferner trifft die Eigentümer und die sonst dinglich Verfügungsberechtigten in den Grenzen der Zumutbarkeit eine Erhaltungspflicht (Art. 4 DSchG). In diesem Zusammenhang ist aber auch zu berücksichtigen, dass nach dem Überlassungsvertrag der Nießbraucher nicht nur die

gewöhnlichen, sondern auch die außergewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahmen durchzuführen hat.

h) Die Bestimmung hinsichtlich der Kosten in Ziff. IX der Urkunde vom 9.2.2006 legt fest, dass „die Kosten dieser Urkunde, der Genehmigungen und des Vollzuges“ von den Erwerbern anteilmäßig zu tragen sind, und dass diese der Übergeber trägt, soweit sie für die minderjährigen Kinder entstehen. Diese Regelung gibt keinen Anlass daran zu zweifeln, dass auch die Kosten für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einschließlich des gerichtlichen Verfahrens umfasst sind.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Weigl*, MittBayNot 2008, 275 (in diesem Heft).

8. BGB §§ 2198, 2209, 2210 (*Höchstdauer der Testamentsvollstreckung*)

a) **Die Fortdauer der Testamentsvollstreckung über 30 Jahre hinaus unterliegt gemäß § 2210 BGB einer zeitlichen Begrenzung.**

b) **Sind seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen und soll die Verwaltung des Nachlasses nach dem Willen des Erblassers über 30 Jahre hinaus bis zum Tode des Testamentsvollstreckers fort dauern, verliert die Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung ihre Wirksamkeit mit dem Tode des letzten Testamentsvollstreckers, der innerhalb von 30 Jahren seit dem Erbfall zum Testamentsvollstrecker ernannt wurde.**

BGH, Urteil vom 5.12.2007, IV ZR 275/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Das Verfahren betrifft die Testamentsvollstreckung über den Nachlass des am 20.7.1951 verstorbenen ehemaligen Kronprinzen Wilhelm Prinz von Preußen (Erblasser), dem ältesten Sohn des 1941 verstorbenen ehemaligen Deutschen Kaisers Wilhelm II. Der Beklagte ist der älteste Sohn des am 25.9.1994 verstorbenen Louis Ferdinand Prinz von Preußen, der wiederum zweitältester Sohn des Erblassers war. Die Kläger begehren unter Berufung auf ihr Amt als Testamentsvollstrecker des Erblassers mit ihrer Klage die Herausgabe von Inventar einer vom Beklagten bewohnten Villa, das nach ihrer Behauptung zum Nachlass gehört. Der Beklagte tritt der Klage entgegen und beantragt widerklagend festzustellen, dass die Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung des Erblassers über seinen Nachlass mit dem Tode seines zweiten Sohnes unwirksam geworden sei.

Dem Streit der Parteien um die Dauer der Testamentsvollstreckung liegen zwei letztwillige Verfügungen des Erblassers aus den Jahren 1938 und 1950 zugrunde. 1938 schloss dieser mit seinem zweiten Sohn unter Beteiligung von Wilhelm II. einen Erbvertrag. Darin wurde Louis Ferdinand Prinz von Preußen zum alleinigen Erben eingesetzt (§ 1 Abs. 1 Satz 1) mit verschiedenen Vor- und Nacherbschaftsregelungen unter Einbeziehung der Grundsätze der „alten Hausverfassung des Brandenburg-Preußischen Hauses“; die Erbfolge nach dem Erblasser ist nach wie vor umstritten. Darüber hinaus ordnete der Erblasser zur Ausführung seines letzten Willens Testamentsvollstreckung an (§ 4). Er legte fest, wer als Testamentsvollstrecker zur Verwaltung des Nachlasses berufen sein sollte (§§ 5, 8 Abs. 1 Nr. 3), und traf diesbezüglich in § 8 Abs. 2 folgende Bestimmung:

„Die Verwaltung der Testamentsvollstreckung soll solange bestehen, als es das Gesetz zulässt (BGB § 2210), also mindestens dreißig Jahre nach dem Tode des Kronprinzen, mindestens bis zum Tode des Erben (Nacherben) und mindestens bis zum Tode der Testamentsvollstrecker oder ihrer Nachfolger.“

In dem 1950 errichteten Testament hielt der Erblasser den Erbvertrag von 1938 aufrecht. Unter Ziff. 6 des Testaments bestimmte er jedoch Folgendes:

„In Abänderung des Paragraphen 5 des Erbvertrages von 1938 werden als Testamentsvollstrecker für die Ausführung des Erbvertrages von 1938 und dieser letztwilligen Verfügung ernannt:

- 1.) C.,
- 2.) H.,
- 3.) F.

Zu Ersatztestamentsvollstreckern ernenne ich:

für den Testamentsvollstrecker zu 1.): K.,

für den Testamentsvollstrecker zu 2.): O.,

für den Testamentsvollstrecker zu 3.): R.

Sind ein oder mehrere Testamentsvollstrecker oder Ersatztestamentsvollstrecker fortgefallen oder erfolgt dies während der Dauer der Testamentsvollstreckerschaft, so soll der Präsident des Deutschen Bundesgerichts auf Vorschlag der noch vorhandenen Testamentsvollstrecker Ersatztestamentsvollstrecker ernennen.“

Die vom Erblasser persönlich ernannten Testaments- und Ersatztestamentsvollstrecker sind inzwischen alle weggefallen. Die derzeit amtierenden Testamentsvollstrecker – der Kläger zu 1 (Jahrgang 1940) seit 2004, der Kläger zu 2 (Jahrgang 1948) seit 1975 – wurden vom Präsidenten des BGH in ihr Amt berufen.

Das LG hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil nur über die Widerklage entschieden und diese abgewiesen. Mit der hiergegen gerichteten Revision erstrebt der Beklagte insoweit die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision ist nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht, dessen Urteil in ZEV 2007, 335 abgedruckt ist, hat ausgeführt: Entgegen der Auffassung des LG sei die Dauertestamentsvollstreckung nach dem am 20.5.1951 (gemeint: 20.7.1951) verstorbenen Erblasser nicht beendet. Der Erblasser habe wirksam die Fortdauer der Testamentsvollstreckung kumulativ bis zum Tode des Testamentsvollstreckers oder des Erben angeordnet, und zwar je nachdem, welches dieser Ereignisse zuletzt eintrete. Die Testamentsvollstreckung solle so lange andauern, wie irgend möglich. Jedenfalls der Beendigungsgrund „Tod des Testamentsvollstreckers“ sei bisher nicht eingetreten. Bei ihm komme es auf das Ableben des letzten bei Ablauf der 30-Jahres-Frist des § 2210 Satz 1 BGB amtierenden Testamentsvollstreckers an. Da der Kläger zu 2 bereits im Jahre 1975 – und damit vor Ablauf der 30-jährigen Frist am 20.7.1981 – durch Erklärung des Präsidenten des BGH zum Testamentsvollstrecker bestimmt worden sei, bestehe die Dauertestamentsvollstreckung fort.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

(...)

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass die im Erbvertrag angeordnete Testamentsvollstreckung nach dem Willen des Erblassers so lange wie irgend möglich andauern solle, und die vom Berufungsgericht in Bezug genommene Würdigung des LG, § 8 Abs. 2 des Erbvertrages lasse keinen Zweifel daran, dass die Vertragschließenden und insbesondere der Erblasser angestrebt hätten, das „Hausvermögen“ so lange wie irgend möglich als abgegrenzte Vermögensmasse rechtlich verselbständigt zu halten, stehen im Einklang mit der Auslegung des Erbvertrages durch den Senat (vgl. BGHZ 140, 118, 129 = NJW 1999, 566).

3. Das weitere Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts, nach dem der Erblasser in § 8 Abs. 2 des Erbvertrages die Fortdauer der Dauertestamentsvollstreckung bis zum Tod des Erben oder der Testamentsvollstrecker angeordnet habe, und zwar je nachdem, welches dieser Ereignisse zuletzt eintrete, ist – entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht – ebenfalls nicht zu beanstanden. Zwar kann ein Erblasser letztwillig verfügen, dass die Testamentsvollstreckung endet, wenn – alternativ – entweder der „Tod des Erben“ oder der „Tod des Testamentsvollstreckers“ eingetreten ist (vgl. *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. V Erbrecht, 1912, S. 29 Fn. 61 i. V. m. S. 27 Fn. 41). Zwingend ist dies jedoch nicht. Der Erblasser kann vielmehr das Ende der Testamentsvollstreckung nach § 2210 Satz 2 BGB ebenso gut von einer Kombination der genannten Ereignisse abhängig machen, so dass ein Ende der Testamentsvollstreckung erst anzunehmen ist, wenn beide Bedingungen erfüllt sind (vgl. *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. V Erbrecht, S. 29 Fn. 61 i. V. m. S. 27 Fn. 41). Wie vom Berufungsgericht und von der Revisionserweiterung zutreffend gesehen, verlangt § 2210 Satz 2 BGB einem Erblasser, der seinen Nachlass einer möglichst lange dauernden Testamentsvollstreckung unterwerfen will, zum Zeitpunkt der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung nicht die Prognose ab, ob der vorgesehene Erbe den vorgesehenen Testamentsvollstrecker überlebt oder (eher) dem Testamentsvollstrecker das längere Leben beschieden sein wird.

4. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, dass das Ereignis „Tod des Testamentsvollstreckers“ i. S. d. § 2210 Satz 2 BGB und somit das Ende der Dauertestamentsvollstreckung nach § 2209 Satz 1 BGB so lange nicht eingetreten sind, wie der Kläger zu 2 noch lebt, der vom Präsidenten des BGH im Jahre 1975 und damit vor Ablauf der in § 2210 Satz 1 BGB normierten Frist von 30 Jahren seit dem Erbfall am 20.7.1951 zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist.

a) Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass die Fortdauer der Testamentsvollstreckung über 30 Jahre hinaus gemäß § 2210 BGB einer zeitlichen Begrenzung unterliegt. Das ist auch einhellige Ansicht in der Literatur. Zwar könnte man bei isolierter Betrachtung des Wortlauts des § 2210 Satz 2 BGB, wonach der Erblasser anordnen kann, dass die Verwaltung des Nachlasses bis zum Tode des Testamentsvollstreckers fort dauern soll, in Verbindung mit den §§ 2198 Abs. 1 Satz 1, 2199 Abs. 2, 2200 Abs. 1 BGB, die dem Erblasser die Möglichkeit geben, durch einen Dritten, den jeweils amtierenden Testamentsvollstrecker oder das Nachlassgericht Testamentsvollstreckernachfolger ernennen zu lassen (vgl. Münch-KommBGB/*Zimmermann*, 4. Aufl., § 2199 Rdnr. 1), zu der Ansicht gelangen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch einem Erblasser erlaube, die Testamentsvollstreckung über seinen Nachlass gleichsam zu verewigen. Das würde jedoch dem Zweck und der Entstehungsgeschichte des § 2210 BGB nicht gerecht, wie den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu entnehmen ist. (...)

Zweck und Entstehungsgeschichte des § 2210 BGB gehen somit eindeutig dahin, die Wirksamkeit der Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung zeitlich zu begrenzen. Bei Festlegung dieser Grenzen darf zwar der einem Erblasser gesetzlich an die Hand gegebene, von ihm grundsätzlich voll ausschöpfbare Gestaltungsrahmen bei der Ernennung von Testamentsvollstreckernachfolgern nicht außer Acht gelassen werden. Es findet sich aber kein Hinweis, dass ihm ausnahmsweise auch die Möglichkeit eröffnet werden soll, eine auf unbegrenzte Dauer angestrebte Testamentsvollstreckung umzusetzen.

b) Wie diese Grenzziehung gemäß § 2210 BGB bei vom Erblasser gewünschten zeitlichen Ausdehnungen einer Testamentsvollstreckung unter Beachtung seiner ihm gesetzlich eingeräumten Gestaltungsfreiheit vorzunehmen ist, wird in der Literatur uneinheitlich beurteilt.

aa) Die herrschende Meinung stellt bei der Frage, wie lange eine Testamentsvollstreckung i. S. d. § 2209 Satz 1 BGB dauern könne, wenn sie nach dem Willen des Erblassers über 30 Jahre hinaus bis zum Tode des (Ersatz-)Testamentsvollstreckers dauern solle, in Anlehnung an § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB (Nacherbschaft) und § 2163 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Vermächtnis) darauf ab, ob der (Ersatz-)Testamentsvollstreckter zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt habe. Wenn dies der Fall sei, könne sich seine Verwaltung über den in § 2210 Satz 1 BGB genannten Zeitraum von 30 Jahren hinaus bis zu seinem Tode erstrecken (§ 2210 Satz 2 BGB); wenn nicht, ende die Testamentsvollstreckung spätestens mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall oder mit dem Tode des Erben oder des Nacherben (sog. Generationentheorie, vgl. *Kipp* in *Enneccerus/Kipp/Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 3. Abteilung: Das Erbrecht, 1. und 2. Aufl., 1911, S. 320; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1990, S. 396 f.; *Frommhold*, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, Anm. zu § 2210; *Ritgen* in *Planck*, BGB, 1. und 2. Aufl., 1902, § 2210 Rdnr. 2; *Staudinger/Herzfelder*, BGB, 1902, §§ 2209, 2210 Rdnr. 3; *Staudinger/Dittmann*, 10./11. Aufl. 1960, § 2210 Rdnr. 2; *Staudinger/Reimann*, 2003, § 2210 Rdnr. 11; *Holtz*, Die verwaltende Testamentsvollstreckung der §§ 2209 und 2210 BGB, 1907, S. 10 f.; *von Maercken*, Der Testamentsvollstreckter mit selbständigem Verwaltungsrecht [§ 2209 BGB], 1920, S. 32 f.; *Erman/Hense*, BGB, 3. Aufl. 1962, Anm. zu § 2210; *Erman/M. Schmidt*, 11. Aufl. 2004, § 2210 Rdnr. 3; *Bund*, JuS 1966, 60, 63 f.; *Lange*, JuS 1970, 101, 102, 105; *Soergel/Siebert/Müller*, BGB, 10. Aufl. 1974, § 2210 Rdnr. 2; *Soergel/Damrau*, 13. Aufl. 2002/2003, § 2210 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Brandner*, 1982, § 2210 Rdnr. 6; *MünchKommBGB/Zimmermann*, 4. Aufl. 2004, § 2210 Rdnr. 6; *Offergeld*, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, 1995, S. 171; *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, 2003, § 2210 Rdnr. 4; *Lenzen* in *Deutscher Erbrechtskommentar*, 2003, § 2210 Rdnr. 1; *Edenfeld*, DNotZ 2003, 4, 8, 11; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 2210 Rdnr. 3; *Schiemann* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, 2. Aufl. 2007, § 2210 Rdnr. 1; *Heilmann* in *jurisPK-BGB*, 3. Aufl. 2007, § 2210 Rdnr. 3; *Hoeren* in *Schulze*, BGB, 5. Aufl. 2007, § 2210 Rdnr. 4; *AnwKommBGB/Weidlich*, 2. Aufl. 2007, § 2210 Rdnr. 6; *Lorz* in *Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2007, § 19 Rdnr. 212).

bb) Nach einer anderen in der Literatur vertretenen Auffassung muss der (Ersatz-)Testamentsvollstreckter, wenn die Verwaltung des Nachlasses bis zu seinem Tode dauern und eine Umgehung des Gesetzes verhütet werden sollen, vor Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall ernannt sein (sog. Amtstheorie, vgl. *Hoffmann* in *RGRK-BGB*, 1910, § 2210 Rdnr. 1; *Seyffarth* in *RGRK-BGB*, 3. Aufl. 1921, § 2210 Rdnr. 1; *Buchwald* in *RGRK-BGB*, 9. Aufl. 1940, § 2210 Rdnr. 1; *Kregel* in *RGRK-BGB*, 12. Aufl. 1975, § 2210 Rdnr. 2).

cc) Nach einer weiteren im Schrifttum verbreiteten Ansicht müsse zur Verhinderung einer zeitlich unbegrenzten Testamentsvollstreckung verlangt werden, dass der (Ersatz-)Testamentsvollstreckter beim Erbfall bereits gelebt habe oder zumindest binnen 30 Jahren nach dem Erbfall zum Testamentsvollstreckter ernannt worden sei (sog. Kombinations- theorie, vgl. *Palandt/Rechenmacher*, 17. Aufl. 1958, § 2210 Rdnr. 1; *Palandt/Keidel*, 20. Aufl. 1961, § 2210 Rdnr. 1;

Palandt/Edenhofer, 42. Aufl. 1983, § 2210 Rdnr. 1; *Finger* in *AK-BGB*, 1990, § 2210 Rdnr. 4; *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, S. 430; *Lauer*, Der Testamentsvollstreckter in der Grauzone rechtlicher Befugnisse, 1999, S. 143 f.; *Reimann* in *Bengell/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2001, S. 374; *Mayer* in *Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich*, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2005, S. 158; *Stürner* in *Jauernig*, BGB, 12. Aufl. 2007, § 2210 Rdnr. 1; *Winkler*, Der Testamentsvollstreckter, 18. Aufl. 2007, S. 84 f.).

dd) Schließlich wird in der Literatur angenommen, dass zum Zweck der zeitlichen Begrenzung der Testamentsvollstreckung die in § 2210 Satz 2 BGB zugelassene Verlängerung der Frist „bis zum Tode ... des Testamentsvollstreckers“ nur für den ersten Testamentsvollstreckter gelten könne (sog. Primattheorie, vgl. *Peiser*, Handbuch des Testamentsrechts, 1902, S. 226 f. und 2. Aufl. 1907, S. 257 Fn. 91; *Unzner* in *Planck*, BGB, 3. Aufl. 1908, § 2210 Rdnr. 3; *Flad* in *Planck*, BGB, 4. Aufl. 1930, § 2210 Rdnr. 3; *Kretzschmar*, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1910, S. 194; *Sasse*, Grenzen der Vermögensperpetuierung bei Verfügungen durch den Erblasser, 1997, S. 57 f.; *O. Schmidt*, ZEV 2000, 438, 439; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2003, S. 69 f.; *Semmler*, Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers, 2006, S. 141 ff.). Vereinzelt wird darüber hinaus lediglich der vom Erblasser selbst namentlich bestimmte Ersatztestamentsvollstreckter (§ 2197 Abs. 2 BGB) noch in den Anwendungsbereich des § 2210 Satz 2 BGB mit einbezogen (sog. Primatersatztheorie, vgl. *Zimmermann*, ZEV 2006, 508, 509; *Reimann*, NJW 2007, 3034, 3037).

c) Nach § 2224 Abs. 1 Satz 3 BGB kann ein Erblasser anordnen, dass bei Wegfall eines von mehreren Testamentsvollstreckern eine andere Person nach § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 2199 Abs. 2 BGB oder § 2200 Abs. 1 BGB zum (Ersatz-)Testamentsvollstreckter ernannt werden soll (*Palandt/Edenhofer*, 66. Aufl. 2007, § 2224 Rdnr. 5; *Staudinger/Reimann*, 2003, § 2224 Rdnr. 38; *MünchKommBGB/Zimmermann*, 4. Aufl. 2004, § 2224 Rdnr. 21). Indem das Berufungsgericht die Verewigung der Testamentsvollstreckung dadurch verhindert, dass es die Anwendung eines Testamentsvollstreckterer ergänzungsverfahrens nach den genannten Vorschriften nur bis zum Tode des letzten Testamentsvollstreckers für möglich hält, der bei Ablauf der 30-Jahres-Frist des § 2210 Satz 1 BGB im Amt war, schließt es sich der Amtstheorie an.

aa) Das überzeugt schon deshalb, weil die Amtstheorie nicht nur dem Zweck des § 2210 BGB, die Wirksamkeit der Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung zeitlich zu begrenzen, gerecht wird, sondern darüber hinaus die einzige Theorie ist, die sich zwanglos mit dem Wortlaut des § 2210 Satz 2 BGB vereinbaren lässt. Soll danach bei entsprechender Anordnung des Erblassers die Verwaltung des Nachlasses „fortdauern“, kann es nur um die Weiterführung der vom (letzten) Testamentsvollstreckter noch innerhalb der 30-Jahres-Frist des § 2210 Satz 1 BGB begonnenen Verwaltungstätigkeit gehen, welche dann mit dessen Tod (ebenfalls) ihr Ende findet. Infolgedessen kommt es entscheidend auf den (oder die) bei Ablauf der 30-Jahres-Frist des § 2210 Satz 1 BGB amtierenden Testamentsvollstreckter an.

bb) Die von der herrschenden Meinung vertretene Generationentheorie, die für die Anwendbarkeit des § 2210 Satz 2 BGB maßgeblich darauf abstellt, ob der (Ersatz-)Testamentsvollstreckter beim Tode des Erblassers schon gelebt hat, und sich dabei an den zur Nacherbschaft in § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB und zum Vermächtnis in § 2163 Abs. 1 Nr. 1 BGB getroffenen Regelungen („wenn ... ein bestimmtes Ereignis ein-

tritt, und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt“) orientiert, kann demgegenüber zwar die Gesetzesmaterialien insoweit für sich in Anspruch nehmen, als dort zum Ausdruck gebracht ist, dass die zeitliche Unbeschränktheit einer Dauertestamentsvollstreckung „im grellen Widerspruche zu den Gründen stehen [würde], aus welchen man bei der Nacherbschaft und dem Nachvermächtnis eine zeitliche Schranke für notwendig erachtet habe“ und man einig sei, dass „die zeitliche Schranke in gleicher Weise zu bestimmen sei wie bei der Nacherbschaft“ (vgl. *Spahn* in *Achilles/Gebhard/Spahn*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. V, 1899, S. 308). Auch kann sie sich möglicherweise darauf stützen, dass die Gesetzgebungskommission bei der Aufstellung der Normen – gemeint sind jedenfalls die später als §§ 2109 Abs. 1, 2163 Abs. 1 BGB Gesetz gewordenen Vorschriften – „ein einheitliches Prinzip“ im Auge gehabt habe, nach welchem nach Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall nur Ereignisse berücksichtigt werden, „welche in der zur Zeit des Erbfalls lebenden Generation der Beteiligten eintreten“ (vgl. *Spahn* in *Achilles/Gebhard/Spahn*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. V, S. 237 ff., bes. S. 240).

Allerdings darf – mit dem Berufungsgericht – nicht übersehen werden, dass § 2210 BGB in Wortlaut, Aufbau und Struktur deutlich von den §§ 2109, 2163 BGB abweicht. So kann dem Wortlaut des § 2210 Satz 2 BGB nicht entnommen werden, dass die Verwaltung des Nachlasses nur dann über die 30-Jahres-Frist des § 2210 Satz 1 BGB hinaus bis zum Tode des Testamentsvollstreckers fort dauern kann, wenn dieser zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt hat. Systematisch kommt hinzu, dass § 2210 Satz 3 BGB – ausdrücklich nur – die Vorschrift des § 2163 Abs. 2 BGB für entsprechend anwendbar erklärt; allein dieser Umstand schließt es aus, bei § 2210 BGB darüber hinaus zu einer entsprechenden Anwendbarkeit auch der §§ 2163 Abs. 1 Nr. 1, 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB zu gelangen.

Schließlich wurde der ursprüngliche Ansatz der Gesetzgebungskommission, die zeitliche Schranke bei der Dauertestamentsvollstreckung in gleicher Weise zu bestimmen wie bei der Nacherbschaft, im weiteren Verlauf der Beratungen nur zum Teil verwirklicht. Denn bei der später nochmals im Zusammenhang erfolgten Erörterung der §§ 2109 (damals § 1813), 2163 (damals § 1847 h) und 2210 (damals § 1910 c) BGB wurde lediglich bestimmt, dass es – wie dann in den §§ 2109 Abs. 2, 2163 Abs. 2 und 2210 Satz 3 BGB auch Gesetz geworden – bei juristischen Personen jeweils bei der 30-jährigen Frist sein Bewenden habe (vgl. *Gebhard* in *Achilles/Gebhard/Spahn*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. VI, S. 91 f.). Damit hat die von der herrschenden Meinung in der Literatur bei natürlichen Personen geforderte zeitliche Koexistenz von Testamentsvollstrecker(n) und Erblasser keinen Eingang in die Vorschrift des § 2210 BGB gefunden.

cc) Dasselbe gilt für die von der Primattheorie aufgestellte Voraussetzung, eine Verlängerung der 30-Jahres-Frist des § 2210 Satz 1 BGB könne es nur für den ersten Testamentsvollstrecker geben. Auch für sie gibt es weder im Wortlaut noch in der Systematik des § 2210 BGB einen Anhalt. Die gegenteilige Argumentation, nach welcher sich aus den in § 2210 BGB enthaltenen Worten „des Testamentsvollstreckers“ und der fehlenden Verweisung auf § 2199 Abs. 2 BGB ergebe, dass nur der erste Testamentsvollstrecker und nicht ein Nachfolger gemeint sein könne (*Zimmermann*, ZEV

2006, 508, 509), vermag nicht zu überzeugen. Denn in den §§ 2201–2209, 2211–2223, 2225–2227 BGB ist ebenfalls nur vom „Testamentsvollstrecker“ die Rede und eine Verweisung auf § 2199 Abs. 2 BGB nicht vorhanden; eine Verweisung auf die §§ 2197 Abs. 2, 2198 Abs. 1 Satz 1 und/oder 2200 Abs. 1 BGB existiert ebenfalls nicht. Jeder Nachfolger eines Testamentsvollstreckers hätte also, folgte man dieser Argumentation, keinerlei Aufgaben und Befugnisse (vgl. §§ 2203–2209, 2212 BGB), keinerlei Pflichten (vgl. §§ 2215–2218, 2220 BGB), haftete nicht (vgl. §§ 2219, 2220 BGB), könnte nicht kündigen (vgl. § 2226 BGB) und auch nicht entlassen werden (vgl. § 2227 BGB). Bereits das zeigt, dass trotz fehlender Verweisung auf die Vorschriften zur Ersatztestamentsvollstreckerbestimmung mit dem Wort „Testamentsvollstrecker“ nicht nur der erste Testamentsvollstrecker gemeint sein kann.

Die Primattheorie beachtet darüber hinaus nicht hinreichend, dass mit den Nachfolgeregelungen der §§ 2198 ff. BGB eine „Endpersonalisierung“ stattgefunden hat, indem die Möglichkeit der Nachfolgebestimmung durch außenstehende Dritte geschaffen und diese insoweit von der Person des Erblassers gerade abgekoppelt wurde – ein Umstand, der bei der Auslegung des § 2210 Satz 2 BGB nicht unberücksichtigt bleiben kann.

Der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches lässt sich ein Beleg für die Richtigkeit der Primattheorie gleichfalls nicht entnehmen. In den Gesetzesmaterialien wird, soweit ersichtlich, nirgends ausschließlich nur auf den ersten Testamentsvollstrecker abgestellt. Schließlich ist auch nach dem Zweck des § 2210 BGB keine derart radikale, über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Beschränkung der Reichweite der mit ihm kollidierenden Normen der §§ 2198 Abs. 1 Satz 1, 2199 Abs. 2, 2200 Abs. 1 BGB geboten.

dd) Aus denselben Gründen verdient auch die Primattheorie keine Zustimmung. Hinzu kommt, dass eine unterschiedliche Behandlung von Ersatztestamentsvollstreckern – je nachdem, ob sie nach § 2197 Abs. 2 BGB, § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 2199 Abs. 2 BGB oder § 2200 Abs. 1 BGB in ihr Amt gelangt sind – im Bürgerlichen Gesetzbuch ersichtlich nicht vorgesehen ist. Der Erblasser kann daher beispielsweise einer ihm namentlich bekannten Person besonderes Vertrauen schenken und sie in einer letztwilligen Verfügung zum (Ersatz-)Testamentsvollstrecker ernennen, er kann aber auch einem ihm bekannten Dritten besonderes Vertrauen entgegenbringen und ihn durch letztwillige Verfügung zur Bestimmung der Person des (Ersatz-)Testamentsvollstreckers ermächtigen. Beides ist in gleicher Weise schutzwürdig (a. A. *Zimmermann*, ZEV 2006, 508, 509).

d) Die Wirksamkeit der Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung nach § 2209 Satz 1 BGB ist mithin, wenn seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind und die Verwaltung des Nachlasses nach dem Willen des Erblassers gemäß § 2210 Satz 2 BGB bis zum Tode des Testamentsvollstreckers fort dauern soll, nach der Amtstheorie zu beurteilen. Da der Kläger zu 2 noch innerhalb von 30 Jahren nach dem Erbfall zum Testamentsvollstrecker ernannt wurde, war somit auf Fortdauer der Testamentsvollstreckung zu erkennen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Weidlich*, MittBayNot 2008, 263 (in diesem Heft).

9. BGB § 2325 Abs. 3 (*Fristbeginn nach § 2325 Abs. 3 BGB bei vorbehaltenem Wohnungsrecht*)

Behält sich bei einer Grundstücksüberlassung der Veräußerer ein nicht übertragbares Wohnungsrecht an einem Teil eines Hauses und ein durch eine Vormerkung gesichertes Rückübertragungsrecht für den Fall der Zuwiderhandlung gegen ein Veräußerungsverbot vor, beginnt die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB zu laufen. (Leitsatz des Einsenders)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.1.2008, 12 U 124/07; eingeklagt von Notar Dr. Jens Eue, Bamberg

Der Kläger macht gegenüber der Beklagten, seiner Schwester, einen Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend.

Die Beklagte schloss am 25.10.1990 mit ihren Eltern einen notariellen Übergabevertrag, mit der der Beklagten im Wege vorweggenommener Erbfolge ein den Eltern je zur Hälfte gehörendes Anwesen übertragen wurde. In § 6 des Übergabevertrages räumte die Beklagte ihren Eltern ein lebenslanges, unentgeltliches Leibgeding mit folgendem Inhalt ein:

„1. Die Ehel. M. sind berechtigt, die im Erdgeschoss des Hausanwesens ... gelegene Wohnung, bestehend aus drei Zimmern, Küche, Bad, alleine zu nutzen. Die Mitbenutzung der beiden Kellerräume, Garage, Schwimmbad und Garten ist gestattet. Eine Überlassung an Dritte, insbesondere eine Vermietung, ist nicht gestattet.

2. Frau U. ist verpflichtet, ihre Eltern in kranken und in schlechten Tagen zu pflegen und zu versorgen, sowie Besorgungen jeglicher Art für sie durchzuführen. Die Kosten für das Essen, das Reinigen der Wäsche sowie Arzt- und Arzneikosten tragen die Berechtigten, die krankenversichert sind, selbst.“

Inhalt des Vertrages war außerdem die Verpflichtung der Beklagten, das Grundeigentum zu Lebzeiten der Eltern nicht zu veräußern. Für den Fall der Zuwiderhandlung bestand ein Rückübertragungsrecht, welches durch eine entsprechende Vormerkung gesichert wurde. Weiter verpflichtete sich die Beklagte, die von ihr bewohnte Wohnung nicht an Dritte zu vermieten. Durch den Vertrag und seine Umsetzung veränderten sich die bis dahin bestehenden tatsächlichen Nutzungsverhältnisse nicht. Die Beklagte wurde am 6.12.1990 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Durch Erbvertrag vom 29.2.2000 setzten die Eheleute die Beklagte als Alleinerbin ein. Der Vater der Parteien verstarb am 8.8.2002.

Die Beklagte teilte auf Anfrage dem Kläger mit, dass die Verbindlichkeiten höher als das Aktivvermögen seien, so dass ein Pflichtteilsanspruch des Klägers nicht bestehe, wobei das streitgegenständliche Grundstück keine Berücksichtigung fand.

Das LG hat der Klage teilweise stattgegeben und ausgeführt, die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB sei noch nicht abgelaufen, weil der Erblasser den „Genuss“ des geschenkten Gegenstandes nach der Schenkung nicht habe entbehren müssen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der diese weiter die Abweisung der Klage verfolgt. Sie vertritt die Auffassung, das Wohnrecht unterscheide sich von einem unbeschränkten Nießbrauch, bei dem der Nießbraucher im Gegensatz zum Inhaber eines Wohnrechts über den Gebrauch der Wohnung durch Dritte bestimmen und auch Miete kassieren könne. Der Erblasser habe die Dispositionsbefugnis über das Restgrundstück vollständig aufgegeben. Der Anspruch des Klägers sei deshalb nach § 2325 Abs. 3 BGB ausgeschlossen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten hat Erfolg. Die Anschlussberufung des Klägers ist unbegründet.

Dem Kläger steht kein Anspruch mehr auf Pflichtteilsergänzung gemäß § 2325 Abs. 1 BGB zu. Der Anspruch des Klägers ist wegen Ablaufs der Zehnjahresfrist gemäß § 2325 Abs. 3 BGB erloschen. (...)

Das LG hat zu Unrecht die Voraussetzungen des § 2325 Abs. 3 BGB verneint. Nach dessen Maßgabe bleiben für den Pflichtteilsergänzungsanspruch solche Schenkungen des Erblassers unberücksichtigt, bei denen zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind.

Die Verfügung über einen Gegenstand stellt allerdings nur dann eine Leistung i. S. v. § 2325 Abs. 3 BGB dar, wenn der Schenker den Gegenstand auch wirklich an den Beschenkten verliert. Von dem fiktiven Nachlass, aus dem der Pflichtteilsergänzungsanspruch berechnet wird, wollte der Gesetzgeber nur solche Schenkungen ausnehmen, deren Folgen der Erblasser längere Zeit hindurch zu tragen und in die er sich daher einzugewöhnen hatte. Darin sah der Gesetzgeber eine gewisse Sicherheit vor „böswilligen“ Schenkungen, durch die Pflichtteilberechtigte benachteiligt werden sollen. Deshalb gilt eine Schenkung nicht als i. S. v. § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB geleistet, wenn der Erblasser den „Genuss“ des verschenkten Gegenstands nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muss (BGHZ 98, 232; BGH, NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784; OLG Düsseldorf, FamRZ 1999, 1546; OLG Bremen, NJW 2005, 1726 = DNotZ 2005, 702). Eine Leistung i. S. v. § 2325 Abs. 3 BGB liegt erst dann vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen (BGH, NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784). Danach ist im vorliegenden Fall von einer „Leistung“ gemäß § 2325 Abs. 3 BGB auszugehen. Der Erblasser hat den Genuss des Grundstücks in erheblichem Umfang entbehrt.

Das Eigentum am Grundstück wurde mit der Umschreibung im Grundbuch auf die Beklagte übertragen. Der Erblasser hat zwar das Grundstück mit seiner Frau insofern weiter genutzt, als die Eltern der Parteien die Erdgeschosswohnung weiter bewohnten, und sich dieses Wohnrecht auch haben einräumen lassen. Sie konnten auch weiterhin Keller, Garage, Schwimmbad und Garten mitnutzen. Die Beklagte konnten sie allerdings von dieser Nutzung nicht mehr wie bisher ausschließen. Sie hatten sich auch ihres bisherigen Rechts begeben, im Falle eines Zerwürfnisses oder sonstiger Unzuträglichkeiten der Beklagten die Nutzung der zweiten Wohnung zu entziehen. Anders als bei Vorbehalt des Nießbrauchs waren die Eltern mit Vollzug des Übergabevertrages nicht mehr „Herr im Haus“. Dies stellt selbst bei ungetrübtem Verhältnis zur eigenen Tochter eine spürbare Schmälerung nicht nur der bisherigen Rechtsmacht, sondern auch des faktischen Vermögensgenusses dar. Dass die Klägerin die von ihr genutzte Wohnung nicht anderen überlassen durfte, ändert daran ebenso wenig wie das Rükckerwerbsrecht ihrer Eltern im Falle einer Weiterveräußerung. Weitere Vorsorge für wesentlichen Einfluss auf die weitere Verwendung des Anwesens hatten die Eltern – anders als im vom OLG Düsseldorf, FamRZ 1999, 1546 entschiedenen Fall – nicht getroffen.

Auch wirtschaftlich hatte sich die Lage für den Erblasser und seine Ehefrau merklich verschlechtert. Für den Fall, dass einer oder beide altersbedingt nicht mehr zu Hause wohnen konnte, hätten zur Finanzierung einer kostspieligen Heimunterbringung auf die Vermietung der zweiten Wohnung oder des gesamten Anwesens bzw. dessen Veräußerung zurückgegriffen werden können. Dieser faktischen Absicherung zusätzlichen Bedarfs im Alter haben sich die Eheleute völlig begeben. Das Haus im Eigentum der Beklagten stand ihnen als durch Veräußerung verwertbarer Vermögensgegenstand nicht mehr zur Verfügung. Anders als beim Nießbrauch konnten sie

im Bedarfsfall auch den Nutzwert des Hauses weder ganz noch teilweise aktivieren. Das ihnen eingeräumte Wohnrecht erlaubte eine Weitervermietung der Wohnung nicht.

Mit Vollzug des Übergabevertrages hatten der Erblasser und seine Ehefrau somit die Folgen ihrer bösslichen Schenkung zu tragen begonnen (OLG Düsseldorf, OLG-Report 1997, 245; OLG Bremen, NJW 2005, 1726 = DNotZ 2005, 702). (...)

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. GmbHG § 46 Nr. 5; BGB § 164 (*Geschäftsführerkündigung bei der Komplementär-GmbH*)

In einer Komplementär-GmbH, deren Anteile von einer KG gehalten werden, nehmen – sofern der Gesellschaftsvertrag der KG keine abweichenden Regeln enthält – die der KG als Alleingesellschafterin zustehenden Rechte in der Gesellschafterversammlung die organschaftlichen Vertreter der GmbH wahr. Über die Kündigung des organschaftlichen Anstellungsverhältnisses eines Geschäftsführers der Komplementärin entscheiden deswegen dessen Mitgeschäftsführer.

BGH, Urteil vom 16.7.2007, II ZR 109/06

Der Kläger schloss mit der beklagten K. GmbH am 15.10.2002 einen ab dem 1.5.2003 laufenden Geschäftsführer-Anstellungsvertrag auf die Dauer von zunächst zwei Jahren. Der Vertrag sollte sich um jeweils vier Jahre verlängern, wenn er nicht von einer der Vertragsparteien mit einer Frist von sechs Monaten zum Vertragsende gekündigt wird.

Am 25.10.2004 wurde dem Kläger ein mit dem Briefkopf „I.“ versehenes Schreiben vom 21.10.2004 ausgehändigt, in dem es einleitend heißt: „Wie Ihnen bereits mündlich erörtert, kündigen wir Ihren Anstellungsvertrag mit der K. GmbH vom 15.10.2002 zum 30.4.2005.“ Unterschrieben war das nach der Schlussformel mit „I. Holding GmbH“ gekennzeichnete Schreiben von M. B. („President Germany“), P. V. („Chief People Officer InBev S. A.“) und T. Br. („VP Human Resources“).

Alleingesellschafterin der Beklagten ist die Brauerei B. GmbH & Co. KG, deren persönlich haftende Gesellschafterin – ohne Kapitaleinlage – die durch die beklagte K. GmbH vertretene K. GmbH & Co. OHG und deren Mehrheitsgesellschafterin mit einem Kommanditkapitalanteil von über 80 % die I. Holding GmbH ist. Im Kündigungszeitpunkt waren neben dem Kläger M. B., T. D., Dr. H. E. und R. To. zu Geschäftsführern der Beklagten bestellt. Sie wurde nach der Satzung durch zwei Geschäftsführer oder einen Geschäftsführer und einen Prokuristen, zu denen T. Br. gehörte, vertreten. Die Kündigung des Anstellungsvertrages des Klägers war von den übrigen Geschäftsführern der Beklagten am 23.9.2004 beschlossen worden. Der ursprünglich für die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer der Beklagten zuständige Beirat der Brauerei B. GmbH & Co. KG, der noch den Anstellungsvertrag mit dem Kläger geschlossen hatte, wurde durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages vom 5.5.2003 abgeschafft.

Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam, weil sie nicht von der Beklagten, sondern der I. Holding GmbH ausgesprochen worden sei. Er hat die Feststellung beantragt, dass das zwischen den Parteien bestehende Geschäftsführer-Anstellungsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 21.10.2004 beendet worden sei und zu unveränderten Bedingungen über den 30.4.2005 fortbestehe. Das OLG hat dem erstinstanzlich abgewiesenen Klagebegehren stattgegeben. Dagegen richtet sich die von dem erkennenden Senat zugelassene Revision der Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten hat Erfolg und führt unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

I.

Das OLG hat die Kündigung als unwirksam erachtet, weil sie nicht im Namen der Brauerei B. GmbH & Co. KG als Alleingesellschafterin der Beklagten abgegeben worden sei. Tatsächlich sei die Kündigung auf dem Briefpapier der „I.“ ausdrücklich für die I. Holding GmbH erklärt worden. Das Kündigungsschreiben biete keinen Anhalt dafür, dass die Kündigung durch die Brauerei B. GmbH & Co. KG ausgesprochen worden sei. Die Berechtigung der Mitunterzeichner B. und Br., als Vertreter für die Brauerei B. GmbH & Co. KG zu handeln, ersetze nicht eine entsprechende Erklärung. Bei der Kündigung seien lediglich die konzerninternen Kompetenzrichtlinien, aber nicht die gesellschaftsrechtlichen Erfordernisse beachtet worden.

II.

Diese Ausführungen halten im entscheidenden Punkt rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Zutreffend hat das OLG angenommen, dass nach Wegfall des bei der Beklagten eingerichteten Beirats die Entscheidung über die Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages des Klägers gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG der Gesellschafterversammlung der Beklagten obliegt (BGHZ 12, 337, 340; BGH, WM 1970, 249, 251). Zu Recht geht das Berufungsgericht weiter davon aus, dass die Kündigungsfrist gewahrt ist, weil der Kläger ungeachtet einer vorhergehenden sporadischen tageweisen Beschäftigung seine Geschäftsführertätigkeit bei der Beklagten tatsächlich erst am 1.5.2003 aufgenommen hat und der Vertrag wegen der Laufzeit von zunächst zwei Jahren am 25.10.2004 mit einer Frist von sechs Monaten zum 30.4.2005 gekündigt werden konnte.

2. Die Geschäftsführer der Beklagten haben – wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat – am 23.9.2004 in ihrer (Doppel-)Funktion als Vertreter von deren Alleingesellschafterin wirksam die Kündigung des Anstellungsvertrages des Klägers beschlossen (§ 46 Nr. 5 GmbHG; BGH, ZIP 2007, 910 Tz. 7 = DStR 2007, 1090) und damit die rechtliche Voraussetzung für die Gültigkeit der gesondert abzugebenden Kündigungserklärung geschaffen (BGH, ZIP 2002, 2254; ZIP 1995, 643, 645 f. = NJW 1995, 1750). Die Ausübung der Gesellschafterrechte bei der Beklagten wurde entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht durch § 4 Abs. 2 Nr. 12 b des Gesellschaftsvertrages der Brauerei B. GmbH & Co. KG auf deren Gesellschafter übertragen, weil die Bestimmung ersichtlich nur Tochtergesellschaften, aber nicht auch die eigene Komplementärin betrifft. Darauf, ob die genannte Bestimmung für die Kündigung eines organschaftlichen Anstellungsvertrages überhaupt gilt, kommt es danach nicht an.

3. Das Anstellungsverhältnis zu dem Kläger wurde von der Alleingesellschafterin – wie dem Kündigungsschreiben vom 21.10.2004 ohne weiteres entnommen werden kann – wirksam im Namen der Beklagten gekündigt. Zu Unrecht zieht das Berufungsgericht dies im Hinblick auf § 164 BGB in Zweifel und meint, die Kündigungserklärung wäre nur gültig, wenn sie namens der Alleingesellschafterin der Beklagten verlautbart worden sei.

a) Der Beschluss über die Kündigung des Anstellungsvertrages des Klägers vom 23.9.2004 hat seine notwendige Umsetzung in der Abgabe der Kündigungserklärung vom 21.10.2004 gefunden. Dabei wurde die Alleingesellschafterin

– wie der Kläger wusste – ordnungsgemäß durch einen Geschäftsführer und eine Prokuristin, M. B. und T. Br., vertreten (BGH, ZIP 2002, 2254).

b) Wie aus dem Eingangssatz des Schreibens vom 21.10.2004, wonach der „Anstellungsvertrag mit der K. GmbH“ gekündigt wird, in wünschenswerter Deutlichkeit ausdrücklich hervorgeht, haben die vertretungsberechtigten Unterzeichner namens der Beklagten gehandelt. Zwar mag der Briefkopf des Schreibens „I.“ und die Schlussformel „I. Holding GmbH“ für ein rechtsgeschäftliches Handeln auch im Namen der I. Holding GmbH D. sprechen. Daraus könnte aber nur hergeleitet werden, dass die handelnden Personen in Befolgung der „Managementrichtlinien“ auch noch für die genannte Konzerngesellschaft tätig geworden sind. Eine solche Mehrfachvertretung auf einer Seite begegnet keinen Bedenken (*Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Band II, § 48, 1., S. 809), so dass der erkennbare Wille der Vertreter, für die Beklagte zu handeln, durch den (rechtlich unerheblichen) weitergehenden Willen, auch für die I. Holding GmbH D. aufzutreten, nicht berührt wird.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Giehl*, MittBayNot 2008, 268 (in diesem Heft).

11. UmwG §§ 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 Satz 1 und 2, 131 Abs. 1 Nr. 1; GBO § 28 (*Grundstücksübergang bei Spaltung*)

Bei der Spaltung geht das Eigentum an Grundstücken nur dann mit der Registereintragung auf den übernehmenden Rechtsträger über, wenn die Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag nach § 28 Satz 1 GBO bezeichnet sind.

BGH, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 79/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin der MMR GmbH (nachfolgend MRRG), die in den Grundbüchern als Eigentümerin von Grundbesitz (nachstehend GTL-Gelände genannt) eingetragen ist, der bis 1990 als Großtanklager zum Umschlag von Mineralölprodukten genutzt wurde. Sie verkaufte das Gelände mit notariell beurkundetem, nicht vollzogenem Vertrag vom 17.3.1994; an demselben Tag wurde zwischen ihr, der Käuferin und der Stadt B ein ebenfalls notariell beurkundeter Sanierungsvertrag geschlossen.

Die MMRG und die MP GmbH (nachfolgend MPG), deren alleinige Gesellschafterin die Beklagte ist, schlossen am 16.8.1999 einen notariell beurkundeten Spaltungs- und Übernahmevertrag, mit dem das nicht mit A zusammenhängende Geschäft der MMRG, u. a. „sämtliche Grundstücke der MMRG wie in Anlage (3) aufgeführt, die sämtlich dem Teilbetrieb NE zuzuordnen sind“, auf die MPG übertragen wurde; das GTL-Gelände ist in der Anlage (3) nicht aufgeführt. Die Handelsregistereintragung der Abspaltung erfolgte am 21.10.1999.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 4.12.1999 (nachstehend A-Kaufvertrag genannt) verkauften die M. O. AG, eine Rechtsvorgängerin der Beklagten, und die W. AG ihr sog. A-Geschäft an die V AG, eine Rechtsvorgängerin der Klägerin. In § 1.2 ist vermerkt, dass die MMRG mit dem Vertrag vom 16.8.1999 ihr nicht mit A zusammenhängendes Geschäft an die MPG abgespalten hat. In § 10 heißt es u. a.:

„Hiermit versichert und gewährleistet M gegenüber V in Form eines selbständigen Garantieverprechens, dass die folgenden Angaben zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Vertrages und zum Zeitpunkt des M.-Vollzugs zutreffend, vollständig und präzise sind:

1. Die in § 1.1 lit. a) bis h) und § 1.2 dieses Vertrages enthaltenen Angaben sind zutreffend, vollständig und präzise.“

§ 12 lautet auszugsweise:

„1. Stellt sich heraus, dass eine oder mehrere Aussagen, für die M nach dem vorstehenden § 10 eine Garantie übernommen hat, nicht zutreffend, vollständig oder präzise sind, so ist V berechtigt zu verlangen, dass M (im Hinblick auf die nach vorstehendem § 10 übernommenen Garantien) innerhalb einer angemessenen Frist, jedoch auf jeden Fall nicht später als einen Monat nach Erhalt dieser Aufforderung, den Zustand herstellt, der bestünde, wenn die Aussagen zuträfen. Erfüllt M ihre Verpflichtung nicht, so ist V berechtigt, von M Schadensersatz für alle Schäden und Kosten zu verlangen, die V nicht entstanden wären, wenn die Aussagen zutreffend, vollständig und präzise gewesen wären.

(...)

5. Die Rechte und Ansprüche der V wegen Nichterfüllung der Garantien, die von M in § 10 dieses Vertrages übernommen wurden, unterliegen folgenden Verjährungsfristen:

a) Garantien nach § 10.1–10.5 10 Jahre.“

In der Folgezeit verlangte die Stadt B von der Klägerin, den auf dem GTL-Gelände lagernden kontaminierten Boden zu beseitigen; gleichzeitig drohte sie der Klägerin für den Fall nicht fristgerechter Erfüllung Zwangsmittel an. Die Kosten für die Sanierungsmaßnahmen veranschlagte die Stadt B auf 12 Mio. €. Die Klägerin legte gegen den Bescheid Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist.

Die Klägerin meint, die MPG sei aufgrund des Spaltungs- und Übernahmevertrags Eigentümerin des GTL-Geländes geworden. Deshalb forderte sie die Beklagte auf, an der Berichtigung des Grundbuchs mitzuwirken. Dem kam die Beklagte nicht nach.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, die MPG zu veranlassen, die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der MPG als Eigentümerin des GTL-Geländes zu erteilen. Hilfsweise will sie die Verurteilung der Beklagten erreichen, Zug um Zug gegen Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Grundstückskaufvertrag und dem Sanierungsvertrag vom 17.3.1994 die Auflassung zur Übertragung des Eigentums an dem GTL-Gelände von der Klägerin auf die Beklagte zu erklären. Außerdem will die Klägerin festgestellt haben, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Aufwendungen zu ersetzen und sie von jeglichen Ansprüchen Dritter einschließlich der öffentlichen Hand freizustellen, die darauf beruhen oder damit im Zusammenhang stehen, dass sich auf dem GTL-Gelände Abfälle und/oder Deponien und/oder schädliche Bodenveränderungen, insbesondere kontaminierter Erdaushub, befinden oder befunden haben.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist nicht die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der MMRG, sondern die MPG Eigentümerin des GTL-Geländes. Die Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags ergebe, dass zu dem auf die MPG abgespaltenen Teilbetrieb NE der gesamte frühere Grundbesitz der MMRG, und nicht nur die in der Anlage (3) zu § 6.3.4 aufgeführten Grundstücke gehörten. Der Eigentumswechsel habe sich außerhalb des Grundbuchs durch die Eintragung der Abspaltung in das Handelsregister vollzogen. Unschädlich sei, dass die übertragenen Grundstücke nicht in dem Vertrag bezeichnet seien; es reiche aus, sie erst bei der Änderung der Eigentümereintragung im Grundbuch konkretisierend zu bezeichnen.

Anspruchsgrundlage für den ersten Klageantrag sei § 12.1 i. V. m. §§ 10.1, 1.1 und 1.2 des A-Kaufvertrags. Hinsichtlich der bei der MMRG als „Rest“ ihrer ursprünglichen formellen und materiellen Eigentümerposition verbliebenen Buchposition im Grundbuch liege die garantierte Abspaltung tatsächlich nicht vor. Deshalb sei die Klägerin als Rechtsnachfolge-

rin der V berechtigt, von der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der M die Herstellung des Zustands zu verlangen, der bestünde, wenn die garantierte vollständige Abspaltung vollzogen worden wäre. Auch ein Schadensersatzanspruch der Klägerin umfasse den geltend gemachten Anspruch. Die in § 18.4 des A-Kaufvertrags vereinbarte Ausschlussfrist gelte nicht, weil sie sich nur auf die Haftungsfreistellung nach § 18.1 beziehe.

Den Feststellungsantrag hält das Berufungsgericht ebenfalls nach § 12.1 i. V. m. §§ 10.1, 1.1 und 1.2 des A-Kaufvertrags für begründet. Eine Verpflichtung der Klägerin zur Boden-sanierung komme nur in Betracht, wenn sie Eigentümerin des GTL-Geländes sei. Dies wäre jedoch ein Zustand, welcher der in § 10.1 abgegebenen Garantie widerspreche. Deshalb sei die Beklagte im Wege des Schadensersatzes verpflichtet, der Klägerin alle Kosten zu erstatten und Schäden zu ersetzen, die nicht entstanden wären, wenn die MMRG nicht Eigentümerin des GTL-Geländes geblieben wäre. Daran ändere nichts, dass die MMRG nicht Grundstückseigentümerin geblieben sei; denn diese Rechtsauffassung des Berufungsgerichts sei für das noch laufende Verwaltungsverfahren nicht bindend, so dass die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Klägerin weiterhin bestehe.

Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

II.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Parteien des Spaltungs- und Übernahmevertrags auch die Übertragung des Eigentums an dem GTL-Gelände auf die MPG gewollt haben. Die gegen die dieser Ansicht zugrundeliegende Vertragsauslegung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

a) Mit dem Vertrag wurden der MPG im Wege der Sonderrechtsnachfolge durch Abspaltung zur Aufnahme (§ 123 Abs. 2 Nr. 1 UmwG) die Teilbetriebe M, A, F und NE, insbesondere die in § 6 in Verbindung mit den Vertragsanlagen aufgeführten Wirtschaftsgüter, übertragen (§ 2.1). Ein solcher Vertrag unterliegt der Auslegung nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB; sie dient der Überprüfung, welcher Einzelgegenstand zu der übertragenen Sachgesamtheit gehört (*Kallmeyer*, UmwG, 3. Aufl., § 126 Rdnr. 65; ebenso BGH, WM 2003, 2335, 2337 = MittBayNot 2004, 285 zur Spaltung durch Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG).

b) Die Auslegung vertraglicher Vereinbarungen ist Aufgabe des Tatrichters. Das Revisionsgericht überprüft sie nur darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind (siehe nur BGH, WM 2003, 1127, 1128). Gemessen daran ist die Auslegung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Das Auslegungsergebnis ist nicht nur möglich, was ausreicht, sondern nahe liegend. (...)

2. Rechtlich nicht haltbar ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, das GTL-Gelände sei in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag hinreichend bestimmt bezeichnet. Sie widerspricht den Bestimmungen in § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 Satz 1 und 2 UmwG.

a) In dem Spaltungs- und Übernahmevertrag ist zu vereinbaren, welche Vermögensteile von dem übertragenden Rechtsträger auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen sollen. Die übergehenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens sind nach § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG genau zu bezeichnen. Soweit für die Übertragung von Gegenständen bei Einzelrechtsnachfolge in den allgemeinen Vorschriften eine

besondere Art der Bezeichnung bestimmt ist, sind diese Regelungen auch für die Bezeichnung der übergehenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens anzuwenden; § 28 GBO ist zu beachten (§ 126 Abs. 2 Satz 1 und 2 UmwG). Damit wird dem Bestimmtheitsfordernis des Grundbuchsrechts Rechnung getragen. Es dient dazu, dass jedermann aus der im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs eingetragenen Grundstücksbezeichnung erkennen kann, um welches Grundstück es sich handelt (BGHZ 150, 334, 338 = DNotZ 2002, 937). Ihm kommt im Umwandlungsrecht eine besondere Bedeutung zu, weil die – hier abgespaltenen – Vermögensteile mit der Eintragung der Spaltung in das Handelsregister als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Ein gesonderter Übertragungsakt hinsichtlich der einzelnen Gegenstände ist nicht erforderlich.

b) Bei Grundstücken tritt der Vermögensübergang demnach außerhalb des Grundbuchs ein. Mit dem Vollzug der Spaltung durch die Registereintragung wird es im Hinblick auf die Eintragung des Eigentümers unrichtig. Diese Rechtsfolge verlangt die Bezeichnung der übergehenden Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag nach § 28 Satz 1 GBO, also entweder übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt (ebenso *Böhringer*, Rpfleger 1996, 154; *ders.*, Rpfleger 2001, 59, 63; *Schröer* in Semler/Stengel, UmwG, 2. Aufl., § 126 Rdnr. 64; vgl. auch LG Leipzig, VIZ 1994, 562 und *Heiss*, Die Spaltung von Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, S. 55 [jeweils zu der mit den Vorschriften in § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 Satz 1 und 2 UmwG inhaltsgleichen Regelung in § 2 Abs. 1 Nr. 9 SpTrUG]). Das entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers; er hat den Hinweis auf § 28 GBO in § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG aufgenommen, weil er es für erforderlich gehalten hat, Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag so zu bezeichnen, wie dies der beurkundende Notar bei einer Einzelübertragung tun würde (BT-Drucks. 12/6699, S. 119).

c) Die von dem Berufungsgericht vertretene Ansicht, dass die fehlende Bezeichnung der durch Spaltung übergehenden Grundstücke nach § 28 GBO den Rechtsübergang nicht hindert, wenn durch die Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags eine einwandfreie Zuordnung auf den übernehmenden Rechtsträger möglich ist (ebenso *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Strutz, UmwG und UmwStG, § 126 UmwG Rdnr. 81; *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdnr. 212; *Priester*, DNotZ 1995, 427, 445 f.; *Volmer*, WM 2002, 428, 430 f.; widersprüchlich *Priester* in Lutter/Winter, UmwG, 3. Aufl., § 126 Rdnr. 53, 55), ist nicht richtig. Sie führt zu einer nicht hinnehmbaren Unsicherheit, welche Grundstücke auf den übernehmenden Rechtsträger außerhalb des Grundbuchs übergegangen sind.

aa) Zutreffend geht die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung davon aus, dass an die Bezeichnung eines im Wege der Abspaltung zur Aufnahme übergehenden Grundstücks als Teil einer Sachgesamtheit keine geringeren Anforderungen gestellt werden dürfen als bei der Einzelübertragung. Für diese hat der Senat jedoch entschieden, dass nach § 28 GBO das Grundstück in der Eintragungsbewilligung übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist (BGHZ 90, 323, 327); demgemäß ist zum Beispiel die Verurteilung zur Abgabe einer Eintragungsbewilligung hinsichtlich einer Grundstücksteilfläche vor grundbuchlich vollzogener Teilung unstatthaft, weil den Anforderungen von § 28 GBO nicht genügt werden kann (st. Senatsrechtsprechung seit BGHZ 37, 233, 242). Das gilt selbst dann, wenn die Teilfläche in dem Kaufvertrag ausreichend bestimmt ist. Denn von der für die Bezeichnung der

Teilfläche ausreichenden vertraglichen Bestimmbarkeit ist das Bestimmtheitserfordernis des Grundbuchrechts zu unterscheiden; dieses erfordert für den Eigentumsübergang die grundbuchmäßige Bezeichnung der Teilfläche, während es für die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags wie auch für die Auflassung (BGH, NJW 2002, 1038; Urteil vom 18.1.2008, V ZR 174/06, zur Veröffentlichung bestimmt) nur darauf ankommt, ob die Vertragsparteien sich über die Größe, die Lage und den Zuschnitt der Fläche entsprechend einer zeichnerischen – nicht notwendig maßstabsgerechten – Darstellung und darüber einig sind, dass die genaue Grenzziehung erst noch erfolgen soll (BGHZ 150, 334, 338 f. = DNotZ 2002, 937). § 28 GBO darf allerdings nicht formalistisch überspannt werden (BGHZ 90, 323, 327). Deshalb hat der Senat in den Fällen der Teilflächenübertragung eine Ausnahme zugelassen, wenn bereits ein genehmigter Veränderungsnachweis vorliegt, der die übertragene Teilfläche katastermäßig bezeichnet, und auf den in der Verurteilung zur Abgabe der Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann (BGHZ 90, 323, 328; BGH, WM 2002, 763, 764 = NJW 2002, 1038).

Zwar ist es danach möglich, bei der Umwandlung den Übergang von Grundstücksteilflächen in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag zu vereinbaren, ohne sie nach § 28 Satz 1 GBO zu bezeichnen. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass bei der Übertragung von Gesamtgrundstücken die fehlende Bezeichnung nach § 28 Satz 1 GBO den Rechtsübergang durch Eintragung der Spaltung in das Handelsregister nicht hindert (so aber *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdnr. 212; *Volmer*, WM 2002, 428, 431). Denn auch Teilflächen gehen bei fehlender Bezeichnung i. S. v. § 28 GBO in dem Vertrag nicht mit der Eintragung in das Handelsregister, sondern erst dann auf den übernehmenden Rechtsträger über, wenn diese Bezeichnung später nachgeholt wird (*Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdnr. 212). Da sich die Rechtsänderung außerhalb des Grundbuchs vollzieht, verlangt das Gesetz den an sich erst für den Vollzug im Grundbuch erforderlichen Bestimmtheitsgrad des § 28 Satz 1 GBO (BGH, Urteil vom 18.1.2008, V ZR 174/06, zur Veröffentlichung bestimmt) bereits für den Spaltungs- und Übernahmevertrag. Denn bei der Spaltung fehlt das im Fall der Einzelübertragung von Grundstücken vorhandene Korrektiv der Grundstücksbezeichnung nach § 28 Satz 1 GBO in der Eintragungsbewilligung.

bb) Ebenfalls zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass die in § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG normierte Verpflichtung zur Beachtung des § 28 GBO bei der Bezeichnung der übergehenden Grundstücke überflüssig wäre, wenn sie – wie das Berufungsgericht meint – nur als Klarstellung zu verstehen sei, dass für den formellen Grundbuchverkehr auch im Fall einer Abspaltung die strengen Bestimmtheitsanforderungen gälten und deshalb für eine Änderung des Grundbuchs die Anforderungen des § 28 GBO erfüllt sein müssten. Für eine solche Klarstellung besteht kein Bedürfnis, weil das Grundbuchamt in dem dem Vollzug der Spaltung nachfolgenden Berichtsverfahren § 28 GBO als maßgebliches Verfahrensrecht beachten muss.

Auch die Gesetzssystematik spricht gegen eine bloße Klarstellung. Zum einen stellt § 126 UmwG materielle rechtliche Anforderungen an den Inhalt des Spaltungs- und Übernahmevertrags, insbesondere an die Bezeichnung der übergehenden Gegenstände; eine lediglich das Grundbuchverfahren betreffende Vorschrift ist hier fehl am Platze. Zum anderen richtet sich die in § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG enthaltene Verpflichtung zur Beachtung des § 28 GBO ausschließlich an die

Parteien des Spaltungs- und Übernahmevertrags; für sie ist ein klarstellender Hinweis auf eine verfahrensrechtliche Verpflichtung des Grundbuchamts sinnlos.

Dem lässt sich – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht mit Erfolg entgegenhalten, aus § 131 Abs. 3 UmwG ergebe sich, dass sich bei der Aufspaltung der Eigentumsübergang entsprechend der Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags vollziehe, auch wenn der übergehende Gegenstand in dem Vertrag nicht konkretisierend bestimmt sei; dasselbe müsse für den Fall der Abspaltung gelten (ebenso *Volmer*, WM 2002, 428, 430). Diese Ansicht verkennt den oben unter 2. c) aa) dargestellten Unterschied zwischen der ausreichenden vertraglichen Bestimmbarkeit und dem Bestimmtheitserfordernis des Grundbuchrechts. Danach müssen auch die im Wege der Aufspaltung übergehenden Grundstücke nach § 28 Satz 1 GBO bezeichnet werden.

cc) Die Überlegungen des Berufungsgerichts, schutzwürdige Interessen Dritter und der Vertragsparteien würden nicht verletzt, wenn die Spaltung mit dem durch Auslegung ermittelten Vertragsinhalt trotz fehlender Grundstücksbezeichnung vollzogen würde, lassen Inhalt und Zweck des Bestimmtheitserfordernisses außer Acht. Zum einen betrifft es nicht die Formwirksamkeit des Vertrags, sondern seine inhaltliche Bestimmtheit (BGHZ 150, 334, 339 f. = DNotZ 2002, 937). Deshalb geht der Hinweis des Berufungsgerichts auf die zugunsten der Vertragsparteien bestehende, von der ausreichenden Grundstücksbezeichnung unabhängige Warn- und Schutzfunktion der Vertragsbeurkundung ins Leere. Zum anderen werden schutzwürdige Interessen Dritter bereits berührt, wenn sich der Eigentumsübergang nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG außerhalb des Grundbuchs durch Eintragung der Spaltung in das Handelsregister vollzieht. Denn ab dem 16. Tag nach der Bekanntmachung der Eintragung (§§ 19 Abs. 3, 125 UmwG) muss ein Dritter die Spaltung und damit auch den Eigentumswechsel gegen sich gelten lassen (§ 15 Abs. 2 HGB). Ob der Dritte die Bekanntmachung kannte, ist unerheblich; auch eine konkrete Kausalität ist nicht Voraussetzung (MünchKommHGB/*Krebs*, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 67). Kann aber wegen nicht ausreichender – oder sogar, wie hier, fehlender – Grundstücksbezeichnung weder dem Register noch dem Spaltungs- und Übernahmevertrag der Übergang des Grundstücks auf den übernehmenden Rechtsträger entnommen werden, ist es nicht gerechtfertigt, wenn dieser gleichwohl dem Dritten den Übergang entgegenhalten könnte.

dd) Die von dem Berufungsgericht an verschiedenen Stellen seiner Entscheidung und auch von der Klägerin in ihrer Revisionserwiderung herangezogene Rechtsprechung des Senats zu den Fällen der irrtümlichen Falschbezeichnung verkaufter Grundstücke stützt die von dem Berufungsgericht vertretene Ansicht nicht. Denn sie hilft nicht über die besonderen Anforderungen der grundbuchrechtlichen Bestimmtheit hinweg, die das Gesetz in § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG aufstellt.

3. Nach alledem erfasst die Abspaltung gemäß Vertrag vom 16.8.1999 nicht das GTL-Gelände. Dessen Eigentümerin ist die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der im Grundbuch eingetragenen MMRG. Das Grundbuch kann somit nicht in der Weise berichtet werden, dass die MPG als Eigentümerin eingetragen wird, weil es an der dafür notwendigen Unrichtigkeit fehlt. Die MPG ist nicht zur Zustimmung zu ihrer Eintragung (§ 22 Abs. 2 GBO) verpflichtet. Demgemäß trifft die Beklagte nach den Bestimmungen des A-Kaufvertrags keine Verpflichtung, die MPG zur Erteilung dieser Zustimmung zu veranlassen. Der darauf gerichtete erste Klageantrag ist deshalb – unter teilweiser Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562

Abs. 1 ZPO) – auf die Berufung der Beklagten abzuweisen, denn insoweit ist die Sache zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

4. Auch im Hinblick auf den Hilfsantrag, der in der Revisionsinstanz ohne Anschlussrevision der Klägerin angefallen ist (BGH, WM 1991, 1915, 1916), ist die Sache zur Endentscheidung reif, weil es keiner weiteren Feststellungen bedarf. Er ist begründet; die Klägerin kann von der Beklagten nach § 12.1 i. V. m. §§ 1.2, 10.1 des A-Kaufvertrags Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus den Verträgen vom 17.3.1994 die Übernahme des Eigentums an dem GTL-Gelände durch Abgabe einer entsprechenden Auflassungserklärung verlangen.

a) Die Bestimmung in § 1.2, dass die MMRG auf der Grundlage des Spaltungs- und Übernahmevertrags vom 16.8.1999 ihr nicht mit A zusammenhängendes Geschäft an die MPG abgespalten hat, trifft nicht vollständig zu; wie vorstehend unter 2. ausgeführt, erfasste die Abspaltung nicht das GTL-Gelände, welches zu dem Nicht-A-Geschäft der MMRG gehörte. Deshalb greift das von der Rechtsvorgängerin der Beklagten in § 10.1 abgegebene selbständige Garantiersprechen ein, mit dem sie versichert und gewährleistet hat, dass die Bestimmung in § 1.2 des Vertrags zutreffend, vollständig und präzise ist. Das hat das Berufungsgericht – bei der Bescheidung des ersten Klageantrags – im Wege der Vertragsauslegung zutreffend festgestellt. Dem hält die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung lediglich entgegen, dass es sich bei der Regelung in § 10.1 um eine pauschal-generelle Garantieklausel handele, wie sie bei Unternehmenskaufverträgen international üblich sei, in die nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen jedoch keine Garantie für die Abspaltung bestimmter Vermögensgegenstände und Rechte hineingelesen werden dürfe. Damit zeigt die Beklagte keinen revisionsrechtlich beachtlichen Auslegungsfehler des Berufungsgerichts auf. Er ist auch nicht zu erkennen.

Aufgrund des Garantiersprechens ist die Klägerin nach § 12.1 des A-Kaufvertrags als Rechtsnachfolgerin der V berechtigt, von der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der M. O. AG zu verlangen, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn auch das GTL-Gelände von der Abspaltung erfasst worden wäre. Das kann, wie von der Klägerin mit ihrem Hilfsantrag verlangt, nur dadurch geschehen, dass die Beklagte das Eigentum übernimmt.

b) Der Geltendmachung des Anspruchs steht der Ablauf der in § 18.4 des A-Vertrags vereinbarten fünfjährigen Ausschlussfrist nicht entgegen. Für den hier gegebenen Anspruch der Klägerin nach § 12.1 gilt ausschließlich die Regelung in § 12.5a. Danach unterliegt die Garantie nach § 10.1 einer zehnjährigen Verjährungsfrist. Diese war bei Klageerhebung – und ist auch jetzt – nicht abgelaufen. (...)

Anmerkung:

I. Voraussetzungen für den Eigentumsübergang von ganzen Grundstücken im Wege der Spaltung nach UmwG

Mit der vorliegenden, für die notarielle Praxis wichtigen Entscheidung an der Schnittstelle zwischen Umwandlungs- und Grundbuchrecht hat der BGH die Voraussetzungen für den Eigentumsübergang von Grundbesitz bei Spaltungsvorgängen nach dem UmwG endgültig festgelegt. Damit hat das Gericht einen Schlussstrich unter die seit vielen Jahren in der umwandlungsrechtlichen Literatur geführte Diskussion um die

Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG i. V. m. § 28 GBO gezogen. Nach dieser Vorschrift müssen Grundstücke im Rahmen einer Spaltung so genau bezeichnet werden, wie dies auch bei einer Einzelübertragung erforderlich wäre, d. h. unter Angabe von Grundbuchamt, Gemarkung, Blattstelle und Flurnummer oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt. Umstritten waren bislang die Rechtsfolgen einer Missachtung dieser Bestimmung. Darüber hinaus hat der BGH obiter dictum auch Hinweise für die Behandlung von Teilflächen gegeben.

Bevor sich das Gericht jedoch diesen spannenden umwandlungsrechtlichen Fragen widmet, nimmt es zunächst eine Vertragsauslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB vor. Zuvorderst kommt es für die Frage, ob ein bestimmter Gegenstand von der Spaltung umfasst sein soll, richtigerweise auf den Willen der Parteien an. Die Frage nach den Auswirkungen des Verweises von § 126 Abs. 2 Satz 1 und 2 UmwG auf § 28 GBO ist demgegenüber logisch nachgelagert. Dementsprechend erfolgte auch eine Verurteilung der Beklagten zur Erklärung der Auflassung: Wenn man wie der BGH zu dem Schluss kommt, dass ein bestimmtes Grundstück nach dem Willen der Parteien Gegenstand der Spaltung sein soll, gleichzeitig aber einen Übergang des Eigentums im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG außerhalb des Grundbuchs mangels hinreichend bestimmter Bezeichnung des Grundstücks in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag verneint, ist zur Umschreibung des Eigentums eine bloße Grundbuchberichtigung nicht ausreichend, sondern es bedarf ergänzend einer Auflassung gemäß § 925 BGB.

Das Berufungsgericht hatte noch die Ansicht vertreten, die fehlende Bezeichnung der durch Spaltung übergehenden Grundstücke nach § 28 GBO hindere den Rechtsübergang nicht, wenn durch eine solche Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags eine einwandfreie Zuordnung auf den übernehmenden Rechtsträger möglich ist. Diese Ansicht entspricht der wohl herrschenden Meinung in der Literatur,¹ welche unter anderem mit der Regelung in § 131 Abs. 3 UmwG argumentiert, wonach sich bei der Aufspaltung der Eigentumsübergang entsprechend der Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags vollziehe, auch wenn der übergehende Gegenstand in dem Vertrag nicht konkretisierend bestimmt sei. Dasselbe müsse für den Fall der Abspaltung gelten.² Darüber hinaus ist insbesondere vorgebracht worden, dass es sich bei § 28 GBO lediglich um eine Verfahrensvorschrift handele, nicht aber um eine materielle Formvorschrift. Deshalb könne ein Übergang nicht hinreichend individualisierter Grundstücke bzw. Rechte an Grundstücken im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nur dann scheitern, wenn § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG die reine Verfahrensvorschrift des § 28 GBO quasi auf eine materielle Ebene erhebe, was nicht der Fall sei.³

Der BGH argumentiert demgegenüber, dass dem Bestimmtheitserfordernis des Grundbuchrechts im Umwandlungsrecht

¹ Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG und UmwStG, § 126 UmwG Rdnr. 81; Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdnr. 212; Priester, DNotZ 1995, 427, 445 f.; Volmer, WM 2002, 428, 430 f.

² Siehe Volmer, WM 2002, 428, 430.

³ Vgl. ausführlich Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdnr. 212.

wegen der partiellen Gesamtrechtsnachfolge eine ganz besondere Bedeutung zukommt, weil die von der Spaltung betroffenen Vermögensteile mit der Eintragung der Spaltung im Handelsregister als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Da sich die Vermögensübertragung außerhalb des Grundbuchs vollzieht, hat es der Gesetzgeber für erforderlich gehalten, Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag so zu bezeichnen, wie dies der beurkundende Notar bei einer Einzelübertragung tun würde.⁴ Würde man demgegenüber mit der herrschenden Literatur annehmen, dass ein Rechtsübergang schon erfolgt, wenn durch die Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags eine einwandfreie Zuordnung möglich ist, wäre für den Rechtsverkehr nicht ersichtlich, welche Grundstücke im Ergebnis auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen sind.

Darüber hinaus wird die Auffassung des BGH gestützt durch die systematische Stellung des Verweises auf § 28 GBO. Beim Umwandlungsgesetz handelt es sich nicht wie bei der GBO um ein bloßes Verfahrensgesetz. So stellt gerade auch § 126 UmwG materielle Anforderungen an den Vertragsinhalt.⁵ Es wäre systematisch kaum nachvollziehbar, hier eine reine Verfahrensvorschrift zu platzieren. Im Übrigen richtet sich die Pflicht zur Beachtung des § 28 GBO ausschließlich an die Parteien des Spaltungs- und Übernahmevertrags, für die ein klarstellender Hinweis auf eine verfahrensrechtliche Verpflichtung des Grundbuchamts sinnlos wäre. Der BGH weist in diesem Kontext richtigerweise darauf hin, dass die in § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG niedergelegte Verpflichtung zur Beachtung des § 28 GBO bei der Bezeichnung der übergehenden Grundstücke überflüssig wäre, wenn sie nur als Klarstellung im Hinblick darauf zu verstehen sei, dass für den formellen Grundbuchverkehr auch im Falle einer Abspaltung die Anforderungen des § 28 GBO erfüllt sein müssen. Für eine solche Klarstellung besteht kein Bedürfnis, weil das Grundbuchamt im Rahmen des Berichtigungsverfahrens § 28 GBO als maßgebliches Verfahrensrecht ohnehin beachten muss.

Schließlich ist auch die Argumentation des Gerichts mit schutzwürdigen Interessen Dritter nachvollziehbar. Der Eigentumsübergang nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG vollzieht sich außerhalb des Grundbuchs durch Eintragung der Spaltung in das Handelsregister. Es wäre nicht gerechtfertigt, wenn ein Dritter die Spaltung und damit auch den Eigentumswechsel nach § 15 Abs. 2 HGB gegen sich gelten lassen müsste, wenn er aus dem beim Register vorliegenden Spaltungs- und Übernahmevertrag mangels ausreichender Grundstücksbezeichnung nicht ersehen kann, welche Grundstücke von dem Übergang betroffen sind.

Die besseren Argumente sprechen somit für die Auffassung des BGH und damit eine materielle Einordnung des Verweises auf § 28 GBO mit der Folge, dass für den Übergang von Grundbesitz und grundstücksgleichen Rechten in jedem Fall die genaue Bezeichnung im Spaltungs- und Übernahmevertrag erforderlich ist. Für die notarielle Praxis bedeutet dies, dass in Zukunft noch genauer auf eine hinreichende Bezeichnung der einer Spaltung unterliegenden Grundstücke und grundstücksgleichen Rechte zu achten ist. Wer Vorsicht walten lässt, wird daher in die Vertragsmuster zu Spaltungsvorgängen einen entsprechenden Vermerk einbauen, damit dieser Punkt nicht übersehen wird.

⁴ BT-Drucks. 12/6699, S. 119.

⁵ Vgl. *Volmer*, WM 2002, 428, 430.

II. Eigentumsübergang im Wege der Spaltung nach UmwG bei Teilflächen

Neben der Frage des Eigentumsübergangs von nicht hinreichend bezeichneten Gesamtgrundstücken spricht der BGH in der Entscheidung obiter dictum auch die Frage an, wann sich der Eigentumsübergang bei Teilflächen vollzieht, die Gegenstand der Spaltung sind. Die Thematisierung des Problemkreises „Teilfläche“ in dem Urteil geht darauf zurück, dass die Literatur als Argument für einen Eigentumsübergang eines Gesamtgrundstücks im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge auch ohne genaue Bezeichnung i. S. v. § 28 GBO vorbringt, sogar bei noch nicht vermessenen Teilflächen erfolge der Eigentumsübergang mit Eintragung der Spaltung.⁶ Der BGH stellt in diesem Zusammenhang klar, dass auch bei Teilflächen der für die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages und der Auflassung notwendige Grad an Bestimmtheit sich vom grundbuchrechtlich erforderlichen Bestimmtheitsgrad unterscheidet. Das Gericht folgt damit der überwiegenden Ansicht in der Literatur, dass die Aufnahme einer nicht vermessenen Teilfläche in den Spaltungsvertrag und der Vollzug des Spaltungsvertrages im Handelsregister vor Vollzug der Teilung und entsprechender Eintragung im Grundbuch einen Eigentumswechsel an der (nicht vermessenen und damit sachen- sowie grundbuchrechtlich noch nicht existenten) Teilfläche nicht herbeiführen könne.⁷ Laut BGH gehen „auch Teilflächen [...] bei fehlender Bezeichnung i. S. v. § 28 GBO in dem Vertrag nicht mit der Eintragung im Handelsregister, sondern erst dann auf den übernehmenden Rechtsträger über, wenn diese Bezeichnung später nachgeholt wird“.⁸

An diesem Punkt stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich aus dem Urteil für den Eigentumsübergang von Teilflächen im Rahmen von Spaltungsvorgängen ergeben. Auf der einen Seite könnte man nach der vom Gericht vorgenommenen Einordnung des Verweises in § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG auf die Bestimmtheitsanforderungen des § 28 GBO als materielle Voraussetzung für den Eigentumsübergang von ganzen Grundstücken davon ausgehen, dass der BGH die genaue Bezeichnung i. S. v. § 28 GBO in jedem Fall als Voraussetzung für den Eigentumsübergang im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge ansieht. Folge einer derartigen Auslegung des Urteils wäre, dass bei jeder Spaltung von nicht vermessenen Teilflächen für den Eigentumsübergang nach Feststellung des Messungsergebnisses ergänzend zum Spaltungs- und Übernahmevertrag eine Auflassung notwendig werden würde, ähnlich der bei der Einzelveräußerung von Teilflächen erforderlichen Messungsanerkennung und Auflassung. Eine Bezeichnung i. S. v. § 28 GBO schon im Spaltungs- und Übernahmevertrag ist ja in diesen Fällen nicht möglich.

Auf der anderen Seite legt die soeben wörtlich zitierte Passage nahe, dass der BGH in Bezug auf Teilflächen auch künftig der bisher herrschenden Meinung folgen will und es – trotz der (im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar nicht möglichen) fehlenden Bezeichnung nach § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG i. V. m. § 28 GBO – für den Eigentumsübergang im Rahmen der Spaltung wie auch bei der Einzelübertragung

⁶ Vgl. hierzu u. a. *Volmer*, WM 2002, 428, 431.

⁷ Siehe ausführlich *Mayer* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdnr. 213 m. w. N. sowie das Gutachten des DNotI zu § 131 UmwG Nr. 12552 vom 12.11.1999.

⁸ Der BGH verweist an dieser Stelle auf *Mayer* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdnr. 212.

einer Teilfläche ausreichen lässt, wenn die Fläche (z. B. durch Beifügen eines Lageplans und Beschreibung der Lage im Vertrag) hinreichend individualisierbar ist und später im Rahmen der Grundbuchberichtigung eine Identitätserklärung⁹ unter Beachtung von § 28 GBO durch den Notar erfolgt. Der BGH will mit seiner Bezugnahme auf die Problematik der Teilflächen allem Anschein nach lediglich das Argument entkräften, wenn schon bei einer Teilfläche die fehlende Bezeichnung nach § 28 GBO einen Eigentumsübergang ohne Auflassung nicht hindere, so könne bei Gesamtgrundstücken § 28 GBO kaum Wirksamkeitserfordernis für einen Rechtsübergang mittels partieller Gesamtrechtsnachfolge sein.¹⁰ Richtigerweise ist das Urteil daher im letztgenannten Sinne zu verstehen.

Zwar mag man dem BGH nach dieser Lesart eine gewisse Inkonsequenz vorwerfen, da im Hinblick auf § 28 GBO keine einheitliche Linie vertreten wird: Entweder verlangt nämlich die Rechtssicherheit im Grundstücksverkehr die Bezeichnung nach § 28 GBO mit der Folge, dass die Anforderungen des Verfahrensrechts einen Übergang von Teilflächen im Rahmen von Spaltungen verbieten, oder aber das Liegenschaftsrecht kann sich mit anderweitigen hinreichend genauen Bezeichnungen begnügen, was dann eigentlich auch für ganze Grundstücke gelten müsste.¹¹ Andererseits wäre die Idee der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge bei Spaltungen konterkariert, würde man erstgenannte, strengere Auffassung vertreten. Deshalb ist richtigerweise davon auszugehen, dass die Übertragung einer Teilfläche durch Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Spaltung auch künftig möglich bleibt, wenn die Fläche im Nachhinein im Wege einer notariellen Identitätserklärung hinreichend genau bezeichnet wird. Die diesbezügliche bisherige Praxis könnte demnach beibehalten werden.

Notar Dr. Simon Weiler, Bamberg

⁹ Hierzu ausführlich *Wilsch* in Hügels, GBO, § 28 Rdnr. 99 ff.

¹⁰ So z. B. *Mayer* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdnr. 212.

¹¹ So schon *Volmer*, WM 2002, 428, 431.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. InsO § 129 (*Schenkung mit Rückforderungsrecht für den Insolvenzfall nicht anfechtbar*)

Ein Schenkungsvertrag über ein Grundstück, in dem zugleich ein durch Vormerkung gesicherter Rückübertragungsanspruch für den Fall des Vermögensverfalls oder der Insolvenz des Begünstigten vereinbart wird, ist im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Begünstigten mangels objektiver Gläubigerbenachteiligung nicht anfechtbar.

BGH, Beschluss vom 13.3.2008, IX ZB 39/05

Ein eröffnetes Insolvenzverfahren wurde in der Folgezeit durch das AG gemäß § 213 InsO mit Zustimmung aller Gläubiger eingestellt.

Der Insolvenzverwalter hat beantragt, seine Vergütung auf 27.516,41 € und den Auslagensatz auf 2.610 € festzusetzen. Bei der Berechnungsgrundlage hat der Insolvenzverwalter Grundbesitz des Schuldners nach Abzug von Absonde-

rungsrechten mit 111.407,05 € berücksichtigt. Mit notariellem Vertrag vom 3.11.1998 hatten die Eltern des Schuldners diesem ein Grundstück übertragen. In dem Vertrag vereinbarten die Parteien u. a. einen Rückübertragungsanspruch für den Fall, dass der Übernehmer oder seine Rechtsnachfolger im Eigentum in Vermögensverfall geraten sollten oder über deren Vermögen das Konkurs- oder gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet bzw. mangels Masse nicht eröffnet werden sollte, sowie ein persönliches Vorkaufsrecht der Übergeber für den Fall, dass der Übernehmer beabsichtigen sollte, die an ihn übertragene Grundstücksfläche zu veräußern. Dieses Vorkaufsrecht sollte gegen Zahlung von 75 von 100 des ortsgerichtlichen Schätzwertes ausgeübt werden können. Rückübertragungsanspruch und Vorkaufsrecht waren durch Vormerkung im Grundbuch gesichert worden.

Das AG hat die Vergütung und die Auslagen antragsgemäß festgesetzt. Die vom Schuldner hiergegen erhobene sofortige Beschwerde ist zurückgewiesen worden. Mit der Rechtsbeschwerde wendet sich der Schuldner u. a. gegen die Berücksichtigung des von den Eltern an ihn übertragenen Grundbesitzes bei der Berechnungsgrundlage.

II.

Das Rechtsmittel ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, §§ 6, 7, 64 Abs. 3 InsO) und zulässig (§ 574 Abs. 2 ZPO, § 4 InsO). Es führt zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Beschwerdegericht, § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO, § 4 InsO. (...)

2. Das streitige Grundstück ist der Bemessungsgrundlage nicht zuzurechnen, weil es nicht in die Masse fiel.

a) Das Eigentum an dem Grundstück ist zwar mit der Eintragung des Schuldners im Grundbuch auf diesen übergegangen. An dem Grundstück bestand jedoch wegen des durch Vormerkung gesicherten Rückübertragungsanspruchs ein Aussonderungsrecht der Eltern des Schuldners. Bei dem gemäß § 106 InsO mit Vormerkung gesicherten Recht handelt es sich um die Verstärkung eines schuldrechtlichen Anspruchs, um eine Sache aus der Ist-Masse als nicht zur Soll-Masse gehörend herauszulösen, also inhaltlich um Aussonderung (BGHZ 149, 1, 5 = DNotZ 2002, 275; BGHZ 155, 227, 236 = DNotZ 2004, 128; MünchKommInsO/Ganter, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 333; Jaeger/Henckel, InsO, § 47 Rdnr. 55). Soweit in der Literatur angenommen wird, der Schutz des § 106 InsO stehe einem Aussonderungsrecht lediglich gleich (vgl. HK-InsO/Marotzke, 4. Aufl., § 106 Rdnr. 20, 48; Uhlenbruck/Berscheid, InsO, 12. Aufl., § 106 Rdnr. 2; Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, § 106 Rdnr. 2) führt dies hier jedenfalls zu keinem anderen Ergebnis.

b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts war der Rückübertragungsanspruch der Eltern und die diesen vorrangig sichernde Auflassungsvormerkung nicht gemäß §§ 129 ff. InsO anfechtbar. Deshalb fiel auch der Wert eines solchen Anfechtungsanspruchs nicht in die Masse.

aa) Voraussetzung jeder Insolvenzanfechtung ist eine objektive Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 InsO. Das Beschwerdegericht hat diese Voraussetzung nicht ausdrücklich geprüft, will sie aber offenbar bejahen. Der Vertrag als Ganzes habe die Insolvenzgläubiger zwar nicht benachteiligt. Eine Anfechtung sei aber auch dann möglich, wenn ein an sich in sich ausgewogener Vertrag gerade für den Fall der Insolvenz eines Vertragsteils nicht unerhebliche Ausnahmen festschreibe, die bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zur Erreichung des Vertragszweckes nicht geboten seien.

Damit lässt sich im vorliegenden Fall eine objektive Gläubigerbenachteiligung nicht begründen. Sie lag nicht vor.

(1) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war allerdings der an den Schuldner übertragene Grundbesitz dem Zugriff der Gläubiger nicht schon generell entzogen. Der Rückübertragsanspruch bestand lediglich für den Fall, dass der Schuldner in Vermögensverfall gerät oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Vor diesem Zeitpunkt konnte er das Grundstück belasten und es konnte in das Grundstück vollstreckt werden. Erst im Zeitpunkt der materiellen Insolvenz oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sollte der Rückübertragsanspruch entstehen. Anders als in dem von der Rechtsbeschwerde in Bezug genommenen Fall des OLG Hamm (OLGR 2001, 187) löste nicht bereits jegliche Zwangsvollstreckung in das Grundstück den Rückübertragsanspruch aus.

(2) Anfechtbar sein könnte hier nur der Übertragungsvertrag. Dieser kann nur insgesamt angefochten werden. Die Anfechtung einzelner Bestimmungen eines Vertrages ist ausgeschlossen (BGHZ 124, 76, 83; BGH, ZIP 2007, 1120, 1123 = DNotZ 2007, 682). Die Anfechtung des Vertrages als Ganzes kann aber die Wirkung einer Teilanfechtung haben, wenn die anfechtbare Handlung das Schuldnervermögen nur in begrenztem Umfang geschmälert hat und das Rechtsgeschäft insoweit teilbar ist (RGZ 114, 206, 210; BGHZ 124, 76, 84; BGH, ZIP 2007, 1120, 1123 = DNotZ 2007, 682; MünchKommInsO/Kirchhof, § 143 Rdnr. 18). Teilbar in diesem Sinn ist auch ein allgemein ausgewogener Vertrag, der lediglich und gezielt für den Fall der Insolvenz den späteren Schuldner bzw. dessen Gläubiger benachteiligt. In diesem Fall entfällt für die Rückabwicklung alleine die benachteiligende Klausel (BGHZ 124, 76, 84; BGH, ZIP 2007, 1120, 1123 = DNotZ 2007, 682). Eine Benachteiligung kommt in einem solchen Fall etwa in Betracht, wenn dem späteren Insolvenzschuldner gezielt für den Fall der Insolvenz Vermögensnachteile auferlegt werden, welche über die gesetzlichen Folgen hinausgehen (vgl. MünchKommInsO/Kirchhof, § 143 Rdnr. 18) und nicht zur Erreichung des Vertragszwecks geboten sind (BGHZ 124, 76, 81).

(3) Ausgewogen in diesem Sinne ist ein Vertrag, der gleichwertige Gegenleistungen vorsieht (BGHZ 124, 76, 81). In diesem Fall ist es gerechtfertigt, einer einzelnen Klausel, die die Ausgewogenheit speziell für den Fall der Insolvenz verletzt, die Wirkung zu versagen. Werden hierdurch allerdings selbst ausgewogene Verträge erfasst, kann diese Rechtsprechung erst recht auf solche Verträge angewandt werden, die zum Nachteil des Schuldners unausgewogen sind und schon dadurch die Gläubiger benachteiligen. Stets sind in diesem Zusammenhang aber Verträge gemeint, bei denen die Leistungen der Vertragsparteien in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.

Auf eine Schenkung zum Vorteil des Schuldners sind diese Grundsätze dagegen nicht anwendbar. Entscheidend ist hier, dass der Grundbesitz niemals einem unbeschränkten Zugriff der Gläubiger ausgesetzt war. Vielmehr war das Grundstück von dem Erwerb durch den Schuldner an mit dem durch vorrangige Auflassungsvormerkung gesicherten Rückübertragsanspruch belastet. Die Übertragung des Grundstücks in dieser Form mag für die Gläubiger nur von geringem Vorteil gewesen sein oder gar keinen Vorteil gebracht haben. Eine objektive Benachteiligung zu ihren Lasten war damit aber nicht verbunden. Im Rahmen der Insolvenzanfechtung kann nicht als objektive Gläubigerbenachteiligung geltend gemacht werden, dem Schuldner hätte mehr geschenkt oder ein Geschenk ohne Belastung überlassen werden müssen.

(4) Darüber hinaus hätte selbst in einem ausgewogenen gegenseitigen Vertrag die Klausel, die als unwirksam behandelt werden soll, nicht zur Erreichung des Vertragszwecks geboten gewesen sein dürfen (BGHZ 124, 76, 81). Auch hierzu fehlen Feststellungen des Beschwerdegerichts. Die Rechtsbeschwerde weist zutreffend darauf hin, dass der Vortrag des Schuldners nicht berücksichtigt wurde, seine Eltern hätten die Schenkung ohne die fragliche Klausel nicht vorgenommen und Vertragszweck sei gerade gewesen, den Vermögenswert zu erhalten, zumal daraus eine Altenteilsrente für sie aufzubringen und eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit eingeräumt war (Garagenbenutzung). (...)

Beurkundungs- und Notarrecht

13. BNotO § 19 Abs. 1 Satz 1; BeurkG § 17 Abs. 1 Satz 1; MaBV § 3 Abs. 2 Nr. 1 (*Erschließungskosten als ungesicherte Vorleistung beim Bauträgervertrag*)

Beurkundet der Notar einen Bauträgervertrag, in dem der Veräußerer die Erschließungs- und Anschlusskosten übernimmt und in dem – ungeachtet des Umstands, dass diese von der Gemeinde noch nicht festgesetzt worden sind – diese Kosten Bestandteil der nach Herstellung des ersten Bauabschnitts fälligen Abschlagszahlung sein sollen (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV), so enthält diese Vertragsgestaltung eine ungesicherte Vorleistung, die die doppelte Belehrungspflicht des Notars auslöst.

BGH, Urteil vom 17.1.2008, III ZR 136/07

Der Beklagte beurkundete im Jahr 2000 einen Kaufvertrag, aufgrund dessen die Kläger von der i. GmbH ein Grundstück mit einem zu errichtendem Wohnhaus erwarben. Der Kaufpreis von 704.000 DM enthielt alle Kosten für die schlüsselfertige Herstellung des Kaufgegenstandes gemäß der Baubeschreibung, alle Baunebenkosten, die Grundstückskosten, die Erschließungskosten und die Anschlusskosten für Versorgungs- und Entsorgungsleistungen. Der Kaufpreis war in Teilbeträgen gemäß § 3 Abs. 2 MaBV zu entrichten.

Im Jahr 2002 wurde über das Vermögen der i. GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Insolvenzverwalterin lehnte es ab, in den zwischen der Schuldnerin und den Klägern geschlossenen Kaufvertrag einzutreten, und teilte den Klägern mit, dass die Stadt F. den Erschließungsbeitrag erst nach Beendigung aller Erschließungsmaßnahmen berechnen können. Mit Bescheiden des Erschließungsamts aus dem Jahr 2005 wurden die Kläger zu Vorausleistungen auf den Erschließungsbeitrag in Höhe von insgesamt 8.636,71 € herangezogen.

Die Kläger lasten es dem beklagten Notar als Amtspflichtverletzung an, dass er es bei der Beurkundung des Vertrages unterlassen habe, sie auf das Risiko einer ungesicherten Vorleistung betreffend die Erschließungskosten hinzuweisen und dieses Risiko durch eine sachgerechte Vertragsgestaltung zu vermeiden. Sie haben daher im vorliegenden Rechtsstreit die Feststellung begehrt, dass der Beklagte verpflichtet sei, ihnen allen materiellen Schaden zu ersetzen, der ihnen dadurch entstehe, dass in dem Bauträgervertrag eine Sicherung für die von der Bauträgerin übernommene Verpflichtung zur Tragung von Erschließungs- und Anschlusskosten nicht vereinbart worden sei, Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche der Kläger gegen die insolvente i. GmbH auf Erstattung gezahlter Erschließungs- und Anschlusskosten, und zwar in der Höhe, in der der Beklagte aufgrund des Feststellungsurteils Schadensersatz leiste. Der Beklagte hat eine Amtspflichtverletzung bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben.

Das LG hat die Feststellung antragsgemäß getroffen; die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet.

Der Beklagte ist den Klägern wegen Amtspflichtverletzung zum Schadensersatz verpflichtet (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO).

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht (OLG Frankfurt, MittBayNot 2007, 518 m. Anm. *Grziwotz* = IBR 2007, 560 m. Anm. *Basty*) angenommen, dass der Beklagte gegen eine ihm aus § 17 Abs. 1 BeurkG obliegende Amtspflicht verstoßen hat, indem er es bei der Beurkundung des Vertrages unterlassen hat, die Kläger auf die Gefahren der mit der vollen Bezahlung der vereinbarten Raten vor tatsächlicher Entrichtung der Erschließungs- und Anschlusskosten durch die i. GmbH verbundenen ungesicherten Vorleistungen hinzuweisen und den Parteien Wege aufzuzeigen, wie dieses Risiko durch eine andere Vertragsgestaltung vermieden werden konnte.

a) Die in dem Kaufvertrag enthaltene Regelung, dass der Kaufpreis auch die Erschließungskosten umfasste, bedeutete, dass die Bauträgerin es übernommen hatte, die Kläger, die als Grundstückseigentümer im öffentlichrechtlichen Sinne beitragspflichtig waren (§ 134 BauGB), von dieser Verpflichtung gegenüber der Stadt F. freizustellen. Andererseits waren die Erschließungskosten in dem im Vertrag vereinbarten Teilzahlungsmodus nicht gesondert ausgewiesen, sondern in die nach § 3 Abs. 2 MaBV festgelegten Ratenstufen einbezogen. Dementsprechend rechneten die Erschließungskosten hier zu denjenigen des ersten Bauabschnitts nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MaBV, d. h. zu den 30 v. H. der Vertragssumme, die nach Beginn der Erdarbeiten zu entrichten waren (vgl. BGH, DNotZ 1981, 243, 245 f. m. w. N.; *Marcks*, MaBV, 7. Aufl., § 3 Rdnr. 31). Dies wird auch von dem Beklagten nicht in Abrede gestellt.

b) Daher hatten die Kläger insoweit eine ungesicherte Vorleistung erbracht, indem sie diese volle Rate entrichteten, ohne dass die Bauträgerin dieser Freistellungsverpflichtung nachgekommen war.

c) Die hieraus gezogene Folgerung des Berufungsgerichts, dass den Beklagten hinsichtlich der Erschließungskosten und -beiträge die doppelte Belehrungspflicht in dem in der Rechtsprechung des BGH herausgearbeiteten Sinn (vgl. insbesondere BGH, NJW-RR 2004, 1071, 1072 = MittBayNot 2004, 294; NJW 1999, 2188 = DNotZ 2001, 473) getroffen hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der erkennende Senat hat diese Rechtsauffassung, die das Berufungsgericht schon in einem früheren Urteil (OLG Frankfurt am Main, NotBZ 2008, 32) vertreten hat, bereits in seinem (nicht mit Gründen versehenen) Beschluss vom 1.8.2007 (III ZR 45/06, n.V.) gebilligt, durch den die Nichtzulassungsbeschwerde der dort verklagten Notare zurückgewiesen worden ist (*Kapsa*, ZNotP 2007, 402, 403). Falls ein Urkundsbeteiligter eine ungesicherte Vorleistung erbringen soll, die als solche nicht ohne weiteres erkennbar ist, trifft den Notar gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG eine doppelte Belehrungspflicht. Er hat über die Folgen zu belehren, die im Falle der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten, und Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (BGH, NJW-RR 2004, 1071, 1072 = MittBayNot 2004, 294; NJW 1999, 2188, 2189 = DNotZ 2001, 473 jeweils m. w. N.). Soweit das OLG Oldenburg entschieden hat, dass der Notar dann, wenn sich ein Grundstücksverkäufer verpflichtet, den Käufer von einem noch nicht festgesetzten Anliegerbeitrag freizustellen, nicht verpflichtet sei, insoweit auf besondere Sicherungen des Käufers hinzuwirken (DNotZ 1990, 450), kann ihm nicht gefolgt werden. Der Senat hält insbesondere das Argument des OLG Oldenburg nicht für durchgreifend, es

bestehe keine Pflicht des Notars zur Belehrung über die Zuverlässigkeit und Zahlungsfähigkeit eines Beteiligten, solange irgendwelche Anhaltspunkte nicht dargetan seien, die einen Vermögensverfall der Verkäufer und damit die mangelnde Durchsetzbarkeit der Freistellungsverpflichtung befürchten ließen. Denn mit dieser Erwägung könnte man schließlich bei nahezu jeder ungesicherten Vorleistung eine Belehrungspflicht des Notars verneinen.

d) Eine Belehrungspflicht des Beklagten entfiel hier insbesondere nicht deshalb, weil sich die Kaufpreistraten an den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung orientierten (so auch *Blank*, Bauträgervertrag, 3. Aufl., Rdnr. 141). Die dortigen Regelungen sichern lediglich einen Mindestschutz des Bauherrn (vgl. *Marcks*, MaBV, § 3 Rdnr. 43), der gerade in Bezug auf die Erschließungskosten unzureichend ist. Die gesonderte zusätzliche Absicherung der Erschließungskosten bedeutet daher keinen Verstoß gegen das Regelungswerk der Makler- und Bauträgerverordnung, sondern hält dieses – wie die Revisionserwiderung mit Recht hervorhebt – ausdrücklich aufrecht und stellt lediglich zusätzlich klar, was von der dortigen Schutzregelung nicht erfasst wird.

aa) Die sich am tatsächlichen Baufortschritt orientierende Ratenregelung des § 3 Abs. 2 MaBV verbietet es nicht, dass sich der Bauträger die Zahlung der ersten Rate versprechen lässt, obwohl die Erschließungsanlagen – wie häufig – von der Gemeinde noch nicht abgerechnet sind (*Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rdnr. 672). Entgegen der Auffassung des Beklagten kann der Erwerber insoweit nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB verwiesen werden. Ob ein vertraglicher Freistellungsanspruch dem Freistellungsschuldner einredeweise entgegengehalten werden kann, obschon die Verbindlichkeit, von der zu befreien ist, noch nicht fällig und der Höhe nach unbestimmt ist, ist eine Frage der Auslegung (vgl. BGH, NJW 1984, 2151, 2152 f.). Bezogen auf den Bauträgervertrag geht die wohl herrschende Meinung im Schrifttum dahin, dass das bloße Risiko einer späteren Inanspruchnahme wegen Erschließungskosten keinen fälligen Freistellungsanspruch und damit ebenso wenig ein Zurückbehaltungsrecht begründet wie das Risiko möglicher Mängel des Bauwerks (*Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 672; *Blank*, Bauträgervertrag, Rdnr. 141). Vor dem Hintergrund, dass der Notar bei der Beurkundung den sichersten Weg gehen muss (BGH, NJW-RR 2005, 1148 m. w. N. = ZNotP 2005, 273), und darüber hinaus nicht erwartet werden kann, dass ein Erwerber, der sich auf eine den Vorgaben der Makler- und Bauträgerverordnung entsprechende Ratenzahlungsvereinbarung einlässt, die rechtlichen Zusammenhänge durchschaut und von seinem (etwaigen) Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht, kann ein Zurückbehaltungsrecht nur dann als ausreichende Sicherung angesehen werden, wenn der Bauträgervertrag eine Klausel enthält, die gerade für diese Fallkonstellation dem Erwerber ein Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich zubilligt (so wohl auch *Grziwotz*, MittBayNot 2007, 521).

bb) Eine zusätzliche Absicherung der Kläger, und zwar insbesondere auch die vom Berufungsgericht favorisierte „Bürgerschaftslösung“, hätte nicht in Widerspruch zu den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung gestanden (a. A. *Grziwotz*, MittBayNot 2007, 521). Zwar trifft es zu, dass eine Bürgschaft, mit der die nach § 7 MaBV vorgeschriebene Sicherheitsleistung erbracht werden soll, die gesamte vom Erwerber im Voraus zu leistende Summe abdecken muss und nicht nur einen Teil davon (*Fischer*, WM 2003, 1). § 7 MaBV erfasst aber nur die Fallgestaltung, in der sich der Bauträger vom tatsächlichen Bauablauf völlig losgelöste

(Abschlags-)Zahlungen versprechen lassen will. Entspricht hingegen – wie hier – der Ratenzahlungsplan den Maßgaben des § 3 Abs. 2 MaBV, so ist es den Vertragsparteien freigestellt, ob, in welcher Weise und in welchem Umfang sie darüber hinausgehende Sicherheiten vereinbaren.

e) Ausgehend von den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist seine Würdigung, dass eine solche zusätzliche Schutzregelung hier möglich und insbesondere im Verhältnis zur Verkäuferseite mit hinreichender Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) durchsetzbar gewesen wäre, nicht zu beanstanden.

Der Beklagte hätte, wie das Berufungsgericht zutreffend erwogen hat, als mögliche Vertragsgestaltung die Einzahlung eines entsprechenden Kaufpreisteils auf ein besonderes, vor dem alleinigen Zugriff der Bauträgerin geschütztes Konto oder die Stellung einer Bürgschaft durch die Bauträgerin für ihre Verpflichtung zur Übernahme sämtlicher Erschließungs- und Anschlusskosten (gegenüber den Klägern, möglicherweise aber auch gegenüber der Gemeinde; vgl. *Grziwotz*, MittBayNot 2007, 521) vorschlagen können. Des Weiteren wäre die Vereinbarung eines besonderen, betragsmäßig bestimmten Zurückbehaltungsrechts (siehe oben c. aa.) oder auch eine Abrede, die Erschließungskosten ganz oder teilweise aus dem Kaufpreis herauszunehmen, in Betracht gekommen.

Davon, dass sich – einerseits – die Verkäuferin, ein seriöser und alteingesessener Bauträger, jeder dieser Lösungsmöglichkeiten verschlossen hätte und – andererseits – die Kläger auch bei gehöriger Belehrung bereit gewesen wären, zwecks Vermeidung des „Kalkulationsrisikos“ die mit einer ungesicherten Vorleistung verbundenen Gefahren auf sich zu nehmen, kann nicht ausgegangen werden. Zum einen spricht der vom Berufungsgericht festgestellte Umstand, dass die i. GmbH als Eigentümerin der Grundstücke eingetragen war und dort keine Vorbelastungen bestanden, für eine hinreichende Liquidität der i. GmbH im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Zwar trifft es zu, dass die Bonität eines Bauträgers nicht nur, wie vom Berufungsgericht angenommen, dafür spricht, dass er fähig und willens gewesen wäre, die erforderliche Sicherheit zu leisten, sondern sich auch als Argument für eine erhöhte Risikobereitschaft der Käufer anführen ließe (*Grziwotz*, MittBayNot 2007, 521; *Basty*, IBR 2007, 560). Indes weist der vorliegende Fall die Besonderheit auf, dass nach den rechtsfehlerfrei getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts sich auf entsprechende Nachfragen noch zu erwartende Erschließungs- und Anschlusskosten von über 18.500 € (mehr als fünf v. H. des Kaufpreises) ergeben hätten. Daher ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht angesichts dieses erheblichen Betrages dem Vorbringen der Kläger gefolgt ist, sie hätten – ungeachtet der Frage der Bonität der i. GmbH – bei gehöriger Aufklärung über die mit der ungesicherten Vorleistung verbundenen Gefahren keinesfalls den Vertrag so wie formuliert unterschrieben.

f) Nach dem Maßstab eines erfahrenen, pflichtbewussten und gewissenhaften Durchschnittsnotars (*Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 5. Aufl., § 19 Rdnr. 102) hätte der Beklagte die Problematik der Erschließungskosten (vgl. BGH, NJW 1994, 2283 = DNotZ 1995, 403) und insbesondere das damit verbundene Risiko der mangelnden Sicherung der Vorleistung erkennen können. Insbesondere kann der Beklagte sich nicht darauf berufen, er habe davon ausgehen dürfen, dass die Erschließungskosten im Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages bereits gezahlt gewesen seien. Denn in § 6 des Vertrages wird ausdrücklich darauf hinge-

wiesen, dass etwaige Verzögerungen bei der Fertigstellung der Erschließungsanlagen den für die Bezugsfertigkeit des Vertragsgegenstandes vereinbarten Termin in Frage stellen konnten. Daraus ergab sich auch für den beklagten Notar mit hinreichender Deutlichkeit, dass von einer Fertigstellung der Erschließungsanlagen, die ihrerseits Voraussetzung für die Entstehung der öffentlichrechtlichen Beitragspflicht war (§ 133 Abs. 2 BauGB), noch keine Rede sein konnte. (...)

Anmerkung:

1. Ausgangssituation des Bauträgervertrags

Die Makler- und Bauträgerverordnung schreibt hinsichtlich der Erschließungskosten keine bestimmte Vertragsgestaltung vor. Beim Bauträgervertrag ist jedoch zu beachten, dass der Erwerber in der Regel eine schlüsselfertige Immobilie zu einem Festpreis erwerben will.¹ Aus der Festpreisvereinbarung ergibt sich die für den Bauträger erkennbare und akzeptierte Interessenlage des Erwerbers, nicht später unerwartet mit Kosten für Anlagen und Einrichtungen belastet zu werden, die Voraussetzung für die vertragsgemäße Nutzung sind.² Die gesetzliche Regelung des § 436 BGB, die für die Verteilung zwischen den Vertragsteilen auf den bautechnischen Beginn der Erschließungsmaßnahme abstellt, oder Klauseln, nach denen es auf die Zustellung von Bescheiden und Rechnungen oder auf den tatsächlichen Ausbauzustand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, entsprechen beim Bauträgervertrag daher regelmäßig nicht dem Willen der Beteiligten. Der hinter der Festpreisvereinbarung stehenden Interessenlage gerecht wird vielmehr meistens eine Regelung, nach der der Bauträger alle im Zusammenhang mit der Errichtung des von ihm geschuldeten Gebäudes anfallenden Erschließungskosten trägt. Sofern solche Beiträge später von der Gemeinde beim Erwerber erhoben werden, begründen entsprechende Regelungen einen Freistellungsanspruch des Erwerbers unabhängig davon, wie viel Zeit zwischen Vertragsschluss und Beitragserhebung liegt.³ Für den Erwerber bleibt das Risiko, dass ein Rückgriff gegen den Bauträger erfolglos bleibt.

2. „Doppelte Belehrungspflicht“

Die neuere Rechtsprechung⁴ bejaht insofern eine Belehrungspflicht des Notars entsprechend der allgemeinen Rechtsprechung zu ungesicherten Vorleistungen.⁵ Danach hat der Notar nicht nur auf dieses Risiko aufmerksam zu machen; ihn trifft auch die Pflicht, „Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können“.⁶ Es sei zu unterstellen, dass die Beteiligten bei entsprechender Belehrung und Beratung hinreichende Sicherheiten für das Erschließungsbeitragsrisiko vereinbart hätten. Demnach kann der Notar haften, wenn sich das Risiko einer späteren Nacherhebung von Erschließungsbeiträgen auf Seiten des Erwerbers verwirklicht.

¹ Vgl. LG Gießen, MittBayNot 1999, 211 m. Anm. *Basty*; *Kniffka*, ibr-online-Kommentar, Das gesetzliche Bauvertragsrecht (Stand 3.6.2008), § 633 Rdnr. 64; *Ott*, NZBau 2003, 235.

² *Kniffka*, ibr-online-Kommentar, § 633 Rdnr. 64; *Pause/Brych*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 464.

³ OLG Saarbrücken, MittBayNot 2007, 123 m. Anm. *Bauer*.

⁴ Vgl. das hier besprochene Urteil des BGH; OLG Frankfurt, MittBayNot 2007, 518 m. Anm. *Grziwotz* = IBR 2007, 560 m. Anm. *Basty*.

⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 24.1.2008, III ZR 156/07, bislang n. V.; DNotZ 1998, 637; NJW 1996, 3009.

⁶ Anders noch BGH, DNotZ 1995, 403.

Nach dieser Rechtsprechung kommt es wohl auch nicht darauf an, ob Anlass für die Vermutung besteht, dass der Bauträger seine Leistungs- bzw. Freistellungsverpflichtung zu gegebener Zeit nicht erfüllt. Im vorliegenden Fall wurde der Notar zu Schadensersatz verurteilt, obwohl laut Sachverhalt bei Beurkundung keinerlei Anlass für Zweifel an der Solvenz bestand; die verkauften Grundstücke waren unbelastet. Ohne Bedeutung scheint für den BGH auch zu sein, dass der Bauträger nach § 4 MaBV verpflichtet ist, vom Erwerber gezahlte Mittel objektbezogen zu verwenden (hierzu rechnen auch Erschließungskosten) und bei Verstößen Geschäftsführer und Vorstände gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 4 MaBV⁷ auch persönlich haften.⁸

Der BGH erörtert im vorliegenden Zusammenhang nicht das insbesondere aus §§ 309 Nr. 2 lit. a), 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB abzuleitende Vorauszahlungsverbot.⁹ Gerade Fälle, in denen Erschließungskosten noch nicht vollständig abgerechnet sind, geben Anlass für die Frage, ob den vertraglich vorgesehenen (in meisten Fällen nach § 3 Abs. 2 MaBV festgelegten) Raten im Zahlungszeitpunkt jeweils eine äquivalente Leistung des Bauträgers gegenübersteht. Ist z. B. der Wert des Grundstücks (ohne Erschließung) geringer als 30 % der Vertragssumme, ist dieser Vom-Hundert-Satz entsprechend niedriger anzusetzen. Soll die letzte Rate sowohl die nach Bezugsfertigkeit zu erbringenden Arbeiten als auch den noch nicht abgerechneten Erschließungsaufwand abdecken, muss sie im Ergebnis unter Umständen höher sein als 3,5 %, wie in der MaBV vorge-
sehen.

3. Sicherungen

a) Gestaltungsüberlegungen

aa) Für die Fragen ob, wie und in welchem Umfang Sicherungen für den Erwerber vorgesehen werden sollten, lassen sich der Rechtsprechung zu Sicherheitseinhalten wegen etwaiger Mängelansprüche Hinweise ableiten. Danach sind gegenüberzustellen die Sicherungsinteressen auf der einen Seite und die Liquiditätsinteressen sowie das Problem der Verlagerung des Insolvenzrisikos auf der anderen Seite.¹⁰ Entsprechende Regelungen dürfen nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung führen. Für eine Sicherung wegen Erschließungskosten wird man danach einen hinreichenden Anlass voraussetzen haben; es muss also zumindest die realistische Möglichkeit bestehen, dass den Erwerber entsprechende Zahlungen treffen können. Soweit Einbehalte vom Kaufpreis vorgesehen werden, sollten sie durch (einfache) Bürgschaft abgelöst werden können.¹¹

Der Notar kann freilich nicht beurteilen, ob überhaupt bzw. in welchem Umfang Anlass für eine Sicherung wegen Erschließungskosten besteht. Selbst wenn er wollte, könnte er dies nicht ermitteln, da ein Rechtsanspruch auf Auskunft (wohl) nicht besteht.¹² Er ist auf die Angaben der Beteiligten angewiesen. Dies wird in der Praxis meistens allein der Bau-

träger sein, der sowohl der Rechtsmaterie als auch der Baumaßnahme am nächsten steht und daher am Besten beurteilen kann, ob und in welcher Höhe mit Erschließungskosten zu rechnen ist; unbefriedigend bleibt, dass er gleichzeitig ein unmittelbares Interesse hat, diese Kosten möglichst gering anzugeben, da alle denkbaren Sicherheiten für ihn von Nachteil sind bzw. sein Geld kosten.

Hinzu kommt, dass man für eine Sicherung jedenfalls bei Beurkundungen in einer frühen Bauphase nicht auf den geschätzten Gesamtaufwand abstellen kann, denn damit würde unterstellt, dass der Bauträger seinen während der Bauzeit fällig werdenden Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt. Sicherungsbedarf im engeren Sinne ist nur zu erkennen, wenn damit zu rechnen ist, dass Erschließungsbeiträge erst fällig werden, nachdem der vom Erwerber geschuldete Kaufpreis gezahlt ist. Denn andernfalls stünde diesem kraft Gesetzes ein Zurückbehaltungsrecht zu. Nach der hier besprochenen BGH-Entscheidung sollte der Vertrag dies dem Erwerber aber auch ausdrücklich zubilligen.¹³

bb) Für die Praxis kann man verschiedene Fallgruppen unterscheiden:

(1) Soweit man davon ausgehen kann, dass Erschließungskosten praktisch ausgeschlossen sind, sind Sicherungen entbehrlich; auf jede Belehrung kann verzichtet werden. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn – wie häufig bei größeren Maßnahmen – ein Erschließungsvertrag¹⁴ geschlossen wurde, bei dem zur Sicherung des Aufwands Bürgschaften gestellt sind,¹⁵ oder im Falle von Ablösungsvereinbarungen (vgl. § 133 Abs. 3 Nr. 5 BauGB).¹⁶ Zweifelhaft kann in diesen Fällen aber zuweilen sein, ob für diese Verträge alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind. Man denke etwa auch an eine vor allem nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf nicht immer auszuschließende Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen §§ 97 ff. GWB.¹⁷

In anderen Fällen besteht das Risiko, dass in der Natur hergestellte Maßnahmen noch nicht vollständig abgerechnet sind oder dass es zu Nacherhebungen aufgrund der zur Verwirklichung kommenden Baumaßnahme kommt. Zuweilen erfolgen Nacherhebungen und Schlussabrechnungen Jahre und Jahrzehnte nach Beendigung der Bauarbeiten.

(2) Steht die Höhe der Erschließungskosten fest, ist per se eine Regelung erwägenswert,¹⁸ nach der der Erwerber diese Kosten übernimmt und der Kaufpreis entsprechend angepasst wird. Andernfalls kann man konkret auf den Sachverhalt abgestimmte Sicherungen vorsehen. Verlässliches ist aber eher die Ausnahme. (Verbindliche) Auskünfte der Erschließungsträger sind meistens nicht zu erhalten. Solche Auskünfte sind – wie Entscheidungen belegen – zuweilen auch irreführend. So hatte die Gemeinde in dem Fall, der einer Entscheidung des LG Gießen aus dem Jahr 1998 zugrunde liegt,¹⁹ die Erschließungskosten zunächst auf 40 DM/m² geschätzt, zuletzt wurden mehr als 100 DM/m² abgerechnet.

⁷ Vgl. BGH, MittBayNot 2005, 128; BGHZ 146, 250, 258 = DNotZ 2001, 201.

⁸ Vgl. OLG Stuttgart, IBR 2006, 97; OLG Frankfurt, BTR 2005, 77; OLG Celle, ZfIR 2001, 412 m. Anm. Schmitz; OLG Hamm, NJW-RR 1999, 530.

⁹ Vgl. Bast, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rdnr. 424 ff.

¹⁰ Vgl. BGHZ 157, 102; BGHZ 136, 27.

¹¹ Vgl. BGHZ 157, 29; BGH, ZfIR 2005, 633.

¹² A.A. Grziwotz, ZfIR 2002, 583.

¹³ Unter 1. d) aa).

¹⁴ Vgl. BayObLG, MittBayNot 2005, 81.

¹⁵ Vgl. Grziwotz in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., A XI Rdnr. 30.

¹⁶ Vgl. Grziwotz in Beck'sches Notarhandbuch, A XI Rdnr. 35 ff.

¹⁷ IBR 2007, 505; IBR 2008, 107; IBR 2008, 162; OLG Bremen, Urteil vom 13.3.2008, Verg 5/07 (bislang n. V.).

¹⁸ Eue, MittBayNot 1998, 84, 85; Grziwotz, NotBZ 1999, 16, 18; ders., MittBayNot 2007, 520, 521.

¹⁹ MittBayNot 1999, 209.

(3) Der Regelfall wird sein (jedenfalls wenn man rechtliche Unsicherheiten bei Erschließungsverträgen und die Unverbindlichkeit von Auskünften einbezieht), dass nicht vorherzusagen ist, ob überhaupt Erschließungskosten anfallen und wenn ja in welcher Höhe. Wird man als Notar gefragt, wie hoch diese Kosten denn sein können, wird man wohl nur sagen können „hoch“; in dem Fall, der der BGH-Entscheidung zugrunde liegt, betragen sie jedenfalls mehr als fünf Prozent des Kaufpreises in Höhe von 704.000 DM. Die schiere Höhe genügt dem BGH für die Begründung der doppelten Belehrungspflicht (wobei sich der Notar mit einer Betrachtung ex ante ein wenig schwerer tut als der BGH, der konkrete Zahlen zur Entscheidungsgrundlage machen kann).

b) Gestaltungsmöglichkeiten

Nach der hier besprochenen Entscheidung des BGH sind verschiedene Gestaltungen geeignet, die Haftung des Notars zu vermeiden.

aa) Als Sicherung des Erwerbers kann die Zahlung auf *Sonderkonto* erwogen werden. Die Zahlung entsprechender Teilbeträge auf ein besonderes, vor dem alleinigen Zugriff des Bauträgers geschütztes Konto wäre im Sinn der o. g. Haftungsrechtsprechung hinreichend. Diesen Weg kann man in der Regel aber nur beschreiten, wenn diese Abwicklung mit der Globalgläubigerin²⁰ abgesprochen ist. Zu regeln wäre dann, wann und wie Auszahlungen veranlasst werden. Zinsen sollten dem Bauträger zustehen (vgl. § 17 Nr. 5 VOB/B).

bb) Stattdessen kann der Vertrag (z. B. auch als Voraussetzung für die Fälligkeit der vorletzten und/oder der letzten Rate) vorsehen, dass dem Erwerber eine *Bürgschaft* gestellt wird, auf die im Falle der Inanspruchnahme wegen Erschließungskosten zurückgegriffen werden kann. Es sollte sich nicht um eine Bürgschaft auf erstes Anfordern handeln.²¹ Eine auf den Betrag des erwarteten Erschließungsaufwands beschränkte Bürgschaft ist zulässig; § 7 MaBV gilt insofern nicht.²²

cc) Als recht einfache – und zur Vermeidung der Notarhaftung wohl hinreichende²³ – Gestaltung kommt in Betracht, dem Erwerber ein *vertragliches Zurückbehaltungsrecht* für entsprechende Beträge einzuräumen.²⁴ Im Hinblick darauf, dass in den meisten Fällen die Erschließungskosten während der Bauzeit in Rechnung gestellt (und bezahlt) werden, sollte man insofern auf die zuletzt zu zahlenden Raten abstellen und bei Bedarf die Ratenhöhe nach Maßgabe des Vorauszahlungsverbots (s. o.) modifizieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die letzte Rate (nach § 3 Abs. 2 MaBV in Höhe von 3,5 % aus der Vertragssumme), wie nicht zuletzt der Entscheidung des BGH zugrundeliegende Fall zeigt, nicht immer für die zu erwartenden Kostenbelastungen reicht. Ein vertraglich vorgesehener Einbehalt sollte durch anderweitige Sicherheit – z. B. eine Bürgschaft, die entweder dem Erwerber oder der Gemeinde als Erschließungskostengläubigerin²⁵ gestellt wird – abgelöst werden können.

²⁰ Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 357 ff.

²¹ Vgl. BGHZ 157, 29; BGH, ZfIR 2005, 633.

²² Vgl. das hier besprochene Urteil unter 1. d) bb) gegen *Grziwotz*, MittBayNot 2007, 520, 521.

²³ Vgl. das hier besprochene Urteil unter 1. d) aa).

²⁴ *Grziwotz*, MittBayNot 2007, 520, 521.

²⁵ Vgl. *Brych*, DNotZ 1974, 413, 418 f.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht 13. Aufl., Rdnr. 3221.

Formulierungsvorschlag (im Anschluss an die eigentliche Erschließungskostenregelung):

Sofern bei Fälligkeit der bei Besitzübergabe zu leistenden Rate die Möglichkeit besteht, dass der Erwerber im Falle der Eigentumsumschreibung für Beträge in Anspruch genommen wird, die nach vorstehender Regelung der Veräußerer zu zahlen hat, kann der Erwerber einen angemessenen Teilbetrag aus dieser Rate und ggf. auch aus danach fälligen Raten einbehalten; der einbehaltene Betrag ist zur Zahlung fällig, sobald dem Erwerber nachgewiesen ist, dass seine Inanspruchnahme praktisch ausgeschlossen oder dass für die betreffenden Zahlungen entweder dem Erwerber oder dem betreffenden Gläubiger hinreichende Sicherheit, z. B. durch Bürgschaft, gestellt ist.

Ob entsprechende Regelungen mehr leisten als die Vermeidung der Notarhaftung ist allerdings zweifelhaft. Gerade um die letzte(n) Rate(n) wird immer wieder gestritten, bislang meistens wegen Mängeln oder um die Frage, was „Bezugsfertigkeit“ und „vollständige Fertigstellung“ bedeuten.²⁶ Bauträger werden in der vorgeschlagenen Klausel in erster Linie eine Erweiterung des Konfliktpotentials sehen. In der Tat steht zu befürchten, dass der Bauträger in der Folge nie einen einbehaltenen Geldbetrag erhält bzw. dass eine gestellte Bürgschaft auf Dauer aufrecht zu erhalten ist. Denn insofern wird dasselbe gelten wie beim Einbehalt wegen Mängeln gemäß § 641 Abs. 3 BGB, wo der Unternehmer nach gefestigter Rechtsprechung²⁷ die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass keine Mängel vorhanden sind bzw. hinsichtlich des Umfangs des Leistungsverweigerungsrechts. Parallel dazu müsste der Bauträger ggf. beweisen, dass eine Inanspruchnahme des Erwerbers wegen Erschließungskosten nicht (mehr) in Betracht kommt. Ob dies angesichts der oben dargestellten Umstände in hinreichender Form geleistet werden kann, ist höchst fraglich. Ich neige daher dazu, die dargestellte Klausel jedenfalls nicht in den Standardtext des Bauträgervertrags aufzunehmen.

Notar Dr. *Gregor Basty*, München

²⁶ Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 484 ff.

²⁷ BGH, NJW 1997, 734; IBR 2008, 80.

14. GBO § 29; BeurkG §§ 40, 44 (*Beweiskraft einer ausländischen Unterschriftsbeglaubigung*)

Beglaubigungsvermerke eines einem deutschen Notar gleichwertigen ausländischen Notars müssen nicht die Voraussetzungen des § 40 Abs. 3 BeurkG erfüllen. Es genügt, wenn sich die Beglaubigung nach dem Recht des Staates richtet, in dem sie vorgenommen worden ist. (Leitsatz des Einsenders)

LG Darmstadt, Beschluss vom 29.11.2007, 26 T 178/07; eingesandt von Notar Dr. *Ruprecht Kamlah*, Erlangen

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde hat Erfolg. Das Verlangen des Grundbuchamtes nach einer untrennbaren Verbindung der aus zwei Blättern bestehenden Vollmachtsurkunde und nach einem Beglaubigungsvermerk des belgischen Notars G. B. erweist sich als unbegründet.

Der vorliegenden Urkunde kann die Eigenschaft einer öffentlich beglaubigten Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 GBO nicht

abgesprochen werden. Zwar enthält diese Urkunde, die zweifelsfrei von einer einem deutschen Notar gleichwertigen belgischen Urkundsperson stammt, keinen die Voraussetzungen des § 40 Abs. 3 BeurkG erfüllenden Beglaubigungsvermerk. Ein solcher erfordert die ausdrückliche Benennung derjenigen Person, die die Unterschrift vollzogen oder anerkannt hat. Dies ist jedoch unschädlich. Grundsätzlich gilt nämlich, dass sich die Beglaubigung nach dem Recht des Staates richtet, in dem sie vorgenommen worden ist. Dabei spricht ein Erfahrungssatz des internationalen Rechtsverkehrs dafür, dass öffentliche Behörden und Notare die für sie maßgeblichen Zuständigkeits- und Formvorschriften beachten (vgl. OLG Zweibrücken, FGPrax 1999, 86 m. w. N. = MittRhNotK 1999, 241). Dies gilt umso mehr für Urkundspersonen solcher Staaten, bezüglich derer durch bilaterale Übereinkommen auf die Erfordernisse einer Legalisation oder Apostille verzichtet wird. Dieser Verzicht beruht gerade auf der Annahme einer vergleichbaren Verlässlichkeit des Beurkundungswesens und der hieran beteiligten Urkundspersonen.

Vorliegend gibt es keinen vernünftigen Zweifel daran, dass mit der Unterschrift des Notars und der Beifügung seines Dienststempels unter den Passus „Beglaubigung“: die Echtheit der darüber stehenden Unterschrift öffentlich bestätigt werden soll. Es ist nicht ersichtlich, worauf sonst dieser Passus sich beziehen sollte. Vernünftigen Zweifeln kann es auch nicht begegnen, dass die Beglaubigung nicht nur den Nachweis führen soll, dass irgendeine Person den ohne weiteres leserlichen Namenszug „M. K.“ unter den Urkundstext gesetzt hat, sondern dass es tatsächlich eine Person dieses wiederum unverwechselbaren Namens war. Wenn, wovon nach den obigen Ausführungen auszugehen ist, nach dem belgischen Beurkundungsrecht dies nicht in einen ausdrücklichen Vermerk aufzunehmen ist, so ist dies hinzunehmen.

Auch die weitere Beanstandung einer fehlenden Verbindung der beiden Urkundblätter ist unbegründet. Ein solcher Mangel würde einer Urkunde selbst für den Fall, dass es sich um mehrere entgegen § 44 BeurkG nicht mit Schnur und Prägiesiegel verbundene Blätter handelt, nicht die Qualität einer öffentlich beglaubigten Urkunde i. S. d. § 29 GBO nehmen. Beurkundet wird im Falle der Unterschriftsbeglaubigung nämlich nur, dass die Unterschrift vom Erklärenden stammt, nicht aber, dass der durch die Unterschrift abgeschlossene Text dieser Unterschrift mit dem Willen des Ausstellers vorangestellt worden ist. Dies folgt ohne weiteres daraus, dass nach § 40 Abs. 5 BeurkG die Beglaubigung von Blankounterschriften zulässig ist (vgl. OLG Frankfurt am Main, DNotZ 2006, 767; LG Darmstadt, Beschluss vom 16.12.2004, 26 T 179/04, n. V.). Demzufolge handelt es sich hier um eine Frage der vom Grundbuchamt bzw. dem Beschwerdegericht vorzunehmenden freien Würdigung des Beweiswertes der vorgelegten, nicht verbundenen Urkunde.

Hiervon ausgehend zweifelt die Kammer nicht daran, dass der gesamte Text der Urkunde, die keinerlei nachträgliche Textänderungen enthält, vom Willen der öffentlich beglaubigt feststehenden Ausstellerin stammt. Insoweit nimmt die Kammer Bezug auf die Ausführungen in der Beschwerdebegründung und fügt hinzu, dass sich schon aus dem Inhalt des unterschriebenen Blattes zwingend ergibt, dass die vom Willen der Ausstellerin umfasste Urkunde aus mindestens zwei Blättern bestehen muss, beginnt doch das unterschriebene Blatt mit Seite 3 und Gliederungspunkt 4. Für den nachträglichen Austausch desjenigen Blattes, das dem unterschriebenen vorangegangen sein muss, besteht kein vernünftiger Anhaltspunkt.

15. BeurkG § 39 a (*Inhaltliche Übereinstimmung einer elektronisch beglaubigten Abschrift ausreichend*)

Die inhaltliche Übereinstimmung eines elektronischen Abbildes mit dem Originaldokument ist nach § 12 Abs. 2 HGB, § 39 a BeurkG ausreichend; eine optische Übereinstimmung ist nicht erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Regensburg, Beschluss vom 21.2.2008, 1HK T 77/08; eingesandt von Notar *Jens Kirchner*, Altdorf b. Nürnberg

Aus den Gründen:

(...) Die Voraussetzungen nach § 39 a BeurkG sind jedoch vorliegend eingehalten. Die Einhaltung dieser Norm wird auch nicht beanstandet. § 12 HGB regelt aber im Einzelnen nicht, wie das mit dem einfachen elektronischen Zeugnis versehene Dokument beschaffen sein muss. Soll einerseits der gesetzgeberische Zweck des EHUG, die Vorteile der Modernisierung und Vereinfachung der Prozesse, der Schaffung von mehr Transparenz durch elektronischen Zugang zu allen wesentlichen Unternehmensinformationen ebenso zur Geltung kommen, wie die bewährte Kontroll- und Schutzfunktion des Handelsregisters aufrechterhalten werden, so wird man unter diesem in § 12 Abs. 2 HGB genannten Dokument nicht notwendig die bildidentische Wiedergabe des Originaldokuments verstehen müssen, vielmehr wird es ausreichen, dass wie hier, eine Zweitschrift übermittelt wird und deren inhaltliche Übereinstimmung mit der Originalurkunde durch den Notar bestätigt wird. Der Notar bestätigt die Übereinstimmung des vorstehenden Abbildes mit der Urschrift. Damit wird bescheinigt, dass ein zwar nicht bildlich entsprechendes, aber inhaltlich übereinstimmendes Bild des Originaldokuments eingereicht wurde. Damit ist im Ziel und Wortlaut der gesetzgeberischen Regelung des § 12 Abs. 2 HGB genüge getan.

In diesem Sinne hat das LG Regensburg (MittBayNot 2007, 522) entschieden in Übereinstimmung mit der vorgenannten Entscheidung des LG Chemnitz (MittBayNot 2007, 340 m. Anm. *Strauß*). Dem entspricht auch die neueste Kommentierung in *Baumbach/Hopt*, 33. Aufl., § 12 Rdnr. 6 und 7.

Anmerkung:

Der Beschluss bestätigt eine klare Rechtslage: Es bleibt dem Notar überlassen, wie er die elektronische beglaubigte Abschrift technisch herstellt. In der Papierwelt ist dies völlig unstrittig. Mehrere Entscheidungen,¹ darunter die vorstehende, stellen dies nun auch für die elektronische Form klar. Die hier besprochene Entscheidung des LG Regensburg beschäftigt sich mit der Frage, wie der Beglaubigungsvermerk auf andere Weise als über die Funktion des Programms *SigNotar* angefügt werden kann.

1. Sachverhalt

Der Entscheidung liegt folgende Verfahrensweise des Notars zur Erstellung der elektronischen beglaubigten Abschrift zugrunde:

Die Urschrift der Handelsregisteranmeldung wird nicht direkt eingescannt, sondern zunächst kopiert. Auf die Kopie wird am

¹ Vgl. LG Chemnitz, MittBayNot 2007, 340 m. Anm. *Strauß*; LG Regensburg, MittBayNot 2007, 522 (nur LS).

Schluss des Textes der Urkunde der Beglaubigungsvermerk aufgestempelt. Der Text des Stempelabdrucks lautet wie folgt:

„Die Übereinstimmung des vorstehenden Abbildes mit der Urschrift wird beglaubigt.“

Musterstadt, den 20.12.2007

Mustermann, Notar“

Diese Vorlage kann nun zu einer beglaubigten Abschrift in Papierform dadurch werden, dass sie mit Siegel und eigenhändiger Unterschrift des Notars versehen wird.

Genauso kann diese Vorlage für eine elektronische beglaubigte Abschrift verwendet werden. Dazu wird diese Vorlage, also die mit dem aufgestempelten Beglaubigungsvermerk versehene Kopie der Urschrift, eingescannt. Die durch das Einscannen erzeugte Tiff-Datei signiert der Notar unmittelbar elektronisch mit seiner Notarsignaturkarte, die auch das Notarattribut enthalten muss.² Diese Signatur ersetzt in der elektronischen Welt die eigenhändige Unterschrift des Notars und das Siegel der Papierwelt.³ Daher ist es auch einzig und allein richtig, dass dies der Notar höchstpersönlich vornimmt.⁴

Bei vorgenanntem Verfahren entfällt die der Signatur vorgehende Bearbeitung des Bilddokuments (Tiff) im Programm *SigNotar* („Beglaubigungsvermerk anfügen“), da der Beglaubigungsvermerk gleich mit eingescannt wird. Nur am Rande sei angemerkt: Die Vorlage kann nach dem Einscannen für eine zu erstellende beglaubigte Papierabschrift verwendet werden, wie vorstehend dargestellt.

2. Beanstandung des Registergerichts

Das Registergericht beanstandete durch Zwischenverfügung, es fehle der Beglaubigungsvermerk. Diese Zwischenverfügung beruhte wohl darauf, dass beim Registergericht nicht der gewohnte, durch das Programm *SigNotar* erzeugte Beglaubigungsvermerk erschien, sondern der – aus der Papierwelt bekannte – mit eingescannte Stempelabdruck.

3. Die Entscheidung

Das LG problematisiert in seiner Entscheidungsbegründung die Frage, ob der Beglaubigungsvermerk vorhanden sei, zu Recht überhaupt nicht, sondern setzt dies als selbstverständlich voraus. Es setzt sich aber inhaltlich mit dem Beglaubigungsvermerk auseinander und stellt fest, dass auch in der elektronischen Welt der Grundsatz der sachgerechten Auslegung gilt: Der Notar müsse beim Zeugnis gemäß § 39 i. V. m. § 39 a BeurkG die inhaltliche Übereinstimmung bestätigen, nicht aber eine bildidentische oder optische.⁵ Das aufgestempelte Zeugnis des Notars wonach das „Abbild mit der Urschrift“ übereinstimme, sei zweifellos als Zeugnis der inhaltlichen Übereinstimmung zu verstehen. Die vom Beurkundungsgesetz geforderten Voraussetzungen seien daher gewahrt.

4. Ergänzende Anmerkungen

a) Das vom Notar gewählte Verfahren (siehe oben 1.) führt – abgesehen von denkbaren, aber wohl zu vernachlässigenden Maßstabsverzerrungen durch den zusätzlichen Papierkopiervorgang – sogar zu einem bildidentischen Abbild.

Es wurde bei Gericht aber wohl als Problem angesehen, dass das Tiff-Abbild von einer Papierkopie der Urschrift gefertigt wurde, die um den Stempelaufdruck (Beglaubigungsvermerk) ergänzt wurde. Da sich aber das Zeugnis nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nur auf das ihm vorstehende Abbild bezieht, wäre sogar dem strengen wörtlichen Verständnis des Beglaubigungsvermerkes eines bildidentischen Abbildes genüge getan.

Dass die Entscheidung eine weitergehende Gestaltungsfreiheit eröffnet und das Gericht den Fall zum Anlass genommen hat, nochmals zu bestätigen, dass auch Zeugnisse in der elektronischen Welt wie in der Papierwelt sachgerecht zu verstehen und auszulegen sind, ist ausdrücklich zu begrüßen. Auch in der Papierwelt hat kein Gericht beanstandet, dass eine „beglaubigte Abschrift“ nicht durch Abschreiben, sondern durch Kopieren hergestellt wurde.

Das Erstellen einer beglaubigten Abschrift durch Abschreiben – heute in der Regel nicht durch vollständiges neues Abschreiben, sondern durch einen Neuausdruck – in der bereits die in der Urschrift enthaltenen handschriftlichen Ergänzungen eingearbeitet wurden, ist nicht nur in der Papierwelt, sondern wie das LG Chemnitz,⁶ das LG Regensburg⁷ und das LG Hagen⁸ bereits vor der hier besprochenen Entscheidung festgestellt haben, natürlich auch in der elektronischen Welt zulässig. Die einzelnen zulässigen Möglichkeiten und technischen Wege hat *Strauß* bereits in seiner Anmerkung zum Urteil des LG Chemnitz dargestellt.⁹

b) Der Text des Beglaubigungsvermerkes (= Zeugnis gemäß § 39 a BeurkG) gibt in der Regel den Namen des Notars, den Ort und das Datum des Zeugnisses wieder. Die Angabe von Ort und Datum wahrt insoweit § 39 a Satz 5 BeurkG; eine ausdrückliche Angabe des Namens des Notars im Textteil des Zeugnisses verlangt weder § 39 BeurkG, noch § 39 a BeurkG.

Da sich das Datum (und auch die Person des signierenden Notars) aus der Signatur selbst ergeben,¹⁰ ist der folgende Beglaubigungsvermerk zulässig:

„Die Übereinstimmung des vorstehenden Abbildes mit der Urschrift/Ausfertigung/beglaubigten Abschrift wird beglaubigt.“

Musterstadt, am Tag der Signatur

Notar“

Der Vermerk enthält das Datum zwar nicht selbst, verweist aber unter Wahrung des § 39 a Satz 5 BeurkG auf das Datum der Signatur, welche mit der den Beglaubigungsvermerk enthaltenden Tiff-Datei eine untrennbare (rechtliche) Einheit bildet.

Notar *Jens Kirchner*, Altdorf b. Nürnberg

² § 39 a BeurkG, § 2 a Abs. 1 Satz 1 DONot; siehe auch *Bettendorf/Apfelbaum*, DNotZ 2008, 19, 27 ff.

³ *Apfelbaum/Bettendorf*, RNotZ 2007, 89, 90 f.; LG Hagen, RNotZ 2007, 491, 492.

⁴ So richtig *Bettendorf/Apfelbaum*, DNotZ 2008, 19 und 85.

⁵ So bereits LG Chemnitz, MittBayNot 2007, 340 m. Anm. *Strauß*; LG Regensburg, MittBayNot 2007, 522 (nur LS); grundlegend *Apfelbaum/Bettendorf*, RNotZ 2007, 89, 94.

⁶ MittBayNot 2007, 340 m. Anm. *Strauß*.

⁷ MittBayNot 2007, 522 (nur LS).

⁸ RNotZ 2007, 491.

⁹ MittBayNot 2007, 341.

¹⁰ Dies wird dem Gericht bei der Signaturprüfung auch angezeigt.

Kostenrecht

16. KostO §§ 22, 24, 66 (*Geschäftswert einer Photovoltaikanlagendienstbarkeit*)

1. **Wird einem Berechtigten eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit eingeräumt, die ihn berechtigt, auf fremden Dachflächen eine Photovoltaikanlage zu betreiben, ist der Geschäftswert für die Eintragung der Dienstbarkeit nicht an Hand der Einspeisevergütung für die elektrische Leistung, sondern an Hand des hierfür üblichen, mindestens jedoch des vereinbarten Pachtzinses nach § 24 KostO zu bemessen. Auch wenn ein mit der Dienstbarkeit abgeschlossener Pachtvertrag eine längere Laufzeit hat, darf der Multiplikator für die Jahrespacht bei einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit die in § 24 Abs. 2 KostO genannten Beträge nicht übersteigen.**
2. **Wird zugunsten eines Dritten (hier der finanzierenden Bank) eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruches, einen neuen Begünstigten zu benennen und diesen als Inhaber einer zu Nr. 1 inhaltsgleichen Dienstbarkeit eintragen zu lassen, eingetragen, ist es nicht zu beanstanden, den Geschäftswert hierfür nur in Höhe des hälftigen Wertes der möglichen neuen Dienstbarkeit festzusetzen. Wird jedoch keine zeitliche Beschränkung aufgenommen, ist zunächst nach § 24 Abs. 1 lit. b) Alt. 1 KostO vom 25-fachen Jahreswert auszugehen und dieser zu halbieren.**

OLG München, Beschluss vom 8.1.2008, 32 Wx 192/07; mitgeteilt von Dr. Philipp Stoll, Richter am OLG München

Die Eigentümer schlossen mit dem Beteiligten zu 1 einen Pachtvertrag über die Nutzung von 640 m² Dachflächen für eine Photovoltaikanlage auf unbestimmte Zeit, mindestens bis 21.12.2028 zu einem Jahrespachtzins von 2 €/m²; eine Verlängerungsoption von zweimal fünf Jahren wurde eingeräumt. Zur Sicherung der Ansprüche des Betreibers aus diesem Vertrag und der finanzierenden Bank wurde eine entsprechende beschränkt persönliche Dienstbarkeit bestellt sowie die Eintragung einer Vormerkung zugunsten der Bank auf Eintragung einer inhaltsgleichen Dienstbarkeit für einen noch zu benennenden Dritten bewilligt.

Das AG – Grundbuchamt – setzte den Geschäftswert für die Eintragung der Photovoltaikanlagendienstbarkeit auf 275.000 € und der Vormerkung auf 137.500 € fest.

Auf die dagegen eingelegte Beschwerde änderte das LG diesen Beschluss dahingehend ab, dass der Geschäftswert für die Eintragung der Photovoltaikanlagendienstbarkeit auf 26.880 € und der Vormerkung auf 13.440 € festgesetzt wurde. Ferner ließ es die weitere Beschwerde zu.

Der Beteiligte zu 2 legte dagegen sofortige weitere Beschwerde mit dem Ziel der Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung ein. In einer Stellungnahme hierzu beantragte der Beteiligte zu 1 die Festsetzung des Geschäftswertes auf 9.637 €.

Im Rahmen der Abhilfe änderte das LG den Geschäftswert für die Eintragung der Photovoltaikanlagendienstbarkeit auf 19.200 € und der Vormerkung auf 8.000 € ab.

Aus den Gründen:

Die zugelassenen weiteren Beschwerden haben teilweise Erfolg. Auch die Stellungnahme des Beteiligten ist als weitere Beschwerde ausulegen, da mit dieser ebenfalls die Abänderung des landgerichtlichen Beschlusses erstrebt wird.

1. Das LG hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet:

Der Geschäftswert für die beschränkt persönliche Dienstbarkeit richte sich nach § 24 KostO. Der einzusetzende Jahreswert bestimme sich nach dem objektiven Wert, den die Dienstbarkeit für den Berechtigten habe. Dieser korrespondiere nicht mit dem mit der Nutzung zu erzielenden Gewinn. Vielmehr hätten die Vertragsparteien ein Jahresentgelt für die Nutzung vereinbart, das als Anhaltspunkt für den objektiven Wert der Nutzung dienen könne. Wegen §§ 1090, 1061 BGB sei für den 54-jährigen Beteiligten zu 1 nach § 24 Abs. 2 KostO der 15-fache Jahreswert maßgeblich. Der Geschäftswert für die Dienstbarkeit berechne sich daher folgendermaßen:

$$2 \text{ €/m}^2 \times 640 \text{ m}^2 \times 15 \text{ Jahre} = 19.200 \text{ €}.$$

Für die Eintragung der Vormerkung sei nach § 24 Abs. 1 lit. b) KostO der 12,5-fache Jahresbetrag und wegen der Ungewissheit der Ausübung in entsprechender Anwendung des § 20 Abs. 2 KostO der halbe Wert hiervon maßgebend, also

$$2 \text{ €/m}^2 \times 640 \text{ m}^2 \times 12,5 \times 0,5 = 8.000 \text{ €}.$$

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung überwiegend stand (§ 31 Abs. 3 Satz 5, § 14 Abs. 5 Satz 2 KostO, § 546 ZPO).

a) Der Geschäftswert für die beschränkt persönliche Dienstbarkeit bestimmt sich, wie das LG zu Recht ausführt und von den Beteiligten auch nicht beanstandet wird, nach dem Wert, den die Dienstbarkeit für den Berechtigten hat (BayObLG, Rpfleger 1955, 350; Schwarz in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 22 Rdnr. 5). Der Wert ist nach § 24 KostO zu bemessen.

aa) Zu Recht hat das LG den Wert der Dienstbarkeit für den Berechtigten nicht an Hand der Einspeisevergütung für die elektrische Leistung, sondern an Hand der vereinbarten Pacht bemessen (so auch OLG Brandenburg, MittBayNot 2005, 247; OLG Oldenburg, JurBüro 1998, 644). Durch die Dienstbarkeit erhält der Berechtigte nämlich nicht die Nutzung der Photovoltaikanlage, sondern nur die Nutzung der Dachfläche für eine von ihm zu errichtende Photovoltaikanlage. Die Vorteile der Stromerzeugung (Einspeisungsvergütung) resultieren nicht ausschließlich aus der Nutzung des Grundstücks, sondern vor allem aus den Investitionen und der Übernahme des Unternehmerrisikos durch den Beteiligten zu 1. Der Wert der Nutzung entspricht somit dem üblichen, mindestens jedoch dem vereinbarten Nutzungsentgelt, also dem Miet- bzw. Pachtzins. Etwas anderes würde nur gelten, wenn der Grundstückseigentümer die Anlage auf eigene Kosten errichtet hätte und einen Nießbrauch für den Beteiligten zu 1 an der Anlage eingeräumt hatte. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Da am Geschäftsverkehr Beteiligte, die nicht miteinander familien- oder konzernmäßig verbunden sind, in der Regel wirtschaftlich handeln, ist anzunehmen, dass vereinbarte Pachtbeträge dem objektiven Wert der Nutzung entsprechen. Zwar ist ausweislich der Grundakten die Ehefrau zu einem Drittel an der das Eigentum haltenden GbR beteiligt, doch drängt dies noch nicht den Verdacht auf, dass ein zu geringes Entgelt vereinbart wurde, da die Ehefrau die GbR mit ihrem Anteil nicht beherrschen kann. Im Übrigen liegt der Pachtzins deutlich über dem offensichtlich von der Bank kalkulierten Pachtzins von 1 €/m².

Weitere Anhaltspunkte für einen unter dem Wert der Nutzung liegenden Pachtzins sind nicht ersichtlich. Soweit sich der Beteiligte zu 2 auf das Sicherungsinteresse der finanzierenden Bank beruft, verkennt er, dass die eigentliche Sicherung durch das Sicherungseigentum bewerkstelligt werden soll und die Vormerkung nur die weitere Nutzungsmöglichkeit sicherstellen soll.

bb) Soweit der Beteiligte zu 1 die von der Bank errechnete Kostenbemessungsgrundlage der Wertberechnung zugrunde legen will, berücksichtigt er nicht, dass bereits der vereinbarte Pachtzins zu einem höheren Wert führt. Darüber hinaus findet eine Abzinsung bei der Geschäftswertberechnung nach § 24 KostO nicht statt.

cc) Zu Recht hat das LG in der Teilabhilfeentscheidung eine Nutzungsdauer von 15 Jahren zugrunde gelegt. Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit erlischt von Gesetzes wegen mit dem Tod des Berechtigten (§ 1090 Abs. 2, § 1061 BGB). Deren Dauer ist daher nach § 24 Abs. 2 KostO zu bemessen. Der Beteiligte zu 1 war nach Aktenlage im Zeitpunkt der Einräumung der Dienstbarkeit 53 Jahre alt, so dass der 15-fache Betrag maßgebend ist.

dd) Der Geschäftswert für die Eintragung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit hinsichtlich der Photovoltaikanlage berechnet sich daher, wie das LG richtig in der Teilabhilfeentscheidung ausgeführt hat, folgendermaßen:

$$2 \text{ €/m}^2 \times 640 \text{ m}^2 \times 15 = 19.200 \text{ €}.$$

b) Der Geschäftswert für die Vormerkung bestimmt sich nach dem Geschäftswert für die endgültige Eintragung des Rechts (*Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 66 Rdnr. 5).

aa) Der vorgemerkte Anspruch war auf die Eintragung einer zeitig unbegrenzten beschränkt persönlichen Dienstbarkeit für einen beliebigen Dritten, auch eine juristische Person, gerichtet. Bei Letzterer findet § 24 Abs. 2 KostO keine Anwendung. Die zeitliche Beschränkung des Pachtvertrags führt nicht automatisch zu einer zeitlichen Begrenzung der Dienstbarkeit, sondern gibt dem Eigentümer nur die Möglichkeit, aufgrund des schuldrechtlichen Vertrages die Löschung der Dienstbarkeit zu verlangen. Vereinbaren die Eigentümer mit dem von der Bank genannten Dritten einen Vertrag von längerer Dauer, so dient die Dienstbarkeit auch zur dinglichen Absicherung dieser Nutzungsansprüche. Der Geschäftswert bestimmt sich daher grundsätzlich nach § 24 Abs. 1 lit. b) Alt. 1 KostO auf das 25-fache des Jahreswerts der Nutzungen.

bb) Die Reduzierung des Geschäftswerts auf die Hälfte, wie ihn die von den Beschwerdeführern unangefochtenen Entscheidungen der Vorinstanzen vorgenommen haben, ist aber dennoch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, da die Wahrscheinlichkeit der Rechtsausübung mit zu berücksichtigen ist (vgl. *BayObLG*, *Rpfleger* 1986, 31, 32). Die durch die Vormerkung Berechtigte kann ihren Anspruch praktisch nur wahrnehmen, wenn der Beteiligte zu 1 die beschränkt persönliche Dienstbarkeit nicht mehr ausübt bzw. nicht mehr ausüben kann. Die Ausübung des Rechts ist daher ungewiss. Die Schätzung unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit der Rechtsausübung ist den Tatsacheninstanzen vorbehalten und kann vom Gericht der weiteren Beschwerde nur eingeschränkt überprüft werden. Fehler bei Ausübung des Schätzungsermessens sind nicht ersichtlich.

cc) Damit ergibt sich für die Vormerkung folgende Geschäftswertberechnung:

$$2 \text{ €/m}^2 \times 640 \text{ m}^2 \times 25 : 2 = 16.000 \text{ €}.$$

Öffentliches Recht

17. BauGB § 11; BGB § 138 (*Baulandausweisung gegen Grundstücksabtretung*)

Verlangt eine Gemeinde zur Ausweisung von Bauland die Abtretung von Grundstücksflächen im Plangebiet zu einem Bruchteil des Verkehrswertes, ist der entsprechende Erwerbsvertrag kein städtebaulicher Vertrag nach § 11 BauGB, sondern gemäß § 138 BGB nichtig. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Urteil vom 22.8.2006, 18 U 3979/04

Der Kläger verlangt die Rückabwicklung eines Grundstücksgeschäfts. Das LG München I (MittBayNot 2005, 178) wies die Klage kostenfällig ab und führte im Wesentlichen aus: Der Kaufvertrag vom 26.1.1994 sei wirksam. Es liege kein Nachfolgelastenvertrag i. S. v. § 6 Abs. 3 BauGB-MaßnG, sondern ein Aufgabenerfüllungsvertrag vor. Unstreitiger Zweck des Bebauungsplans sei die Ausweisung von Baugrundstücken für Einheimische gewesen. Mit einer Ausnahme seien auch alle Parzellen an Einheimische verkauft worden. Dem Gebot der Angemessenheit i. S. v. § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB sei Rechnung getragen worden. Maßgeblich sei nicht nur, welche Leistung und Gegenleistung im Kaufvertrag vereinbart worden seien. Dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung werde auch dann Genüge getan, wenn die wirtschaftliche Betrachtung des Gesamtvorgangs ergebe, dass die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zur Bedeutung und zum Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung stehe und die vertragliche Übernahme von Pflichten auch sonst zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führe. Im Rahmen der Abwägung sei auch die Geschäftsgrundlage des Vertrages zu berücksichtigen. Bei dem Kaufvertrag vom 26.1.1994 handele es sich um einen hinkenden Austauschvertrag, bei dem die Ausweisung der Fl. Nr. ... als Bauland selbstverständlich Geschäftsgrundlage gewesen sei. Das Koppelungsverbot stehe der Wirksamkeit des Kaufvertrages nicht entgegen. Für den Kläger sei kein klagbarer Rechtsanspruch auf Ausweisung seiner Grundstücke als Bauland begründet worden, da die Baulandausweisung lediglich zur Geschäftsgrundlage erhoben worden sei. Zudem sei die Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Baulandausweisung dann nicht sitten- oder gesetzeswidrig, wenn der Grundstückserwerb, wie hier, zur Realisierung der Bauleitplanung im Einheimischenmodell erfolge. Dass kein marktgerechter Preis erzielt worden sei, sei unerheblich. Es komme entscheidend darauf an, dass das Grundstück in den Bebauungsplan aufgenommen und vom Kläger ein überaus beachtlicher Planungsgewinn erzielt worden sei. Würde der bereits erzielte Planungsgewinn durch eine stattgebende Klage weiter erhöht werden, wäre dies unbillig. Dies sei auch nicht Sinn und Zweck des Koppelungsverbots, das nur den Verkauf von Hoheitsrechten verhindern wolle. Dass die Beklagte im Jahre 1988 eine Teilfläche von 50 000 m² von den Eltern des Klägers erworben habe, sei unerheblich. Dieser Grundstückserwerb stehe weder mittelbar noch unmittelbar im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Kaufvertrag.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist teilweise begründet.

Gemäß § 818 Abs. 2, § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, § 291 BGB steht dem Kläger gegenüber der Beklagten Wertersatz in Höhe von 148.649,57 € zu, da der streitgegenständliche Grundstücksmiteigentumsanteil vom Kläger ohne rechtlichen Grund an die Beklagte übereignet wurde.

1. Neben anderen Rechtsgeschäften wurde zwischen den Parteien am 26.1.1994 ein Kaufvertrag i. S. v. §§ 433, 313 BGB a. F., Art. 229 § 5 EGBGB geschlossen und notariell beurkundet. Als Kaufpreis wurden 5 DM pro Quadratmeter vereinbart. (...)

a) Der Kaufvertrag ist kein städtebaulicher Vertrag i. S. v. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BauGB-MaßnG 1993 bzw. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 4 BauGB (gültig seit 1.1.1998). Derartige Verträge verfolgen das Ziel, angesichts des erheblichen Zuzugs finanzkräftiger Bauwilliger in attraktive Gemeinden oder Regionen den Wohnbedarf der einheimischen Bevölkerung zu decken. Für die Einflussnahme einer Gemeinde auf die Entwicklung der Eigentümerverhältnisse in einem Baugebiet wurden verschiedene, in der Regel mit den Mitteln des Privatrechts bewerkstelligte Modelle entwickelt (vgl. *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 11 Rdnr. 151, 186; BVerwG, NJW 1993, 2695; BGH, NJW 2003, 888; *Brohm*, JZ 2000, 321). Die Beklagte beabsichtigte mit dem Grundstücksgeschäft nicht, ein solches Eigentümermodell zu verwirklichen. Insbesondere lag kein gemeindlicher Zwischenerwerb des Miteigentumsanteils zur Schaffung von Wohnraum für Einheimische vor.

Etwas anderes steht auch nicht aufgrund eines Geständnisses des Klägers fest. Der Kläger hat erstinstanziell nicht gemäß § 288 Abs. 1 ZPO zugestanden, dass der dem Vertrag zugrundeliegende Bebauungsplan den Zweck gehabt hat, Baugrundstücke für Einheimische auszuweisen. In der mündlichen Verhandlung vor dem LG München I wurde von den Parteivertretern unstreitig gestellt, „dass es Zweck des Bebauungsplanes war, Grundstücke für Einheimische als Baugrundstücke auszuweisen“. Zwar kann es als Geständnis anzusehen sein, wenn eine Behauptung des Gegners, wie hier, außer Streit gestellt wird. Dass ein Geständnis entgegen § 162 Abs. 1, § 160 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht vorgelesen und genehmigt wurde, hindert seine Wirksamkeit nicht (vgl. BGH, NJW 1994, 3109). Ein Geständnis mit dem von der Beklagten behaupteten Inhalt liegt jedoch nicht vor. Die protokollierten Erklärungen der Parteivertreter sind vielmehr dahin auszuweisen, dass es Zweck des *Bebauungsplanes vom 23.3.1995* war, Grundstücke für Einheimische als Baugrundstücke auszuweisen. Inwieweit diese Erklärung ein Geständnis des Klägers darstellt, kann dahingestellt bleiben. Dem Grundstücksgeschäft vom 26.1.1994 lag jedenfalls der erst am 23.3.1995 in Kraft getretene Bebauungsplan nicht zugrunde. Ein Geständnis, dass die Beklagte am 26.1.1994 die Durchführung eines Einheimischenmodells beabsichtigte oder dass mit dem Baulandausweisungs- oder Bebauungsplanaufstellungsverfahren, das dem Grundstücksgeschäft zugrunde lag, ein Einheimischenmodell durchgeführt werden sollte, wurde vom Kläger nicht abgegeben. Die von der Beklagten beantragte Beweiserhebung zum Inhalt des Geständnisses war nicht durchzuführen, da eine Erklärung des Klägers mit dem von ihr behaupteten Inhalt nicht protokolliert worden ist. Eine Protokollberichtigung gemäß § 164 Abs. 1 ZPO ist beim LG nicht beantragt worden.

Dass es für beide Parteien Geschäftsgrundlage des Vertrages vom 26.1.1994 war, ein Einheimischenmodell durchzuführen, hat die Beklagte selbst ausdrücklich in Abrede gestellt und vorgetragen, die Verwendung der Grundstücke für das Einheimischenmodell sei nicht gemeinsame Geschäftsgrundlage des Vertrags vom 26.1.1994 gewesen, sondern ihre einseitige Zielsetzung.

Die Vernehmung des Zeugen A. hat ergeben, dass die Beklagte bei Vertragsschluss am 26.1.1994 im Bereich des Grundstücks Fl. Nr. ... der Gemarkung B. keine Ausweisung von Grundstücken für Einheimische und kein Einheimischenmodell beabsichtigte. (...) Auch aus der Urkundenlage ergibt sich, dass die Beklagte erst nach Vertragsschluss vom Geschosswohnungsbau abkam und plante, Baugrundstücke zu ermäßigten Preisen an ortsansässige Bewerber abzugeben. (...)

b) Bei dem Kaufvertrag handelt es sich um keinen Folgekosten- oder Folgekostenvertrag i. S. v. § 6 Abs. 3 BauGB-MaßnG bzw. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB. Das Vorliegen eines derartigen Vertrages wurde von der Beklagten erstinstanziell mit schlüssiger Begründung nachdrücklich verneint. Im Berufungsverfahren ist ihr Vorbringen widersprüchlich. Zum einen vertritt sie ihre erstinstanzielle Rechtsauffassung weiter, zum andern trägt sie vor, der Grundstückskaufvertrag sei zumindest als Ausgleich für die der Beklagten entstandenen Nachfolgelasten gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB gerechtfertigt. Folgekostenverträge und sonstige Vereinbarungen zur Übernahme von Kosten i. S. v. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB sind öffentlichrechtliche Austauschverträge i. S. v. § 54 Satz 2, § 56 VwVfG (*Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 11 Rdnr. 157). Eine solche Vereinbarung mag von der Beklagten angedacht worden sein, wie sich aus ihrem Schreiben vom 9.7.1993 ergibt, das sich mit zu erwartenden Folgekosten befasste. Ein Folgekostenvertrag wurde zwischen den Parteien aber am 26.1.1994 nicht geschlossen. Ein solcher Vertrag müsste sich auf das beschränken, was von einem bestimmten Vorhaben als Folgen ausgelöst wird oder Voraussetzung für seine Verwirklichung ist. Eine so hinreichende Konkretisierung der Ursächlichkeit, dass eine klare Abgrenzung gegenüber schematischen Zuzugsabgaben sichergestellt ist, fehlt.

2. Der Kaufvertrag vom 26.1.1994 ist nichtig.

a) Der Kaufvertrag ist nicht deswegen wirksam zustande gekommen, weil die vertraglichen Leistungen nach den gesamten Umständen angemessen i. S. v. § 6 Abs. 3 Satz 4 Hs. 1 BauGB-MaßnG bzw. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB gewesen wären.

Auch dann, wenn das Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien privatrechtlicher Natur ist, gilt für einen städtebaulichen Vertrag i. S. v. § 6 BauGB-MaßnG bzw. § 11 BauGB unmittelbar das nach Kriterien des öffentlichen Rechts bestimmte Angemessenheitsgebot gemäß § 6 Abs. 3 Satz 4 Hs. 1 BauGB-MaßnG bzw. § 11 Abs. 2 Satz 1 BGB, da die Zuordnung zum Privatrecht nichts an der Maßgeblichkeit des Gebots angemessener Vertragsgestaltung ändert. Eine Differenzierung zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen städtebaulichen Verträgen ist im Gesetz unterblieben (BGH, NJW 2003, 888). Eine Vertragsgestaltung, die das Angemessenheitsgebot missachtet, führt zum einen zur Nichtigkeit eines privatrechtlichen städtebaulichen Vertrages nach § 134 BGB (BGH, NJW 2003, 888). Zum anderen wäre eine angemessene Vertragsgestaltung nicht sittenwidrig i. S. v. § 138 Abs. 1 BGB. Bei der Prüfung der Angemessenheit, d. h. der objektiven Ausgewogenheit im öffentlichrechtlichen Sinn, ist der durch die Planungen der Beklagten auf Seiten des Klägers nach Vertragsschluss erlangte Planungsgewinn nicht in Ansatz zu bringen, unterstellt es läge ein privatrechtlicher städtebaulicher Vertrag i. S. v. § 6 Abs. 1 BauGB-MaßnG bzw. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB vor. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass das Grundstück Fl. Nr. ... von der Beklagten überplant werden sollte. Dies kommt auch im notariellen Vertrag zum Ausdruck. In der Regelung der Fälligkeit des Kaufpreises (Nr. 5 des Vertrages) und der Regelung über Besitz, Nutzungen, Lasten (Nr. 7 des Vertrages) ist vom durchzuführenden Umlegungsverfahren bzw. von der vorgesehenen Baulandumlegung die Rede. Dies allein rechtfertigt nicht, von der Kompensation eines zu niedrigen Kaufpreises durch den Planungsgewinn auszugehen. Eine Wertabschöpfung ist im Baugesetzbuch so nicht geregelt und kann auch nicht über städtebauliche Verträge eingeführt werden (*Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 11 Rdnr. 167). Die Fallgestaltung eines Einheimischenmodells, bei dem möglicherweise der nicht

marktgerechte Preis durch den Planungsgewinn kompensiert werden kann, liegt nicht vor (vgl. BGH, NJW 1999, 97). Auch ein Folgelastenvertrag mit der Möglichkeit, planungsbedingte Wertsteigerungen zur Finanzierung von Folgekosten zu verwenden, ist nicht gegeben (*Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 11 Rdnr. 167).

b) Der Kaufvertrag ist nicht wegen Beurkundung eines zu niedrigen Kaufpreises gemäß § 313 Satz 1 BGB a. F., § 125 BGB nichtig. Es trat insoweit Heilung ein, da die Beklagte am 27.4.1994 in das Grundbuch eingetragen worden ist (§ 313 Satz 2 BGB a. F.).

c) Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses lag jedoch objektiv ein i. S. v. § 138 Abs. 1 BGB besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor, da der Verkehrswert den vereinbarten Kaufpreis um das 19-fache überstieg. (...)

Die Beklagte handelte aus verwerflicher Gesinnung. Es liegt ein besonders großes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor, bei dem der Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung der Beklagten als Begünstigten auch dann zulässig ist, wenn sie keine konkrete Vorstellung von dem Wertverhältnis hatte (BGHZ 146, 298). Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ist nicht erforderlich. Die tatsächliche Vermutung der verwerflichen Gesinnung bei dem hier vorliegenden groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wurde nicht durch besondere Umstände erschüttert. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses irrtümlich davon ausgegangen ist, das Grundstücksgeschäft diene einem Einheimischenmodell. In ihrem Anschreiben vom 9.7.1993 stützte sie ihr Ansinnen an den Kläger nicht auf ein beabsichtigtes Eigentümermodell, sondern auf die „enormen Nachfolgelasten bei Baulandausweisungen“. Auch ihrem damaligen Geschäftsleiter A. war es klar, dass im betroffenen Planungsgebiet kein Einheimischenmodell verwirklicht werden sollte. (...)

Bei der Frage, ob die Vermutung der verwerflichen Gesinnung erschüttert wurde, ist ferner zu berücksichtigen, dass die Beklagte den Kläger durch ihr Schreiben von 9.7.2003 unter Druck gesetzt hat. Insoweit ist es unerheblich, dass die Anfechtungsfrist gemäß § 123 Abs. 1, § 124 Abs. 2 BGB nicht eingehalten worden ist. Die Auslegung des Schreibens vom 9.7.1993 ergibt: Die Beklagte forderte den Kläger unter dem Betreff „Beteiligung der Gemeinde bei Baulandausweisungen, Baugebiet M., Fl. Nr. ...“ auf, zehn Prozent der Einlagefläche an sie zur Deckung der Nachfolgelasten zu überschreiben. Sollte der Kläger mit dieser Regelung nicht einverstanden sein, so würde sein Grundstück als Grünzone festgesetzt werden. Der Kläger wurde nicht nur darauf hingewiesen, dass seine Grundstücke rein faktisch als natürliche Grünzone belassen bleiben könnten und eine spätere Überplanung offen sei. Vielmehr wurde eine Änderung der gemeindlichen Planungen angedroht. In der seit 12.1.1994 wirksamen 2. Änderung des Flächennutzungsplanes wurde der überwiegende Teil des Grundstücks Fl. Nr. ... der Gemarkung B. als „Allgemeines Wohngebiet“ erfasst. Zwar hatte der Kläger keinen Anspruch auf die Gewährung des Vorteils der Baulandausweisung. Die Beklagte war jedoch zu sachgerechten Ermessensentscheidungen verpflichtet. Eine zulässige Abschöpfung von Planungsgewinn erfolgte nicht.

3. Inwieweit aus den oben dargelegten Erwägungen Nichtigkeit gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das Kopplungsverbot gemäß § 6 Abs. 3 Satz 4 Hs. 2 BauGB-MaßnG bzw. § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB gegeben ist, kann dahingestellt bleiben.

4. Der Kläger macht die Rückabwicklung des Grundstücksgeschäfts nicht treuwidrig geltend. Wie er in seinem Schrei-

ben vom 25.1.2000 an die Beklagte im Einzelnen dargelegt hat, ist er erst Ende 1999 auf die Nichtigkeit des streitgegenständlichen Kaufvertrages aufmerksam geworden. Seit diesem Zeitpunkt hat der Kläger nicht zum Ausdruck gebracht, an dem streitgegenständlichen Grundstücksgeschäft unverändert festzuhalten zu wollen.

5. Infolge der Nichtigkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages kann der Kläger von der Beklagten grundsätzlich gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen Rückzahlung des an ihn gezahlten Kaufpreises die Rückübereignung des Miteigentumsanteils verlangen.

a) Der Anspruch ist nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Die rechtsvernichtende Einwendung des Wegfalls der Bereicherung ist zwar nicht verspätet erhoben worden, da es sich um keine Einrede handelt, sondern der Wegfall der Bereicherung von Amts wegen beachtet werden muss (vgl. BGHZ 118, 383). Dass die Beklagte die aus dem Miteigentumsanteil entstandenen Grundstücke zu einem Preis unter Marktwert verkaufen musste, wurde nicht vorgetragen. Ein Wegfall der Bereicherung ergibt sich auch nicht aus dem erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten zu den nicht umlegungsfähigen Kosten. Wie dargestellt, wurde zwischen den Parteien keine Folgekostenvereinbarung getroffen. Es wäre daher unbillig, den Wegfall der Bereicherung auf Folgekosten zu stützen.

b) Da die Beklagte zwischenzeitlich an Dritte weiterveräußert hat und die Rückübertragung des Miteigentumsanteils nicht mehr möglich ist, richtet sich der Bereicherungsanspruch des Klägers gemäß § 818 Abs. 2 BGB auf den Wertersatz des Miteigentumsanteils. Maßgeblicher Zeitpunkt der Wertermittlung für den Wertersatzanspruch ist der Zeitpunkt des Entstehens des Kondiktionsanspruchs. Dieser ist am 26.1.1994 entstanden. Die Voraussetzungen von § 873 Abs. 2 BGB, unter denen eine Bindung an die Auflassung entsteht, lagen zu diesem Zeitpunkt vor. In Ziffer 3 des Vertrages wurde die Auflassung vereinbart. (...)

Anmerkung:

1. Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Einzelne Passagen der Begründung sind jedoch überflüssig und (deshalb) schädlich. Der gesamte Vorgang ist in der gemeindlichen Praxis von Baulandausweisungen alltäglich, hinsichtlich der juristischen Aufarbeitung allerdings ungewöhnlich. Der Sachverhalt ist einfach: Eine Gemeinde forderte im Rahmen einer Bebauungsplanaufstellung eine freiwillige Flächenabgabe von zehn Prozent. Falls sich ein Eigentümer der Lösung nicht anschließen will, sollte dies nicht hinderlich sein, da sein Grundstück eine natürliche Grünzone bleiben könnte. Eine spätere Baulandausweisung wäre allerdings ungewiss. Erst später ließ die Gemeinde im Verfahren vortragen, dass ein eigentlicher Zwischenerwerb im Rahmen eines Einheimischenmodells Geschäftsgrundlage gewesen wäre. Dies hat der Geschäftsstellenleiter der Gemeinde jedoch in seiner Zeugnisaussage, die durch die Urkundenlage gedeckt wird, nicht bestätigt. Das LG München I¹ hat in seiner nunmehr aufgehobenen Entscheidung die Vereinbarung eines nicht marktgerechten Preises für die an die Gemeinde verkaufte Fläche als zulässig angesehen, da ein nicht marktgerechter Preis durch den Planungsgewinn für den Restbesitz des Eigentümers kompensiert werde. Konsequenterweise hat das FG München neben dem bar zu entrichtenden Kaufpreis auch die Wertsteigerung aufgrund der Baulandausweisung hinsichtlich der

¹ MittBayNot 2005, 178.

Restflächen in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einbezogen.²

2. Die öffentlichrechtlichen Ausführungen des OLG München ignorieren die höchstrichterliche Rechtsprechung und die Entscheidungen des BayVGh zu städtebaulichen Verträgen und „Zwischenerwerbsdruckmodellen“ schlichtweg. Das BVerwG³ hat es zwar zugelassen, dass Gemeinden Bauland nur ausweisen, wenn sie Eigentümer oder Miteigentümer von Flächen werden. Allerdings wurde in der Entscheidung ausdrücklich betont, dass die Bauleitplanung eine öffentliche Aufgabe ist und die Gemeinde nur deshalb, weil ein Eigentümer nicht abtretungswillig ist, seine Flächen nicht von der Planung ausnehmen darf. Die Gemeinde ist bei Erfüllung ihrer Aufgabe vielmehr an die öffentlichrechtlichen Vorgaben des Städtebaurechts gebunden, zu denen insbesondere die Erforderlichkeit der Planung (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB) und das Gebot der gerechten Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB) gehören. Gleichzeitig bildet § 11 BauGB keine Grundlage dafür, anlässlich einer Baulandausweisung eine Planungsgewinnabschöpfung durchzuführen. Es würde sich dabei um eine öffentliche Abgabe handeln, für die eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist.⁴ Deshalb hat auch der Bayerische Gemeindetag,⁵ nicht zuletzt um die handelnden Bürgermeister vor Strafverfahren zu bewahren,⁶ von derartigen Modellen abgeraten.

Die Frage der Zulässigkeit einer Planungsgewinnabgabe war wiederholt Gegenstand von Gesetzgebungsüberlegungen, die letztlich von den Verantwortlichen jedoch immer abgelehnt wurden. Der Gesetzgeber könnte zweifellos derartige Chancen, die nicht zum Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 GG gehören,⁷ den planenden Gemeinden zuweisen. Da er dies nicht getan hat, erheben Gemeinden, die entsprechende „Abgaben vertraglich vereinbaren“, diese bisher unzulässig. Aus diesem Grund hat auch der BFH⁸ die entsprechende Rechtsprechung des FG München aufgehoben und nur in Fällen, in denen unter Verstoß gegen § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB ausdrücklich eine vertragliche Verpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplans eingegangen wird, offen gelassen, ob eine (unrechtmäßige) Gegenleistung vorliegen könnte.⁹

Es entspricht zwar nicht üblichen Gepflogenheiten, ist aber verständlich, wenn der anwaltliche Vertreter der Gemeinde während eines anhängigen Rechtsstreits mehrfach das Kompensationsmodell rechtfertigt.¹⁰ Gefährlich, und zwar auch strafrechtlich, wird es jedoch, wenn derartige Modelle als unproblematisch und lediglich in der Literatur strittig dargestellt werden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist insoweit eindeutig. Pointiert ausgedrückt könnte man sagen, dass nur noch über das Strafmaß diskutiert werden kann. Für die notarielle Vertragspraxis empfiehlt sich deshalb, die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten und, unab-

hängig von den verwendeten Begriffen bei „Kompensationsverträgen“, „Aufgabenerfüllungsverträgen“ usw. zumindest nach § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG auf die erheblichen Bedenken des Notars hinsichtlich der gesetzlichen Zulässigkeit derartiger Verträge hinzuweisen, wenn die Beteiligten auf Beurkundung bestehen.

3. Auch im zivilrechtlichen Bereich zeigt das Urteil Schwächen. Wieso durch die Eintragung der Auflassung im Grundbuch eine Heilung eintrat, ist unklar. Dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn tatsächlich ein höherer Kaufpreis formunwirksam vereinbart worden wäre und der notariell beurkundete nur zum Schein. Hierfür ist jedoch nach dem Sachverhalt nichts ersichtlich.

Zutreffend ist die Wiedergabe der Rechtsprechung des BGH¹¹ zur Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB wegen eines besonders groben Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Für die notarielle Praxis ist zu beachten, dass der BGH insoweit von einer Belehrungspflicht des Notars ausgeht, die nicht durch den Grundsatz der Unparteilichkeit ausgeschlossen wird.¹²

Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

¹¹ Siehe nur DNotZ 1996, 983; NJW-RR 1998, 590; RNotZ 2001, 276; MDR 2002, 1242 und ZfIR 2003, 151.

¹² Vgl. Krüger in Brambring/Krüger, Immobilienrecht 2002, 2004, S. 1, 3 ff.

Steuerrecht

18. ErbStG § 10 Abs. 5 Nr. 1 (*Mit dem Tod fälliger Abfindungsanspruch keine Nachlassverbindlichkeit*)

Haben Eheleute ihre Kinder im Wege eines Berliner Testaments zu Schlusserben eingesetzt und vereinbaren diese mit dem überlebenden Ehegatten, jeweils gegen Zahlung einer erst mit dessen Tod fälligen Abfindung auf die Geltendmachung der Pflichtteile nach dem erstverstorbenen Ehegatten zu verzichten, können die Kinder beim Tod des überlebenden Ehegatten keine Nachlassverbindlichkeiten i. S. d. § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG aus dieser Vereinbarung abziehen. Die Abfindungsverpflichtungen stellen für den überlebenden Ehegatten keine wirtschaftliche Belastung dar.

BFH, Urteil vom 27.6.2007, II R 30/05

Die Eltern der Kläger hatten sich durch gemeinschaftliches Testament gegenseitig als Erben eingesetzt. Erben des Überlebenden sollten die Kläger zu gleichen Teilen sein. Für den Fall, dass einer der Kläger beim Tod des Erstverstorbenen auf seinem Pflichtteil besteht, war bestimmt, dass er auch nach dem Tod des Überlebenden auf den Pflichtteil beschränkt ist (Pflichtteilssanktionsklausel). Nach dem Tod des Vaters im November 1996 vereinbarte die Mutter noch im Dezember 1996 mit den Klägern die Zahlung einer Abfindung von je 100.000 DM dafür, dass die Kläger auf die Geltendmachung ihrer Pflichtteile nach dem Vater verzichteten. Die Abfindungen sollten mit dem Ableben der Mutter fällig werden.

Nach dem Tod der Mutter im November 2000 verlangten die Kläger, die vereinbarten Abfindungen als Nachlassverbindlichkeit zu berücksichtigen. Das lehnte das beklagte FA ab. Mit letztmals während des bereits anhängigen Klageverfahrens geänderten Bescheiden setzte es die Erbschaftsteuer bei einem steuerpflichtigen Erwerb von jeweils 281.500 DM auf jeweils 15.444 € fest. Bezüglich der Abfindungen blieb die Klage erfolglos.

Das FG war der Ansicht, die von der Mutter geschuldeten Abfindungen könnten gemäß § 42 AO nicht als Nachlassverbindlichkeiten

² MittBayNot 2003, 318 m. ablehnender Anm. Gottwald.

³ BVerwG, DVBl 1996, 246. Vgl. auch OVG Schleswig, NordÖR 2007, 507.

⁴ BVerwGE 111, 162 = BayVBl 2001, 150; BVerwG, BayVBl 2003, 570; BayVGh, BayVBl 2004, 697 = ZfIR 2005, 205; ausführlich Grziwotz, DVBl 2007, 1125 und Vierling, DNotZ 2006, 891.

⁵ Busse, MittBayNot 2005, 103; ders., BayGT 2006, 235; Dirnberger in Jäde/Dirnberger/Weiß, 5. Aufl. 2007, § 11 Rdnr. 52 und ders., BayGT 2008, 110.

⁶ Vgl. nur Otto, ZfBR 2006, 320 und Busse, BayGT 2006, 235.

⁷ Vgl. Papier in FS Hoppe, 2000, S. 213, 223 f.

⁸ BFHE 208, 55 = MittBayNot 2006, 79 = NVwZ 2005, 1343.

⁹ Vgl. auch Boruttau/Sack, GrEStG, 16. Aufl. 2007, § 9 Rdnr. 330.

¹⁰ Reicherzer, ZfIR 2004, 981; ders., NVwZ 2005, 1272; vgl. auch Roithmaier, NVwZ 2005, 56.

berücksichtigt werden. Aufgrund der testamentarisch festgelegten Erbfolge habe festgestanden, dass die Kläger die Abfindungen nicht an sich selbst zahlen würden. Die Kläger hätten in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass die gewählte Gestaltung ausschließlich der Steuerminderung gedient habe. Infolgedessen hätten sie auch in Missbrauchsabsicht gehandelt. Im Übrigen habe es zu ihren Lebzeiten auch an einer wirtschaftlichen Belastung der Mutter gefehlt.

Mit der Revision rügen die Kläger fehlerhafte Anwendung des § 42 AO sowie des § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG. Die streitbefangene Gestaltung sei auch zivilrechtlich zulässig und sinnvoll. Das Motiv, Steuern zu sparen, führe nicht zum Rechtsmissbrauch. Als überlebende Ehegattin habe die Mutter uneingeschränkt über den gesamten Nachlass verfügen und ihn damit auch „verjubeln“ können. Durch die Abfindungsvereinbarung vom Dezember 1996 seien sie, die Kläger, zumindest in Höhe von jeweils 100.000 DM abgesichert gewesen. Die einvernehmliche Abfindungsregelung sei möglich gewesen, ohne die Anwendung der sog. einfachen Pflichtteils Klausel auszulösen. Mit der Abfindungsvereinbarung sei zudem die Gleichbehandlung der Schluss erben sichergestellt worden. In der Literatur werde sogar die Ansicht vertreten, Pflichtteilsansprüche bezüglich des Erstversterbenden könnten die Schluss erben auch noch erstmals nach dem Tod des Letztversterbenden gegenüber sich selbst geltend machen (*Muscheler*, ZEV 2001, 377, 381).

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet, sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Die Kläger sind die Erben ihrer Mutter geworden. Die Vereinbarung vom Dezember 1996 zwischen ihnen und der Mutter ist zivilrechtlich wirksam und hat trotz der Pflichtteils sanktions Klausel im gemeinschaftlichen Testament der Eltern nicht zum Verlust der Stellung der Kläger als Erben nach ihrer Mutter geführt. Die aus der Vereinbarung sich ergebenden Abfindungsverpflichtungen der Mutter sind jedoch keine Nachlassverbindlichkeiten i. S. d. § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG, da sie für die Mutter keine wirtschaftliche Belastung darstellten.

1. Die Vereinbarung vom Dezember 1996 ist kein Scheingeschäft i. S. d. § 117 Abs. 1 BGB sowie des § 41 Abs. 2 Satz 1 AO gewesen. Die Partner der Vereinbarung haben die mit ihr verbundenen Rechtsfolgen gewollt, da nur unter dieser Voraussetzung der erstrebte Abzug der Abfindungsverpflichtungen als Nachlassverbindlichkeiten beim Tod der Mutter in Betracht kam. Eine wirksam begründete Abfindungsverpflichtung wäre auch dann erforderlich gewesen, wenn die Vertragspartner mit einer Vereinigung von Abfindungsanspruch und -verpflichtung gerechnet und auf die Regelung des § 10 Abs. 3 ErbStG gesetzt haben sollten. Nur bestehende Rechtsverhältnisse können zivilrechtlich durch Vereinigung (Konfusion) erlöschen und erbschaftsteuerrechtlich der Regelung des § 10 Abs. 3 ErbStG unterfallen.

2. Die Vereinbarung vom Dezember 1996 hat auch nicht den Verlust der Stellung der Kläger als Schluss erben ausgelöst, der im gemeinschaftlichen Testament der Eltern für den Fall vorgesehen war, dass nach dem Tod des Erstversterbenden Pflichtteilsrechte geltend gemacht werden. Der Verzicht auf die bereits entstandenen Pflichtteilsansprüche gegen Abfindung nach dem Tod des Vaters bedeutete kein Bestehen auf dem Pflichtteilsrecht im Sinne dieser Pflichtteils sanktions Klausel. Welches Verhalten des Schluss erben die Verwirkung seines Erbrechts infolge einer Pflichtteils sanktions Klausel auslöst, ist durch deren Auslegung zu ermitteln (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 65. Aufl., § 2269 Rdnr. 14).

a) Wird ein gemeinschaftliches Testament, wie es die Eltern der Kläger errichtet haben – gewöhnlich als Berliner Testament bezeichnet –, mit einer Pflichtteils sanktions Klausel

versehen, kommt dieser Klausel regelmäßig die Funktion zu, sicherzustellen, dass das Vermögen der Ehegatten beim Überlebenden verbleibt und dass sich nicht einer der Schluss erben durch Inanspruchnahme seines Pflichtteils nach dem Tod des Erstversterbenden einen Vermögensvorteil vor den übrigen (pflichtteilsberechtigten) Schluss erben verschafft, indem er die zu erwartenden Anteile der Schluss erben aus dem Gleichgewicht bringt (vgl. *Ermann/M. Schmidt*, BGB, 11. Aufl., § 2269 Rdnr. 15). Das den Pflichtteil in Anspruch nehmende Kind ist nämlich später am Nachlass des überlebenden Ehegatten mit der unveränderten Erbquote wie die übrigen Schluss erben beteiligt.

b) Beide Funktionen der Pflichtteils sanktions Klausel – und zwar sowohl der Erhalt des ungeschmälernten Vermögens in der Hand des überlebenden Elternteils als auch die Gleichbehandlung der Schluss erben – werden nicht beeinträchtigt, wenn alle Schluss erben jeweils gegen eine erst nach dem Tod des überlebenden Elternteils fällig werdende Abfindung in gleicher Höhe auf den Pflichtteil verzichten. Daher kann, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, nicht angenommen werden, solch ein Pflichtteilsverzicht aller Schluss erben gegen gleich hohe Abfindung werde von der Pflichtteils sanktions Klausel erfasst. Derartige Umstände sind im Streitfall weder festgestellt noch erkennbar. Vielmehr spricht vorliegend für die hier vertretene Auslegung der Pflichtteils sanktions Klausel zusätzlich, dass die Klausel ausdrücklich nur die Inanspruchnahme des Pflichtteils durch eines der Kinder regelt. Würde die Klausel gleichwohl auf die Vereinbarung vom Dezember 1996 angewendet werden und würden damit beide Kläger als (Schluss-)erben ausfallen, müsste wiederum durch Auslegung – diesmal des Testaments – geklärt werden, wer testamentarischer Erbe der Mutter geworden oder ob gesetzliche Erbfolge eingetreten ist.

Zivilrechtlich erlöschen Verpflichtungen des Erblassers mit dessen Tod, wenn sich Forderung und Schuld in diesem Augenblick aufgrund des § 1922 Abs. 1 BGB in der Person des Erben vereinigen (vgl. BGH, NJW 1967, 2399 = DNotZ 1968, 102). Erbschaftsteuerrechtlich gelten jedoch gemäß § 10 Abs. 3 ErbStG die infolge Erbanfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen. Angesichts der Tatsache, dass die Kläger eine Erbengemeinschaft bildeten, ihnen die Abfindungsansprüche aber jeweils individuell zustanden, ist zweifelhaft, ob es im Streitfall zivilrechtlich zu einer Konfusion gekommen ist (vgl. dazu *Gebel* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 10 Rdnr. 94; *Muscheler*, ZEV 2001, 377, unter 3.2.). Dies bedarf jedoch keiner Entscheidung, da so oder so von der Mutter herrührende Abfindungsverpflichtungen anzunehmen sind, und zwar entweder in Übereinstimmung mit dem Zivilrecht oder erst aufgrund der Regelung des § 10 Abs. 3 ErbStG. Diese Verpflichtungen kommen grundsätzlich als Nachlassverbindlichkeiten i. S. d. § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG in Betracht. Die Nr. 2 der Vorschrift ist schon deshalb nicht einschlägig, weil die Pflichtteile, auf die die Kläger verzichtet haben, den Nachlass des Vaters und nicht den der Mutter betrafen. Dem Abzug steht jedoch entgegen, dass die Abfindungsverpflichtungen die Mutter zu ihren Lebzeiten nicht belasteten.

a) Gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG sind vom Erwerb des Erben die vom Erblasser herrührenden persönlichen Verbindlichkeiten, die gemäß § 1922 Abs. 1 BGB, § 45 Abs. 1 AO auf die Erben übergegangen sind, als Nachlassverbindlichkeiten abzuziehen. Der Abzug setzt voraus, dass die Verbindlichkeiten rechtlich bestehen und den Erblasser im Todeszeitpunkt

wirtschaftlich belastet haben (so noch zu § 23 Abs. 1 ErbStG 1925: RFH, RStBl 1936, 543; RStBl 1939, 496, sowie *Kipp*, Kommentar zum Erbschaftsteuergesetz, 1927, § 23 Rdnr. 50; zu § 23 Abs. 4 ErbStG 1951: BFH, HFR 1964, 83, sowie zu § 10 Abs. 5 ErbStG 1974: BFH/NV 1999, 1339; *Moench/Weinmann*, § 10 ErbStG Rdnr. 46; *Gebel* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 10 Rdnr. 129; *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 14. Aufl. 2004, § 10 Rdnr. 32). Insofern gelten dieselben Grundsätze, wie sie bis zum Steueränderungsgesetz 1992 für den Abzug betrieblicher Schulden und bis Ende 1996 für die Ermittlung des Gesamtvermögens galten (so BFH/NV 1999, 1339, m. w. N.). An dieser wirtschaftlichen Belastung fehlt es, wenn der Erblasser als Schuldner davon ausgehen konnte, die Verpflichtungen unter normalen Umständen nicht selbst erfüllen zu müssen (vgl. BFH/NV 1997, 820). Korrespondierend mit der fehlenden Belastung der Mutter hat im Übrigen die Begründung der Abfindungsansprüche auf Seiten der Kläger wirtschaftlich zu keiner Bereicherung geführt, da sie erst zu einem Zeitpunkt befriedigt werden sollten, zu dem das gesamte Vermögen der Mutter – soweit noch vorhanden – den Klägern bereits aus einem anderen Rechtsgrund zugefallen sein würde. Mit dem zusätzlichen Erfordernis einer wirtschaftlichen Belastung wird zwar vom Zivilrecht abgewichen; dem steht jedoch gegenüber, dass Leistungen des Erben aus dem Nachlass auch ohne rechtliche Verpflichtung in besonders gelagerten Ausnahmefällen als Nachlassverbindlichkeiten in Betracht kommen, wenn sie eine ernsthafte wirtschaftliche Belastung darstellen (so BFH, HFR 1964, 83).

b) Im Streitfall waren die Abfindungsansprüche gegen die Mutter unter normalen Umständen nicht durchzusetzen. Die entsprechenden Verbindlichkeiten belasteten daher die Mutter im Todeszeitpunkt nicht. Soweit die Kläger geltend machen, die Mutter habe durchaus mit einer Inanspruchnahme rechnen müssen, weil ihnen bei einer Gefährdung ihrer Abfindungsansprüche durch Vermögensverfall der Mutter das Recht zugestanden hätte, die Fälligkeitsabrede zu widerrufen, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Ein Vermögensverfall der Mutter wäre zum einen kein normaler Umstand im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung und ist zum anderen bis zum Tod der Mutter nicht eingetreten. Daher kann auf sich beruhen, ob die Kläger bei einem solchen Vermögensverfall die Fälligkeitsabrede hätten widerrufen können (vgl. dazu BGH, NJW 1974, 652). Die Mutter konnte zudem zu ihren Lebzeiten über das gesamte Vermögen verfügen. Dagegen waren die Kläger nicht gesichert. Die Abfindungsverpflichtungen sind daher nicht gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG abzugsfähig. Auf die Voraussetzungen des § 10 Abs. 3 ErbStG kommt es daher ebenso wenig an wie auf die Anforderungen des § 42 AO.

Anmerkung:

1. Das Urteil des BFH ist in den Fragenkomplex der Erbschaftsteueroptimierung bei einem „Berliner Testament“ nach dem Tod des ersten Ehegatten einzuordnen. Bekanntermaßen liegt die erbschaftsteuerliche Schwäche des „Berliner Testaments“ vor allem darin, dass die Freibeträge der Kinder nach dem erstversterbenden Elternteil ungenutzt bleiben. Hier kann aber der sonst ja eher als Gestaltungsgrenze wirkende Pflichtteil der Kinder helfen. Machen die nach dem ersten Elternteil enterbten Kinder ihren Pflichtteil gegenüber dem verbleibenden Elternteil (= Alleinerbe) geltend, gilt dies erbschaftsteuerlich als Erwerb von Todes wegen nach dem *erstversterbenden* Elternteil (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Korrespondierend hierzu kann der zum Alleinerben berufene Eltern-

teil diese Verbindlichkeit von seinem Erwerb abziehen (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG).

2. Alternativ zur Geltendmachung des Pflichtteils können die Kinder auf ihren mit dem Erbfall entstandenen (§ 2317 Abs. 1 BGB) Pflichtteilsanspruch gegenüber dem verbleibenden Elternteil gegen Abfindung verzichten, da auch eine solche Abfindung als vom Erblasser (= erstversterbender Elternteil) zugewendet gilt (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG). Der überlebende Elternteil kann die Abfindung ebenfalls von seinem Erwerb abziehen, und zwar richtigerweise nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG als Kosten für die Erlangung des Erwerbs.¹

Der Unterschied zwischen beiden Gestaltungsvarianten zeigt sich zum einen im Steuerrecht: Wird als Abfindung (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG) eine Immobilie oder Betriebsvermögen gewährt, richtet sich ihre Bewertung nach dem Steuerwert,² während der Pflichtteilsanspruch bei seiner Geltendmachung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) mit dem Nominalwert besteuert wird, und zwar auch dann, wenn an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) eine Immobilie oder Betriebsvermögen geleistet werden soll.³ Dieser Unterschied wird freilich nach der Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts⁴ an Bedeutung verlieren. Die Grunderwerbsteuerbefreiung gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG greift nur bei der Leistung einer Immobilie als Abfindung, nicht aber bei der an Erfüllung statt.⁵

Zum anderen kann die Variante „Verzicht auf den Pflichtteil gegen Abfindung“ zivilrechtlich zu anderen Ergebnissen führen, wenn nämlich bei einer „Geltendmachung“ des Pflichtteils das unerwünschte Eingreifen einer Pflichtteilsstrafklausel droht. Letzteres ist nämlich auch bei einer freiwilligen Erfüllung des Pflichtteils durch den überlebenden Ehegatten nicht ausgeschlossen.⁶ Hier können sich bei einem Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch gegen Abfindung im Einzelfall abweichende Rechtsfolgen ergeben.⁷ Insofern kommt es freilich stets auf die Formulierung bzw. in Ermangelung eines eindeutigen Wortlauts auf die Auslegung der konkreten Klausel an. Nach der Systematik des Erbschaftsteuerrechts setzt der Verzicht auf den entstandenen Pflichtteilsanspruch i. S. d. § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG immerhin gerade voraus, dass der Pflichtteilsanspruch noch *nicht* geltend gemacht wurde.⁸

3. Der vom BFH entschiedene Fall weist nun die Besonderheit auf, dass die zu Schlusserben eingesetzten Kinder nach dem Tod des Vaters gegenüber ihrer Mutter dergestalt auf ihren Pflichtteil verzichteten, dass die hierfür vereinbarte Abfindung erst nach dem Tod auch der Mutter fällig werden sollte. Nach dem Tod der Mutter machten die Kinder sodann die vereinbarte Abfindung als Nachlassverbindlichkeit ihrer Mutter gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG geltend. Anders als

¹ Vgl. BFH, BStBl II 1981, S. 473.

² Müller/Grund, ZErB 2007, 205, 209 m. w. N.

³ BFH, DStR 1998, 1957 = ZEV 1999, 34.

⁴ Regierungsentwurf vom 11.12.2007, abrufbar z. B. unter www.dnoti.de unter „Gesetzesänderungen“.

⁵ BFH, BStBl II 2002, S. 775; zu weiteren steuerlichen Unterschieden siehe Wälzholz in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, § 17 Rdnr. 69 ff.

⁶ Siehe Müller/Grund, ZErB 2007, 205 m. w. N.

⁷ Müller/Grund, ZErB 2007, 205, 211.

⁸ H. M.; siehe Müller/Grund, ZErB 2007, 205, 208 ff. m. w. N.; Kapp/Ebeling, ErbStG, § 3 Rdnr. 307.1; a. A. Moench, ErbStG, § 3 Rdnr. 211: Im Aushandeln einer Abfindung liege eine Geltendmachung.

„im Normalfall“ einer von dem überlebenden Ehegatten tatsächlich erbrachten Abfindungsleistung, die bei dem Empfänger als Erwerb vom erstversterbenden Ehegatten zu versteuern (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG) und bei dem überlebenden Ehegatten als „Erwerbskosten“ abzuziehen ist (§ 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG), sollte also die Bemessungsgrundlage für die Besteuerung des *zweiten Erbfalls* (Tod der Mutter) verringert werden. Dieses Gestaltungsziel wurde nicht erreicht.

4. Der BFH geht in *zivilrechtlicher* Sicht zutreffend davon aus, dass die Abfindungsvereinbarung nicht zu einem Verlust der Schlusserbenstellung durch Eingreifen der Verwirkungsklausel geführt hat. Weder ist der Schutz des überlebenden Ehegatten betroffen noch der Gedanke der Gleichbehandlung aller Schlusserben, wenn alle Schlusserben gegen Zahlung einer gleich hohen Abfindung auf den Pflichtteilsanspruch verzichten. Ob dies ebenso zu beurteilen ist, wenn eine entsprechende Vereinbarung nur mit einzelnen Schlusserben getroffen wird, musste der BFH nicht entscheiden. Hier sind verallgemeinernde Aussagen nicht möglich, da es stets darauf ankommen wird, welche Bedeutung der Aspekt der Gleichbehandlung aller Schlusserben im Einzelfall nach dem Willen der Erblasser hat.⁹

5. In *erbschaftsteuerlicher* Sicht bestätigt die Entscheidung des BFH, dass das Erbschaftsteuerrecht zwar im Grundsatz den zivilrechtlichen Vorgaben folgt, diese aber durchaus von einer – im Ertragsteuerrecht geläufigen – wirtschaftlichen Betrachtungsweise überlagert werden können. Der BFH begründet die Nichtanwendbarkeit des § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG mit der fehlenden wirtschaftlichen Belastung der überlebenden Ehefrau angesichts der Stundungsvereinbarung. Dabei ist diese Argumentation von dem Umstand geleitet, dass es auch nach dem Tod der Ehefrau nicht zu einer wirtschaftlichen Belastung ihres Nachlasses mit der Abfindungsverpflichtung gekommen ist. Denn „korrespondierend“ zu der fehlenden wirtschaftlichen Belastung der Ehefrau verneint der BFH eine wirtschaftliche Bereicherung der Kinder, da sie ja als Schlusserben den Nachlass ihrer Mutter ohnehin erlangten.

An dieser Stelle zeigt sich die Schwäche in der Argumentation des BFH, denn es war keineswegs zwingend, dass der Nachlass der Ehefrau nicht auch wirtschaftlich mit der Abfindungsverpflichtung belastet würde. Man stelle sich z. B. vor, ein Kind wäre nach Abschluss der Abfindungsvereinbarung, aber vor der Ehefrau verstorben und etwa von seinem Ehegatten beerbt worden. Dann hätten die Enkel als Ersatzerben der Ehefrau (§ 2069 BGB) die (vererbte) Abfindung an den Ehegatten des vorverstorbenen Kindes leisten müssen. Eine auch wirtschaftliche Belastung des Nachlasses wäre dann offensichtlich.

6. Für die Praxis bedeutet die Entscheidung des BFH: Soll der Pflichtteilsanspruch der Kinder beim „Berliner Testament“ als erbschaftsteuerliches Korrektiv eingesetzt werden, sind Gestaltungen zu vermeiden, bei denen der Pflichtteilsanspruch oder die für den Verzicht auf jenen versprochene Abfindung bis zum Tod des überlebenden Ehegatten gestundet werden. Denn andernfalls droht die Abzugsfähigkeit sowohl beim ersten Erbfall gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG¹⁰ als auch beim zweiten Erbfall gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG zu scheitern. Der Pflichtteilsanspruch bzw. die Abfindung sollte also tunlichst zu Lebzeiten des überlebenden Ehegatten

erfüllt werden, ggf. kombiniert mit vorbehaltenen Nutzungsrechten. Ob auch eine bloße Besicherung genügt, ist offen.

Der Fall des BFH zeigt einmal mehr, dass bei der Formulierung einer Pflichtteils Klausel besonderes Augenmerk darauf zu richten ist, welches Verhalten die Verwirkungsfolge auslöst. Will man – wie regelmäßig – den „gefahrlosen“ Einsatz des Pflichtteils im ersten Erbfall aus erbschaftsteuerlichen Gründen ermöglichen, sollte formuliert werden, dass nur das Pflichtteilsverlangen *gegen* den Willen des überlebenden Ehegatten sanktioniert ist.

Notar Dr. *Malte Ivo*, Hamburg

19. ErbStG § 7; GrEStG § 3 Nr. 2 (*Grundstücksübertragung durch Gesellschafter auf Kapitalgesellschaft nicht Grunderwerbsteuerbefreit*)

Überträgt ein Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses ein Grundstück auf eine Kapitalgesellschaft, handelt es sich um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang und nicht um eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, die zur Grunderwerbsteuerfreiheit nach § 3 Nr. 2 GrEStG führt.

BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 63/05

Die Klägerin, eine als gemeinnützig anerkannte GmbH, wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 9.10.1995 durch einen ebenfalls als gemeinnützig anerkannten e.V., ein Diakoniewerk, als Alleingesellschafter gegründet. Der e.V. verfolgt u. a. die Aufgabe, notleidenden und bedrängten Menschen medizinische Hilfe zu bieten. Zweck der Klägerin ist nach dem Gesellschaftsvertrag u. a. die Unterhaltung eines Krankenhauses.

Der e.V. bestellte durch notariell beurkundeten Vertrag der Klägerin an einem ihm gehörenden, mit einem Krankenhaus bebauten Grundstück ein Erbbaurecht; ein Erbbauzins ist nicht zu entrichten. Das beklagte FA beurteilte dies als Grunderwerbsteuerpflichtigen Vorgang und bemaß die Steuer nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 10 Abs. 3 GrEStG in der im Jahr 1996 geltenden Fassung.

Einspruch und Klage, mit denen die Klägerin geltend machte, die Bestellung des Erbbaurechts sei als Schenkung unter Lebenden im Sinne des ErbStG anzusehen und daher nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit, hatten keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zutreffend angenommen, dass die Bestellung des Erbbaurechts nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegt und nicht gemäß § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit ist. Es handelt sich dabei nicht um eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

1. Als Schenkungen unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) gelten nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG freigebige Zuwendungen unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

a) Der BFH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine Zuwendung, die in rechtlichem Zusammenhang mit einem Gemeinschaftszweck steht, nicht als unentgeltlich anzusehen ist (BFHE 128, 266 = BStBl II 1979, S. 631 unter 1. a.; BFHE 168, 380 = BStBl II 1992, S. 921 unter II. 2.; BFH/NV

⁹ Anders *Wälzholz*, ZEV 2007, 504, der im Regelfall für eine Auslegung als unschädlich plädiert.

¹⁰ So ausdrücklich FG Düsseldorf, EFG 2005, 1550 als Vorinstanz.

2006, 63 = MittBayNot 2006, 455 unter II. 1. b aa und BFH, BStBl II 2007, S. 472 unter II. 6.). Als Gemeinschaftszweck ist insbesondere auch der gesellschaftsvertraglich bestimmte Zweck einer Kapitalgesellschaft zu verstehen, zu dessen Erreichung sich die Gesellschafter zusammengeschlossen haben.

Übertragen die Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses Vermögen auf die Kapitalgesellschaft, dient dies dem Gemeinschaftszweck (Leistung societatis causa; vgl. BFHE 180, 464 = BStBl II 1996, S. 454). Eine solche Vermögensübertragung ist daher als gesellschaftsrechtlicher Vorgang und nicht als Schenkung oder freigebige Zuwendung an die Gesellschaft zu beurteilen (*Gebel* in Troll/Gebel/Jüllicher, ErbStG, § 7 Rdnr. 182; *Moench* in Moench/Kien-Hübner/Weinmann, Erbschaft- und Schenkungsteuer, § 7 Rdnr. 176; *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 14. Aufl., § 7 ErbStG Rdnr. 72 bis 74 a; *Schuck* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 2. Aufl., § 7 ErbStG Rdnr. 180). Es ist dabei nicht entscheidend, ob der Gesellschaftszweck auf Gewinnerzielung gerichtet ist oder ob die Kapitalgesellschaft gemeinnützige Ziele verfolgt.

Nicht maßgebend ist auch, ob der Vermögensübertragung auf die Kapitalgesellschaft eine entsprechende Erhöhung des Werts des Gesellschaftsanteils des übertragenden Gesellschafters gegenübersteht, wie es in dem Fall zutraf, der dem Urteil des RFH (RStBl 1943, S. 589) zugrunde lag. Auch wenn dies nicht der Fall ist, kann daraus nicht auf das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung des Gesellschafters an die Gesellschaft geschlossen werden; denn auch dann fehlt es wegen der Förderung des Gemeinschaftszwecks an der Unentgeltlichkeit der Vermögensübertragung.

Aus der von der Klägerin angeführten Vorschrift des § 58 Nr. 2 AO ergibt sich für gemeinnützige Kapitalgesellschaften nichts anderes. Nach dieser Vorschrift wird die Steuervergünstigung nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine Körperschaft ihre Mittel teilweise einer anderen, ebenfalls steuerbegünstigten Körperschaft oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zur Verwendung zu steuerbegünstigten Zwecken zuwendet. Mit der Abgrenzung des Begriffs „freigebige Zuwendung“ i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG befasst sich die Vorschrift nicht.

b) Diese Grundsätze gelten auch, wenn sich nicht mehrere Gesellschafter zu einer Kapitalgesellschaft zusammengeschlossen haben und daher keine „Gemeinschaft“ vorliegt, sondern die Gesellschaft nur einen Gesellschafter hat. Überträgt dieser Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses Vermögen auf die Gesellschaft, handelt es sich ebenfalls um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang und nicht um eine freigebige Zuwendung.

c) Die Bestellung des Erbbaurechts durch den e.V. ist danach als gesellschaftsrechtlicher Vorgang und nicht als freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu beurteilen. Sie diene dem gesellschaftsvertraglich bestimmten Zweck der Klägerin, ein Krankenhaus zu unterhalten.

2. Das FG hat ebenfalls zu Recht angenommen, dass die Steuer nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 10 Abs. 3 GrEStG in der im Jahr 1996 geltenden Fassung zu bemessen war. Eine Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts war nicht vorhanden. Der Betrieb des Krankenhauses stellt keine Gegenleistung dar, sondern eine eigene, den Patienten gegenüber wahrzunehmende Aufgabe der Klägerin (BFHE 213, 246 = BStBl II 2006, S. 720).

Anmerkung:

Das Urteil stellt klar, dass die Übertragung einer Immobilie durch einen Gesellschafter auf eine Kapitalgesellschaft in der Regel aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses und somit nicht freigebig i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfolgt.¹ Stattdessen handelt es sich um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang, für den die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG nicht gilt und sich vielmehr die Frage nach der Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage stellt.

Da in dem vorliegenden Fall eine Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts nicht vorhanden war, musste die Steuer nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG i. V. m. § 10 Abs. 3 GrEStG in der im Jahr 1996 geltenden Fassung bemessen werden. Für künftige Gestaltungen ist jedoch die Neufassung des § 8 GrEStG zu beachten. Gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Steuer nach dem Wert der Gegenleistung. Demgegenüber wird gemäß § 8 Abs. 2 GrEStG die Steuer nach den Werten i. S. d. § 138 Abs. 2 oder 3 BewG bemessen

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

Diese durch das Jahressteuergesetz 1997² eingeführte Regelung wird in Rechtsprechung und Literatur relativ einheitlich ausgelegt. Bei den von § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG angesprochenen *Einbringungen* handelt es sich um solche Rechtsvorgänge, durch die ein Gesellschafter ein Grundstück zur Erfüllung einer Sacheinlageverpflichtung (z. B. nach § 27 AktG oder nach § 5 Abs. 4 GmbHG) oder zur Erfüllung von Beitragspflichten (§ 706 BGB) auf eine Gesellschaft überträgt. Ein Erwerbsvorgang auf *gesellschaftsvertraglicher Grundlage* liegt dagegen vor, wenn sich in Folge des Erwerbsvorgangs die Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters in *rechtlicher* Hinsicht verändert,³ sei es dass dem Gesellschafter für die Übertragung des Grundstücks auf die Gesellschaft eine höhere Beteiligung eingeräumt wird (z. B. bei einer Kapitalerhöhung im Weg der Sacheinlage gemäß § 138 AktG, § 56 GmbHG) oder sich wegen der Übertragung des Grundstücks durch die Gesellschaft auf den Gesellschafter dessen Beteiligung an der Gesellschaft vermindert.

Bei einem reinen Kaufvertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter verändert sich dagegen die rechtliche Stellung des Gesellschafters nicht, so dass § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG selbst dann nicht einschlägig ist, wenn der Kaufpreis den tatsächlichen Wert des Grundstücks unterschreitet. Vielmehr ist der niedrigere Kaufpreis gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG maßgeblich, solange es sich nicht um eine rein symbolische Gegenleistung handelt. Sofern ein Gesellschafter ein Grundstück auf eine Kapitalgesellschaft überträgt, an der er selbst beteiligt ist, kann es sich daher aus Grunderwerbsteuerlicher Sicht empfehlen, dem Gesellschafter eine Darlehensforderung gegen die Gesellschaft gutzuschreiben, die erheblich unter dem Verkehrswert des Grundstücks liegt, oder einen ent-

¹ Insoweit handelt es sich lediglich um eine Fortsetzung der ständigen Rechtsprechung, für die der BFH in den Urteilsgründen auch die entsprechenden Fundstellen zitiert.

² Vgl. Jahressteuergesetz 1997 vom 20.12.1996, BGBl I, S. 2062.

³ Vgl. *Hofmann*, GrEStG, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 38; *Borutta/Viskorf*, GrEStG, 16. Aufl., § 8 Rdnr. 75.

sprechend niedrigen Kaufpreis zu vereinbaren. Sofern im Übrigen eine Verbuchung bei den Rücklagen erfolgt, erhöht dies die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage nicht.⁴

In konsequenter Fortführung der Rechtsprechung dürfte sich die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage aber auch dann nicht erhöhen, wenn anstelle einer Rücklagenbuchung eine Kapitalerhöhung hinsichtlich des Restbetrages vorgenommen wird.⁵ Es darf keine reine Kapitalerhöhung (sonst wäre § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG einschlägig) erfolgen, sondern es muss stets eine gewisse Gegenleistung vorhanden sein. Solange diese nicht lediglich symbolischen Charakter hat, ist sie gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG die entscheidende Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer, selbst wenn sie wesentlich niedriger ist als die tatsächlichen Grundstückswerte oder die Grundbesitzwerte des § 138 Abs. 2 bzw. Abs. 3 BewG.

Durch die entsprechende Gestaltung kann daher die Grunderwerbsteuerbelastung bei Einbringungsvorgängen auf ein Minimum reduziert werden. Bei Mehrpersonengesellschaften

⁴ Vgl. BFH, GmbHR 2003, 669; *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, 2. Aufl., S. 220 ff.

⁵ Der letztgenannte Fall ist von der Rechtsprechung allerdings noch nicht entschieden; vgl. hierzu jedoch ausführlich *Gottwald*, MittBayNot 2004, 100 m.w.N.

ist allerdings die schenkungsteuerliche Seite des Vorgangs (Bereicherung der Mitgesellschafter) nicht zu vernachlässigen.⁶ Außerdem sind in jedem Fall die ertragsteuerlichen Konsequenzen zu berücksichtigen. Soweit es sich jedoch um sog. Ein-Mann-Gesellschaften handelt, dürfte m. E. tatsächlich eine effektive Gestaltungsmöglichkeit vorhanden sein, mit der die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage weit unter die Werte des § 8 Abs. 2 GrEStG abgesenkt werden kann. Demgegenüber besteht aufgrund der gefestigten Rechtsprechung wohl keine Chance mehr, zu einer vollständigen Grunderwerbsteuerbefreiung mit der Behauptung zu gelangen, dass es sich um eine freigebige Zuwendung handle. Hier dürfte die Auslegung des Einbringungsvorganges (§§ 133, 157 BGB) in der Regel ergeben, dass der Übertragung ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang und somit keine freigebige Zuwendung zugrunde liegt.

Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

⁶ Auch wenn im Verhältnis zwischen einbringendem Gesellschafter und der erwerbenden Gesellschaft ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang und somit keine freigebige Zuwendung vorliegt, kann es gleichwohl im Verhältnis der Mitgesellschafter untereinander (bei quoteninkongruenten bzw. disquotalen Gesellschafterleistungen) zu einer Bereicherung der nicht einbringenden Gesellschafter kommen; vgl. *Hübner*, Anm. zum hier besprochenen Urteil des BFH, DStR 2008, 147.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Streifzug durch die KostO, 7. Aufl. (Stand 1.1.2008) – Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 6. Aufl.

Mit dieser Übersicht soll dem Praktiker ein Überblick über die wesentlichen Änderungen des Streifzugs gegenüber der Voraufgabe gegeben werden.

1. Nachtrag – falsa demonstratio – Rdnr. 23:

Wird ein Kaufvertrag hinsichtlich des Vertragsgegenstands berichtigt, wenn lediglich eine Falschbezeichnung vorgelegen hat und die Beteiligten sich über den richtigen Vertragsgegenstand einig waren (*falsa demonstratio*), liegt ein Nachtrag nach § 42 KostO vor. Der Geschäftswert ist gemäß § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen und mit 20 % bis 30 % aus dem Grundstückswert angemessen.

2. Alternativgeschäft (Angebot und Einräumung eines Vorkaufsrechts) – Rdnr. 58:

Der gleiche Gegenstand gemäß § 44 Abs. 1 KostO liegt vor bei einem Vertragsangebot auf Veräußerung eines Grundstücks mit gleichzeitiger vertraglicher Einräumung eines Vorkaufsrechts zugunsten des Annahmehabenden. Es handelt sich um ein Alternativgeschäft. Gegenstandsgleichheit wird schon deshalb angenommen, weil der Erwerb durch den Angebotsempfänger und Vorkaufsberechtigten nur in einem der beiden Fälle möglich ist.

Ein Berechnungsbeispiel gibt dem Praktiker Hinweise auch zur Anwendung des § 44 Abs. 1 KostO bei unterschiedlichen Gebührensätzen (Angebot ^{15/10} nach § 37 KostO, Vorkaufrecht ^{20/10} nach § 36 Abs. 2 KostO).

3. Auflassung nach Ausübung eines Wiederkaufsrechts bzw. Rückkaufvertrag vor Ablauf der vereinbarten Frist – Rdnr. 105 und 1466 ff.:

Die Beurkundung der Auflassung löst auch nach Ausübung eines Wiederkaufsrechts eine ^{5/10}-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 6 a) KostO aus (vgl. Rdnr. 104). Streitig war die Frage, ob diese Grundsätze auch anzuwenden sind, wenn die Rückauflassung erfolgt, weil der Käufer seine Bauabsicht bereits vor Ablauf der vereinbarten Frist (auch der Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechts) aufgibt. Nach einer Entscheidung des OLG München (MittBayNot 2006, 357) fällt bei dieser Fallgestaltung eine ^{20/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO an, da es sich um einen Rückkaufvertrag handelt. Diese Rechtsprechung ist ebenso im Streifzug besprochen, wie die kostenrechtlichen Konsequenzen je nach Fallgestaltung anhand von Beispielen (Rdnr. 106 ff. und 1466 ff.).

4. Auseinandersetzung, Abgrenzung zum Austausch – Rdnr. 125:

Bruchteilseigentümer können die Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft auch durch Austausch von Anteilen an mehreren selbständigen Grundstücken vornehmen. In diesen Fällen liegt ein Austauschvertrag und kein Auseinanderset-

zungsvertrag vor. Ein Austausch ist aber nur möglich, wenn mehrere Grundstücke bereits im Rechtssinne bestehen. Deshalb ist kein Austauschvertrag i. S. d. § 39 Abs. 2 KostO gegeben, wenn zwar ein Zerlegungsfortführungsnachweis vorliegt, dieser jedoch im Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht im Grundbuch vollzogen ist. Zu Fallgestaltungen nach Flurstückszerlegungen siehe auch Rdnr. 1812 ff.

5. Auslagen – Einsichtsgebühren in das elektronische Grundbuch oder Register – Rdnr. 143 ff.:

Abrufkosten, die dem Notar vom Gericht für die elektronische Einsicht in das Grundbuch oder das Register in Rechnung gestellt werden, können nunmehr auch nach Auffassung des OLG Zweibrücken (MittBayNot 2006, 169) dem Kostenschuldner in Rechnung gestellt werden. Das OLG Zweibrücken hat damit die Auffassung des BayObLG (MittBayNot 2005, 76) bestätigt.

Die Notarkasse folgt auch in der 7. Auflage dieser Rechtsprechung. Die Notarkasse ist auch weiterhin der Auffassung, dass die Abrufgebühren der Umsatzsteuer zu unterwerfen sind. Über die erneut entfachte Diskussion hat die Notarkasse mit Rundschreiben vom 5.3.2008, Nr. N/4/2008, zugleich A/2/2008, hingewiesen.

6. Austausch von Leistungen – Rdnr. 155 ff.:

Auf Anregung aus der Praxis wurde das Kapitel Austausch von Leistungen zur Klarstellung durch mehrere Beispiele ergänzt.

7. Verweisungsurkunde, Bezugsurkunde – Rdnr. 171:

Die schon in der 6. Auflage von der Notarkasse vertretene Auffassung, dass eine Verweisungs- oder Bezugsurkunde nach § 36 Abs. 1 KostO zu bewerten ist, wurde durch den BGH (DNotZ 2006, 382 = MittBayNot 2006, 351) bestätigt. Damit ist auch die Rechtsprechung des BayObLG (DNotZ 1985, 572 m. abl. Anm. *Bengel*) überholt. Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen (10 % bis 20 % des Gesamtaufwandes oder der Baukosten, je nach Fallgestaltung).

8. Beglaubigung von Ablichtungen und Ausdrucken – Rdnr. 189:

Die Beglaubigungsgebühr nach § 55 KostO fällt auch an, wenn das Ausgangsdokument ein elektronisches Dokument ist und hiervon eine elektronisch beglaubigte Ablichtung (in Papierform) gefertigt wird. Gleiches gilt, wenn eine elektronische Ablichtung von einem Papierdokument beglaubigt wird und auch, wenn das Ausgangsdokument ein elektronisches Dokument ist. Voraussetzung ist aber in allen Fällen, dass es sich nicht um eigene Urkunden (oder eigene Entwürfe) des Notars handelt, sondern um Fremdurkunden. Eine mit der Beglaubigung verbundene Signaturprüfung ist gebührenfreies Nebengeschäft.

9. Beitreibung der Kosten und Zinsen – Rdnr. 199:

Unter Rdnr. 199 finden sich Hinweise über Vollstreckungen im Ausland. Anzumerken ist allerdings, dass die vollstreckbare notarielle Kostenberechnung im Ausland nicht als Voll-

streckungstitel anerkannt wird, auch nicht in den Vertragsländern der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Es wird daher empfohlen, bei Kostenschuldnern mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland von dem Recht, einen Kostenvorschuss zu verlangen, Gebrauch zu machen.

10. Beratungen – Rdnr. 200 bis 203:

Isolierte Beratungstätigkeiten sind in der derzeitigen KostO nicht eigens geregelt. Sie sind daher der Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO zuzurechnen, soweit es sich nicht um vorbereitende oder fördernde Beratungen handelt. Wird über ein Beurkundungsgeschäft und eine nicht im Zusammenhang stehende Beratungstätigkeit über einen anderen Sachverhalt eine Gesamtrechnung erteilt, müssen die beiden gebührenpflichtigen Tätigkeiten klar und eindeutig voneinander abgesetzt werden (Stichwort: Transparenz der Kostenberechnung).

11. Dokumentenpauschale – Rdnr. 252 ff.:

a) Übermittlung elektronischer Dateien

Unter Rdnr. 252 ff. wird die Dokumentenpauschale gemäß § 136 Abs. 3 KostO für die Übermittlung von elektronisch gespeicherten Dateien ausführlicher behandelt.

b) Veräußerungsanzeige an das Finanzamt

Unter Rdnr. 257 wird die Berechnung der Dokumentenpauschale für die Veräußerungsanzeige an das Finanzamt angepasst. Die Finanzämter haben das Verfahren weitgehend umgestellt, wonach anstelle von Formularen entsprechende Vordrucke im Internet zur Verfügung gestellt werden. Bei Ausdruck fällt die Dokumentenpauschale für jede ausgedruckte Seite an.

c) Gesamtschuldner

Der BGH (DNotZ 2007, 61 = MittBayNot 2007, 155) hat die schon bisher von der Notarkasse vertretene Auffassung bestätigt, wonach mehrere Beteiligte als Gesamtschuldner gemäß § 136 Abs. 2 Satz 2 KostO zu verstehen sind (siehe Rdnr. 276 ff.).

12. Durchlaufende Posten (einschließlich Umsatzsteuer) – Rdnr. 282 bis 285:

Neu aufgenommen wurde in den Streifzug das Kapitel „Durchlaufende Posten“. Durchlaufende Posten liegen vor, wenn der Notar für seinen Klienten Kosten verauslagt, die er danach wieder einfordert. Der Bereich Durchlaufposten ist insbesondere durch Umsatzsteuerfragen aktuell geworden. Im neuen Streifzug werden anhand von Fallbeispielen Hinweise zu Umsatzsteuerfragen gegeben (siehe hierzu auch *Schubert*, MittBayNot 2005, 481).

13. Eherechtliche Vereinbarungen – Verschiedenes – Rdnr. 286 ff.:

a) Güterstandsschaukel – Rdnr. 286:

Werden in einer Urkunde die Aufhebung der Zugewinnsgemeinschaft und damit Eintritt der Gütertrennung und zugleich die Aufhebung der Gütertrennung und Rückkehr zur Zugewinnsgemeinschaft (ggf. mit Modifizierungen), also eine sog. Güterstandsschaukel beurkundet, verbleibt es beim einmaligen Ansatz des Reinvermögens.

b) Lebenspartnerschaften – Lebenspartnerschaftsverträge – Rdnr. 303 bis 305:

Durch das Gesetz zur Änderung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004 wurde das Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16.2.2001 wesentlich geändert. Nunmehr finden gemäß § 6 f. LPartG die güterrechtlichen Bestimmungen des BGB auch für Lebenspartnerschaften Anwendung. Damit war eine völlige Überarbeitung der Rdnr. 264 ff. der Voraufgabe erforderlich.

c) Scheidungsvereinbarung – Rdnr. 325 ff.:

Die Bewertungsgrundsätze für Scheidungsvereinbarungen wurden in den Rdnr. 325 ff. wesentlich überarbeitet.

14. Ehe- und Erbvertrag, Lebenspartnerschafts- und Erbvertrag – Rdnr. 369 ff.:

Die Grundsätze zur Bewertung eines Ehe- und Erbvertrags wurden auf Lebenspartnerschafts- und Erbverträge ausgedehnt, nachdem die güterrechtlichen und ehevertraglichen Regelungen nunmehr für Ehegatten und Lebenspartnerschaften gleich sind.

15. Elektronischer Rechtsverkehr – Rdnr. 383 ff.:

Der elektronische Rechtsverkehr hat mit dem Inkrafttreten des Justizkommunikationsgesetzes zum 1.4.2005 Einzug in die notarielle Praxis gehalten. Nach Inkrafttreten des EHUG vom 10.11.2006, BGBI I, S. 2553, zum 1.1.2007, ist der elektronische Rechtsverkehr mit den Registergerichten Praxisalltag. Alle mit dem elektronischen Rechtsverkehr zusammenhängenden kostenrechtlichen Fragen wurden in dem neuen Kapitel „Elektronischer Rechtsverkehr“ zusammengefasst. Das Kapitel schließt mit einem Bewertungsbeispiel zu einer Registeranmeldung ab.

16. Entwurf – Verschiedenes – Rdnr. 405 ff.:

a) Entwurf eines Gesellschafterbeschlusses – Rdnr. 405:

Die Notarkasse ist nunmehr der Auffassung, dass auch für den Entwurf eines Beschlusses einer Gesellschafterversammlung § 145 KostO anzuwenden ist. Dies bedeutet, dass für den Beschlussentwurf, wenn dieser nicht in die Beurkundung mündet, künftig § 145 KostO einschlägig ist. Grundlage für diese Meinungsänderung war die Entscheidung des BGH (DNotZ 2006, 382 = MittBayNot 2006, 351) zur Einordnung des Begriffes „Willenserklärung“ in den Anwendungsbereich des § 36 Abs. 1 KostO und eine Entscheidung des LG Dresden (NotBZ 2007, 300 m. zust. Anm. *Otto*).

b) Fälligkeit der Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1 KostO – Rdnr. 408:

Die Entwurfsgebühr eines nicht mit einem Beurkundungsauftrag verbundenen Entwurfs oder eines nicht beurkundungspflichtigen Entwurfs nach § 145 Abs. 1 KostO ist fällig, wenn der Notar den Entwurf fertiggestellt hat. Die Fertigstellung liegt bereits vor, wenn der Notar den Entwurf diktiert hat (KG, JurBüro 2006, 377 = ZNotP 2006, 356).

c) Anrechnung der Entwurfsgebühr auf die Beurkundungsgebühr – Rdnr. 412:

Eine Entwurfsgebühr ist auf die Beurkundungsgebühr anzurechnen, wenn die Beurkundung demnächst erfolgt. Das OLG Hamm (ZNotP 2007, 399) hat entschieden, dass ein zeitlicher Zusammenhang auch dann noch vorliegen kann, wenn zwischen Entwurfserstellung und Beurkundung mehr als ein Jahr verstrichen ist.

17. Erbbaurecht – Wertermittlung Erbbaurecht und Erbbaugrundstück – Rdnr. 488 ff.:

Die Wertermittlung eines bestehenden Erbbaurechts oder des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks bereitet in der Praxis wegen der komplizierten Berechnungsmethode Schwierigkeiten. Durch die Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 06) sind die Zinssätze für den Liegenschaftszins entfallen. Die dadurch notwendige Überarbeitung dieses Kapitels war Anlass, die Bewertungsmethoden zu vereinfachen.

18. Erbvertrag – Grundsätze zur Wertbestimmung – Rdnr. 509:

Die Grundsätze zur Wertbestimmung für einen Erbvertrag, in dem Verfügungen zur Gesamtrechtsnachfolge vorgenommen werden, wurden deutlich erweitert. Klargestellt wurde, wie sich beispielsweise Ansprüche aus Lebensversicherungen auswirken. Zudem wurde unter Rdnr. 523 die Wertbestimmung für nichtvermögensrechtliche Anordnungen, insbesondere die Benennung eines Testamentsvollstreckers, verdeutlicht. Unter Rdnr. 527 wurden die Verjährungsbestimmungen des § 46 Abs. 5 KostO neu in den Streifzug aufgenommen.

19. Änderung eines Erbvertrags – Rdnr. 535 ff.:

Unklar war die Bestimmung des Geschäftswertes für die Ergänzung einer Verfügung von Todes wegen. Vor allem hat der Praxis die Wertbestimmung Probleme bereitet, wenn beispielsweise ein Vollerbe zum Ersatzerben berufen wird oder umgekehrt, ein Vollerbe Vorerbe werden soll oder umgekehrt usw. Anhand dieser und weiterer Beispielfälle werden Vorschläge zur Wertbestimmung unterbreitet.

20. Erbverzicht, Pflichtteilsverzicht – Rdnr. 548 ff.:

Problematisch ist, wie sich der Geschäftswert eines Erb- oder Pflichtteilsverzichts bestimmt. Vor allem ist die Wertbestimmung streitig, wenn sich die Ehegatten in Scheidung befinden oder eine Scheidung beabsichtigen. Die Wertbestimmung ist insbesondere durch eine Entscheidung des OLG München (MittBayNot 2006, 354, m. abl. Anm. Schwarz) erneut in die Diskussion geraten. Die Notarkasse hat in der 7. Auflage des Streifzugs verschiedene Fallgestaltungen untersucht und gibt Hinweise zur Bestimmung des Geschäftswertes.

21. Ermäßigung und Befreiung von Notargebühren – Rdnr. 577 ff.:

Keine Ermäßigung nach § 144 KostO ist vorzunehmen, wenn zwar ein nach § 144 Abs. 1 KostO begünstigter Beteiligter Kostenschuldner ist, die Angelegenheit aber dessen wirtschaftliche Unternehmen betrifft.

Unklarheit besteht in der Praxis bei der Definition des Begriffes „wirtschaftliche Unternehmen“. In der 7. Auflage wurde dieser Bereich ausgeweitet und für bestimmte wirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand klargestellt. Insbesondere zählt nach einer Entscheidung des OLG Naumburg (NotBZ 2007, 220) ein Abwasserzweckverband nicht zu den begünstigten Unternehmen, sondern ist als wirtschaftliches Unternehmen einzuordnen. Gleiches gilt, wenn forstwirtschaftliche Grundstücke durch den Freistaat Bayern erworben werden, welche dieser auf der Grundlage des Staatsforstengesetzes dem Unternehmen Bayerischer Staatsforsten A. d. ö. R. zur unentgeltlichen und umfassenden Nutzung überlässt. Erfolgt jedoch der Erwerb von Grundbesitz zum Zwecke der Vermietung oder Verpachtung, liegt kein wirtschaftliches Unternehmen vor, es handelt sich vielmehr um einen Vorgang im Rahmen der allgemeinen Vermögensverwaltung (Rdnr. 590).

22. Fremde Sprache – Übersetzungstätigkeiten – Rdnr. 702 und 703:

Nicht selten beurkunden Notare in deutscher Sprache und fertigen für die Beteiligten zusätzlich Übersetzungen in eine fremde Sprache. Eine solche Übersetzungstätigkeit kommt auch bei der sog. doppelspaltigen Beurkundung vor. Der deutsche Text wird beurkundet, die Übersetzung erfolgt als zusätzliche Tätigkeit des Notars. Bewertungsrechtliche Hinweise sind unter Rdnr. 702 und 703 enthalten (Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO).

23. Gesellschaftsrecht – Handelsrecht – Registerrecht – Rdnr. 708 ff.:

a) Namenszeichnungen:

Namenszeichnungen sind mit dem Inkrafttreten des EHUG ab dem 1.1.2007 entfallen. In der 7. Auflage finden sich somit keine Hinweise mehr zu Firmen- und Namenszeichnungen.

b) Entwurf von nicht beurkundeten Beschlüssen – Rdnr. 885:

Auch an dieser Stelle findet sich der Hinweis, dass für den Entwurf eines Beschlusses nunmehr § 145 KostO anwendbar ist. Ausführliche Hinweise hierzu unter Rdnr. 405 ff.

c) Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Rdnr. 1099:

Durch das zweite Gesetz zur Änderung des UmwG vom 19.4.2007 wurden grenzüberschreitende Verschmelzungen zugelassen. Kostenrechtliche Hinweise zur Bewertung, auch eines gemeinsamen Verschmelzungsplanes, finden sich in Rdnr. 1099.

d) Grenzüberschreitende Sitzverlegung (Europäische Aktiengesellschaft – SE) – Rdnr. 1100:

Art. 8 SE-VO (hierzu Wicke, MittBayNot 2006, 196) sieht für die SE die Möglichkeit einer identitätswahrenden Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat vor. Die kostenrechtliche Behandlung der Beschlussurkunde ist in Rdnr. 1100 erläutert.

24. Anmeldungen zum Vereinsregister – Rdnr. 829:

Unter Aufgabe der noch in der Voraufgabe vertretenen Auffassung vertritt die Notarkasse nunmehr den Standpunkt, dass die Anmeldung mehrerer Veränderungen allein nach § 44 KostO zu beurteilen ist. Werden mehrere Veränderungen angemeldet, liegen gegenstandsverschiedene Anmeldungen vor. Der Wert der einzelnen Anmeldung kann den Regelwert nach § 30 Abs. 2 KostO auch unterschreiten.

25. Grunddienstbarkeit – beschränkte persönliche Dienstbarkeit – Rdnr. 1168 ff.:

Das Kapitel „Dienstbarkeiten“ wurde durch kostenrechtliche Hinweise zur Bewertung von Dienstbarkeiten für Anlagen zur alternativen Energiegewinnung (Windkraftanlagen, Photovoltaikanlagen) ergänzt (Rdnr. 1182 ff.) und durch Beispielsberechnungen zu einzelnen Fallgestaltungen erläutert.

26. Grundschuld – Hypothek – Rdnr. 1191 ff.:

a) Abtretung von Rückgewähransprüchen – Rdnr. 1212:

Unter Rdnr. 1212 wird nochmals ausdrücklich festgestellt, dass Grundschuldbestellung und Abtretung von Rückgewährs-

ansprüchen bzgl. gleichrangiger, vorrangiger oder künftiger Grundschulden gegenstandsgleich sind. Löst die Grundschuldbestellung wegen nur formeller Grundbucheintragungen eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr aus, die Abtretung der Rückgewähransprüche dagegen eine $\frac{10}{10}$ -Gebühr, kann die Bewertung problematisch sein, insbesondere im Hinblick auf die Anwendung des § 44 Abs. 1 KostO. Die Problematik, insbesondere auch die Wertberechnung für die Abtretungserklärung, wird anhand eines Berechnungsbeispiels dargelegt.

b) Grundschuldbestellung und Löschungserklärungen – Rdnr. 1214:

Unverändert sind Grundschuldbestellung und Löschungserklärungen des Eigentümers gegenstandsverschieden gemäß § 44 Abs. 2 KostO. Einige Banken sind dazu übergegangen, in die Grundschuldbestellung auch die Löschungszustimmung des Eigentümers zur Löschung der neu bestellten Grundschuld aufzunehmen oder sich hierzu eine Vollmacht erteilen zu lassen. Auch diese Löschungserklärungen sind ebenso gegenstandsverschieden wie die diesbezügliche Vollmacht.

c) Vollzugstätigkeiten – Rdnr. 1220:

Seit der Rechtsprechung des BGH (DNotZ 2006, 954 = MittBayNot 2007, 71) ist die Beschaffung einer Rangrücktrittserklärung zur ranggerechten Eintragung einer neu bestellten Grundschuld als Vollzugstätigkeit nach § 146 KostO einzuordnen, wenn die Einholung ohne Übersendung eines Entwurfs erfolgt. Dies hat zur Folge, dass die Einholung eines solchen Rangrücktritts nur dann kostenpflichtig ist, wenn der Notar unter der Grundschuldbestellung lediglich die Unterschrift oder das Handzeichen beglaubigt (Abrechnung nach § 45 KostO). In diesem Falle entsteht eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 2 KostO. § 146 Abs. 2 KostO ist für Grundschuldbestellungen eine abschließende Regelung.

Für den gesamten Bereich der Grundschuldbestellungen wurde somit ein neuer Abschnitt in den Streifzug aufgenommen. Ab Rdnr. 1220 findet der Praktiker Hinweise zu Vollzugstätigkeiten, zur Übernahme von Treuhandaufträgen und zur Einholung von Löschungserklärungen mit oder ohne Entwurf.

27. Brandversicherungswerte, Preisindex für Wohngebäude – Rdnr. 1255 und 1256:

Zum 1.10.2007 gilt die neue Richtzahl der Bayerischen Brandversicherungs-AG, welche nach wie vor bereits auf den Euro-Umrechnungskurs umgestellt worden ist. Die Richtzahl beträgt 14,3. Die kostenrechtlichen Hinweise zur Bewertung von Gebäuden anhand des Gebäudebrandversicherungswertes sind in Anhang II des Streifzugs eingestellt. Die Hinweise zur Bewertung von Wohngebäuden und Eigentumswohnungen anhand des Preisindex sind in Anhang III des Streifzugs abgedruckt.

28. Hinterlegung – Verwahrung – Rdnr. 1276 ff.:

Unter Rdnr. 1270 ist die Notarkasse bei ihrer Auffassung geblieben, dass die Fälligkeitsmitteilung bzw. das Anfordern des zu hinterlegenden Betrags nach Eintritt bestimmter Voraussetzungen mit der Hinterlegungsgebühr abgegolten ist. Dieser Auffassung ist das OLG Köln (FGPrax 2007, 291) nicht gefolgt. Nach Auffassung des OLG Köln entsteht die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Fälligkeitsmitteilung neben der Hebegebühr des § 149 KostO. Wegen Abweichung von anderen OLG-Entscheidungen hat das OLG Köln die weitere Beschwerde dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Die Entscheidung ist am 3.4.2008 ergangen. Der BGH (V ZB 115/07) hat die Kostenberechnung des Notars ohne Sachentscheidung wegen eines Formmangels aufgehoben (Verstoß gegen das Zitiergebot wegen fehlender Angabe des § 32 KostO).

29. Höchstgebühren – Notargebühren – Rdnr. 1297:

Die Notarkasse hat ihre Auffassung zur Anwendung der allgemeinen Höchstgrenze gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 KostO (Höchstwert 60 Mio. €) unter der Rdnr. 1298 überarbeitet und an mehreren Beispielsberechnungen verdeutlicht. Insbesondere dann, wenn mehrere Rechtsverhältnisse zusammen beurkundet werden, die nicht zu einer Rechtseinheit verknüpft sind, kommt für jedes einzelne Rechtsgeschäft der Höchstwert in Betracht. Die Addition der Werte ist dabei nicht auf den einmaligen Höchstwert von 60 Mio. € begrenzt. Zu prüfen ist auf jeden Fall, ob ggf. in der Zusammenbeurkundung ein Verstoß gegen § 140 KostO vorliegt (Stichwort: Gebührenverzicht wegen Berechnung einer Gebühr; Degressionsvorteil).

30. Identitätsfeststellung – Rdnr. 1308 ff.:

Der Geschäftswert einer Identitätsfeststellung über ein vermessenes Grundstück ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen. Diese Auffassung ist unverändert geblieben. Was den Gebührensatz angeht, ist je nach Fallgestaltung zu unterscheiden. Betrifft die Identitätsfeststellung nur die verfahrensrechtliche Erklärung oder die Ergänzung der Auflassung, ist nach OLG Hamm (ZNotP 2007, 540) lediglich eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr aus einem Teilwert zu erheben. Je nach Fallgestaltung kann aber auch eine $\frac{10}{10}$ -Gebühr nach § 42 i. V. m. § 36 Abs. 2 KostO anfallen. Hinweise siehe unter Rdnr. 1310 bis 1313.

31. Kaufvertrag – Rdnr. 1316 ff.:

a) Hinzurechnungen, Bauverpflichtungen – Rdnr. 1352 ff.:

Der BGH (DNotZ 2006, 309 = MittBayNot 2006, 257) hat bestätigt, dass die Eingehung einer Bauverpflichtung stets einen wirtschaftlichen Wert hat, wodurch die Wertbestimmung in allen Fällen nach § 30 Abs. 1 KostO vorzunehmen ist. Der BGH hat auch die bisherige Auffassung der Notarkasse bestätigt, wonach zwischen einer Bauverpflichtung über ein Wohnhaus und einer Bauverpflichtung über ein gewerbliches Objekt zu unterscheiden ist. An den Bewertungskriterien selbst hat sich nichts geändert. Der BGH hat jedoch festgestellt, dass sich der Geschäftswert einer Bauverpflichtung für ein Wohnhaus im Falle des Verkaufs des Grundstücks unter Wert nach dem Betrag des Preisnachlasses bestimmt.

b) Wiederkaufsrecht ohne positive Bauverpflichtung – Rdnr. 1362 ff.:

Die Auffassung der Notarkasse, wonach Wiederkaufsrechte zugunsten des Verkäufers (ohne konkrete Bauverpflichtung) wie eine Bauverpflichtung zu bewerten sind, wenn dadurch praktisch eine stillschweigende oder negative Bauverpflichtung gesichert wird, wurde durch das OLG Karlsruhe (MittBayNot 2006, 266 m. Anm. der Prüfungsabteilung) bestätigt.

c) Dienstbarkeiten im Kaufvertrag – Rdnr. 1380 ff.:

Die kostenrechtliche Einordnung von Dienstbarkeitsbestellungen im Rahmen eines Kaufvertrags bereitet der Praxis Probleme. Kostenrechtliche Hinweise zu einzelnen Vertragsgestaltungen sind in Rdnr. 1380 und 1381 enthalten.

d) Umsatzsteuerregelungen – Rdnr. 1390:

Optiert der Verkäufer zur Umsatzsteuer, ist der Käufer bei Grunderwerbsteuerlich relevanten Vorgängen gesetzlicher Alleinschuldner. Die Notarkasse vertritt für diesen Fall die Auffassung, dass es sich hierbei um eine unselbständige Nebenleistung gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 KostO handelt. Diese Ansicht hat das OLG Hamm (ZNotP 2007, 479) bestätigt, während das OLG Celle (MittBayNot 2006, 264 m. abl. Anm. *Fleischer*) weiterhin von einer Zurechnung ausgeht.

e) Übernahme von Grundpfandrechten durch den Käufer – Rdnr. 1409:

Das Kapitel Übernahme von Grundpfandrechten durch den Käufer in dinglicher Weise ohne Verbindlichkeiten, die Übernahme einer teilweise valuierten Grundschuld, die Übernahme einer voll valuierten Grundschuld, wurden völlig überarbeitet. Hier spielt die BGH-Rechtsprechung zur Einordnung von gegenstandsgleichen Durchführungserklärungen zu einem anderweitigen Hauptgeschäft (Fundstellen siehe Fn. 932) eine zentrale Rolle. Übernimmt der Käufer eine Grundschuld, die teilweise valuiert ist, mit den gesicherten Verbindlichkeiten in Anrechnung auf den Kaufpreis, bleiben die persönlichen Schuldenerklärungen gegenüber dem Gläubiger auch dann unbewertet, wenn der Nominalbetrag der Grundschuld den Wert des Kaufvertrags übersteigt.

Die kostenrechtlichen Folgen aus der BGH-Rechtsprechung zu diesem Sachverhalt sind anhand von Beispielen erläutert.

f) Kaufvertrag und Belastungsvollmacht – Rdnr. 1424 ff.:

Der BGH (Fundstellen siehe Fn. 932) hat entschieden, dass eine Belastungsvollmacht stets gegenstandsgleich mit dem Kaufvertrag ist, gleich zu welchem Zweck die Belastungsvollmacht dient. Insoweit hat der BGH die bisherige Auffassung der Notarkasse bestätigt. Entgegen der früheren Meinung der Notarkasse wirkt sich eine Belastungsvollmacht auch dann kostenrechtlich nicht mehr aus, wenn die Vollmacht konkret zur Belastung mit Grundpfandrechten ermächtigt, die den Kaufpreis übersteigen. Hinweise hierzu siehe Rdnr. 1424 ff. Gleiches gilt für die Belastungsvollmacht in beliebiger Höhe. Die in der Voraufgabe vertretene anders lautende Auffassung ist damit hinfällig.

g) Kaufvertrag und Löschungserklärungen des Verkäufers – Rdnr. 1430:

Die gleichen Bewertungsgrundsätze wie beim Kaufvertrag mit Belastungsvollmacht gelten bei Mitbeurkundung von Löschungserklärungen des Verkäufers zur Löschung der ausschließlich am Kaufvertrag lastenden Grundpfandrechte (BGH, Fundstellen siehe Fn. 950). Auch hier erfolgt keine zusätzliche Bewertung, selbst wenn der Nennbetrag der Grundpfandrechte den Wert des Kaufvertrags übersteigt. Dagegen bleibt es bei der Gegenstandsverschiedenheit, wenn eine Grundschuld zur Löschung beantragt wird, die auch an weiteren Grundstücken lastet (Rdnr. 1447).

32. Kostenberechnung – Zitiergebot – Rdnr. 1479:

Bei der Erstellung von Kostenberechnungen ist das Zitiergebot nach § 154 Abs. 2 KostO zu beachten. Nach bisheriger Auffassung war das Zitiergebot auch für Dokumentenpauschalen und sonstige Auslagen eng auszulegen. Der BGH (DNotZ 2007, 213 = MittBayNot 2007, 157) hat die Form-

strenge bzgl. der Auslagen (Dokumentenpauschale, sonstige Auslagen) gelockert. Hinweise hierzu siehe Rdnr. 1480. Durchlaufende Posten können grundsätzlich nicht durch eine Kostenberechnung eingefordert werden. Bei den verauslagten Abrufgebühren (Grundbuch, Handelsregister) handelt es sich jedoch um verauslagte Gerichtskosten. Deren Aufnahme in die Kostenberechnung ist ebenso möglich wie die Vollstreckung.

33. Lebenspartnerschaften – Rdnr. 1528 ff.:

Die kostenrechtlichen Ausführungen für Amtshandlungen nach dem Gesetz zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes wurden an die aktuelle Rechtslage angepasst. Die kostenrechtlichen Hinweise für die Aufhebung der Lebenspartnerschaft sind entfallen.

34. Legitimationsprüfung (Identifizierung) – Rdnr. 1532:

Nimmt der Notar z.B. in der Urkunde über eine Grundschuldbestellung die Identifizierung für das Kreditinstitut nach § 154 Abs. 2 AO oder § 2 Abs. 1 GWG vor, liegt eine Tatsachenbescheinigung nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO vor. Erhält der Notar den Auftrag vom Kreditinstitut, haftet auch das Kreditinstitut gemäß § 2 Nr. 1 KostO für die hierfür entstandenen Kosten.

35. Mehrere Erklärungen, Systematik des § 44 KostO – Rdnr. 1556:

Die Anwendung des § 44 Abs. 1 KostO (mehrere gegenstandsgleiche Erklärungen in einer Urkunde) hat sich durch die Rechtsprechung des BGH (MittBayNot 2006, 524 m. Anm. der Prüfungsabteilung) geändert. Aus diesem Grunde wurde ein neues Kapitel in den Streifzug aufgenommen, das dem Praktiker einen kompakten Überblick über die nunmehr anzuwendenden Grundsätze bei Gegenstandsgleichheit und auch bei verschiedenen Gegenständen gibt. Das neue Kapitel ist in den Rdnr. 1556 bis 1599 abgedruckt.

36. Mehrwertsteuer/Umsatzsteuer – Rdnr. 1600 ff.:

Vermehrt wird von Notaren von ausländischen Staatsbürgern eine Kostenberechnung ohne Mehrwertsteuer verlangt. Im Streifzug sind hierzu Ausführungen enthalten, in welchen Ausnahmefällen der Notar eine umsatzsteuerfreie Kostenberechnung vorzunehmen hat. Die schon in der 6. Auflage abgedruckten Hinweise wurden aktualisiert. In diesem Zusammenhang wird auf eine Abhandlung von *Schubert*, MittBayNot 2005, 357, hingewiesen.

37. Messungsanerkennung und Auflassung/Zusatzkauf – Rdnr. 1604 ff.:

Die bayerischen Vermessungsbehörden sind dazu übergegangen, keine Zuflurstücke mehr zu bilden. Die Grundstücke werden auf Antrag des Eigentümers zerlegt, die Zerlegungen werden im eigenen Besitz vollzogen. Hinweise zur kostenrechtlichen Behandlung von Tätigkeiten, die der Notar im Rahmen des Vollzugs des Fortführungsnachweises oder in der Folge vornimmt, sind in den kostenrechtlichen Ausführungen zu dem Kapitel Messungsanerkennung und Auflassung/Zusatzkauf (Rdnr. 1604 ff.) enthalten.

38. Nebengeschäfte, Nebentätigkeiten – Rdnr. 1627 ff.:

a) Grundsätze – Sperrwirkung – Rdnr. 1629:

Der Kontext des § 147 Abs. 2 zu den §§ 146 und 35 KostO wurde auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung (DNotZ 2006, 954 = MittBayNot 2007, 71) nochmals verdeutlicht.

b) Einholung von Lastenfreistellungserklärungen ohne Entwurf – Rdnr. 1631:

Der BGH (z. B. MittBayNot 2008, 71) hat die Einholung von Lastenfreistellungserklärungen zum Vollzug eines Grundstücksveräußerungsgeschäfts der Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO unterstellt und nicht, wie die bisherige Auffassung der Notarkasse, unter § 147 Abs. 2 KostO. Wird dagegen im Auftrag der Beteiligten ein Entwurf gefertigt, ist § 145 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) und b) KostO einschlägig. Daneben entsteht weder eine Gebühr nach § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO noch eine solche nach § 147 Abs. 2 KostO (a. A. *Heinze*, NotBZ 2008, 19 in Fn. 20 ohne Begründung).

c) Einholung von Rangrücktrittserklärungen – Rdnr. 1632:

Auch die Beschaffung einer Rangrücktrittsbewilligung zur ranggerechten Eintragung einer neu bestellten Grundschuld ist grundsätzlich Vollzugstätigkeit. Da § 146 Abs. 1 KostO Grundschuldbestellungen nicht erfasst, liegt gebührenfreie Nebentätigkeit vor, es sei denn, im Auftrag der Beteiligten wird ein Entwurf gefertigt; dann ist die Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO zu erheben. Vollzugstätigkeiten im Rahmen von Grundpfandrechtsbestellungen sind somit nur im Bereich des § 146 Abs. 2 und Abs. 3 KostO kostenpflichtig.

d) Fälligkeits-/Vollzugsüberwachung – Rdnr. 1641:

Der BGH (DNotZ 2005, 867 = MittBayNot 2005, 433) hat bestätigt, dass es sich sowohl bei der Fälligkeitsüberwachung wie auch bei der Vollzugsüberwachung um gebührenpflichtige Betreuungstätigkeiten handelt, für die jeweils getrennte Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO zu erheben sind. Auch zur Frage der Wertbestimmung sind Ausführungen in den Rdnr. 1641 ff. enthalten.

e) Treuhandauflagen – Rdnr. 1651:

Die Notarkasse ist weiterhin der Auffassung, dass Treuhandaufgaben der Grundpfandrechtsgläubiger gebührenpflichtige Nebentätigkeiten nach § 147 Abs. 2 KostO sind und die Tätigkeit nicht von der Vollzugsgebühr kompensiert wird. Die Rechtsprechung des BGH (z. B. MittBayNot 2008, 71) zur Einholung von Löschungserklärungen spricht nach unserer Ansicht nicht dagegen.

f) Nichtvalutierungserklärung, Schuldübernahmegenehmigung – Rdnr. 1652:

Die Einholung der Nichtvalutierungserklärung und der Genehmigung zur Schuldübernahme sind nach wie vor betreuende Tätigkeiten nach § 147 Abs. 2 KostO und nicht Vollzugstätigkeiten nach § 146 KostO.

g) Übersendung unterschriftsbeglaubigter Erklärungen – Rdnr. 1663:

Die Notarkasse teilt die Auffassung des OLG Hamm (RNotZ 2002, 516 = NotBZ 2002, 266), dass das Übersenden unter-

schriftsbeglaubigter Erklärungen an Dritte gebührenpflichtig nach § 147 Abs. 2 KostO ist. Die Entscheidung des OLG München (MittBayNot 2008, 154 m. krit. Anm. *Wolfsteiner*) wird abgelehnt. Hierzu wird auf das Rundschreiben des Präsidenten der Notarkasse (Nr. 10/2007 vom 5.10.2007) hingewiesen.

39. Sachenrechtsbereinigungsgesetz:

Nachdem das Sachenrechtsbereinigungsgesetz jedenfalls in den alten Bundesländern nahezu keine Rolle mehr spielt, wurde dieses Kapitel aus dem Streifzug herausgenommen. Bei Bedarf kann auf die Ausführungen in der Voraufgabe zurückgegriffen werden.

40. Schiffsregister – Rdnr. 1692 ff.:

An die Prüfungsabteilung der Notarkasse werden verstärkt auch Kostenfragen zu Anmeldungen zum Schiffsregister oder Binnenschiffsregister gerichtet. Aus diesem Grunde wurden Grundsätze zur Bewertung in den Streifzug aufgenommen. Hinweise unter Rdnr. 1692 bis 1698.

41. Übergabevertrag/Überlassungsvertrag – Rdnr. 1725 ff.:

Die Bewertungshinweise zur Bewertung eines Übergabevertrags (insbesondere bzgl. eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs) und von Überlassungsverträgen wurden an die aktuelle Rechtsprechung angepasst. Soweit im Rahmen der Gegenleistungen wiederkehrende Leistungen zu berechnen waren, wurde in der Voraufgabe auf die Verordnung über den Wert der Sachbezüge in der Sozialversicherung, letzter Stand: 22.10.2004, Bezug genommen. An die Stelle der Sachbezugsverordnung ist die Verordnung über die sozialrechtliche Beurteilung von Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt (Sozialversicherungsentgeltverordnung) vom 21.12.2006 getreten. Die Verordnung ist in Anhang IV eingestellt.

42. Verkehrsflächenbereinigungsgesetz:

Ausführungen zum Verkehrsflächenbereinigungsgesetz sind in der 7. Auflage nicht mehr enthalten. Bei Bedarf kann auf die Voraufgabe (Rdnr. 1645 ff.) zurückgegriffen werden.

43. Vollmacht – Rdnr. 1891 ff.:

a) Allgemeine Grundsätze:

Neben allgemeinen Grundsätzen zur Bewertung von Vollmachten wurde deutlicher herausgearbeitet, in welchen Fällen von einer Mehrheit von Vollmachten auszugehen ist. Hinweise hierzu in den Rdnr. 1897 bis 1900.

b) Registervollmacht eines Kommanditisten – Rdnr. 1901:

Der Geschäftswert einer Registervollmacht eines Kommanditisten bestimmt sich nach seiner im Handelsregister eingetragenen oder einzutragenden Kommanditeinlage. Hierbei bleibt es auch dann, wenn die Haftungssumme die einzutragende Kommanditeinlage übersteigt.

c) Vorsorgevollmacht – Rdnr. 1903 ff.:

In den Jahren 2005 bis 2007 sind zur Bewertung von Vorsorgevollmachten mehrere Entscheidungen ergangen. Die Literatur hat sich in vielen Abhandlungen mit der Bewertung

von Vorsorgevollmachten beschäftigt. Das Kapitel Vorsorgevollmacht wurde im Streifzug deutlich ausgeweitet. Es sind auch Ausführungen enthalten, unter welchen Voraussetzungen vom vollen Aktivwert Abschlüsse vorgenommen werden können (Rdnr. 1905 ff.).

d) Zentrales Vorsorgeregister – Rdnr. 1909:

Die Übermittlung der Vorsorgevollmacht an die BNotK ist unter den Voraussetzungen des § 147 Abs. 4 Nr. 6 KostO gebührenfrei. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist eine gebührenpflichtige Tätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO gegeben. Kostenrechtliche Hinweise siehe Rdnr. 1909. § 147 Abs. 2 KostO ist auch einschlägig, wenn der Antrag zu einem späteren Zeitpunkt an die BNotK gestellt wird, z. B. nach Rückgabe der Vollmacht durch das Vormundschaftsgericht (siehe auch Rundschreiben des Präsidenten der Notarkasse Nr. 10/2007 vom 5.10.2007). Die BNotK selbst erhebt Kosten nach der Vorsorgeregister-Gebührensatzung vom 2.2.2005. Die Satzung ist in Anhang VI eingestellt.

44. Vollstreckbare Ausfertigung – Rdnr. 1915 ff.:

Das Kapitel „vollstreckbare Ausfertigung“ wurde ausgeweitet. Hinweise sind nunmehr auch enthalten über die Kosten der Erteilung von Vollstreckungsklauseln für wertgesicherte Leibrenten, Umschreibung der Klausel für einen Teilbetrag, insbesondere auch für mehrere Teilbeträge zugunsten verschiedener Gläubiger. Wird der Notar zusätzlich beauftragt, die ihm vorgelegte Abtretungserklärung dem Grundbuchamt zum Vollzug einzureichen, liegt eine betreuende Tätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO vor (siehe hierzu Rdnr. 1926).

45. Vollzugsgebühr – Rdnr. 1934 ff.:

a) Grundsätze:

Das Kapitel „Vollzugsgebühr“ musste nahezu komplett überarbeitet werden, die kostenrechtlichen Ausführungen waren an die BGH-Rechtsprechung (z. B. MittBayNot 2008, 71) anzupassen.

b) Lastenfreistellungskosten – Rdnr. 1952 ff.:

Die Notarkasse folgt der Auffassung des BGH, dass die Einholung von Lastenfreistellungserklärungen Vollzugstätigkeit

nach § 146 Abs. 1 KostO ist, wenn die Lastenfreistellungen der Erfüllung von Vertragspflichten des Verkäufers im Rahmen eines Grundstücksveräußerungsgeschäfts dienen. Nach Auffassung der Notarkasse handelt es sich bei der Vollzugsgebühr um Kosten des Kaufvertrags, für die grundsätzlich sowohl Verkäufer als auch Käufer gemäß § 2 Nr. 1 und § 5 KostO haften (a. A. inzwischen OLG Düsseldorf, NotBZ 2008, 75 m. krit. Anm. *Otto*). Das OLG Düsseldorf ist der jedoch abzulehnenden Auffassung, dass die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO nur vom Verkäufer geschuldet wird, wenn die Vollzugstätigkeit lediglich in der Beschaffung der Lastenfreistellungserklärungen liegt. Eine Klarstellung im Kaufvertrag, wer im Innenverhältnis der Beteiligten die Vollzugsgebühr schuldet, ist je nach Sachlage anzuraten.

46. Wohnungseigentum/Teileigentum – Rdnr. 2017 ff.:

a) Verwalterbestellung – Unterschriftsbeglaubigung – Rdnr. 2054:

Die Notarkasse hat bisher die Auffassung vertreten, dass für die Unterschriftsbeglaubigung unter einem Protokoll über die Bestellung des Verwalters stets ein Geschäftswert von 3.000 € nach § 30 Abs. 2 KostO anzunehmen ist. Diese Auffassung wurde im Hinblick auf eine Entscheidung des OLG Braunschweig (ZNotP 2007, 359) aufgegeben. Hinweise hierzu siehe Rdnr. 2054 und 2055.

b) Aufhebung des Erfordernisses der Verwalterzustimmung – Rdnr. 2058:

Kostenrechtliche Hinweise zur Bewertung eines Antrags auf Löschung der Verfügungsbeschränkung wurden neu in den Streifzug aufgenommen.

c) Abschichtung – Rdnr. 2059:

Die Abschichtung ist eine besondere Form der Teilauseinandersetzung, die vor allem bei Ausgliederung einzelner neu vermessener Grundstücke aus einer Wohnungs- oder Teileigentümergeinschaft gewählt wird. Kostenrechtliche Hinweise mit einem ausführlichen Bewertungsbeispiel sind in Rdnr. 2059 enthalten.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

2. Die Übertragung von Anlieferungsquoten für Milch (Milchquoten) in der notariellen Praxis

a. Die Regulierung des Milchmarktes in der Europäischen Gemeinschaft

Der Milchmarkt in der Europäischen Gemeinschaft ist seit dem 2.4.1984 dadurch reglementiert, dass die Erzeuger für die Lieferung von Milch und Milcherzeugnissen an einen Abnehmer einer Anlieferungsquote (Milchquote) bedürfen, während im Gegenzug ein Mindestpreis (Interventionspreis) garantiert wird. Liefert ein Milchbauer über seine Anlieferungsquote hinaus, so muss er für die überschüssigen Milchmengen eine Abgabe entrichten, die deren Vermarktung wirtschaftlich unattraktiv gestaltet. Auf diese Weise konnte die frühere Überschussproduktion in der Europäischen Gemeinschaft („Milchseen“) erfolgreich eingedämmt werden.

Bis zum 31.3.2000 waren Anlieferungsquoten flächenakzessorisch und gingen beim Verkauf, der Verpachtung oder Vererbung eines landwirtschaftlichen Betriebes auf den Erwerber über. Beim Verkauf einzelner landwirtschaftlicher Grundstücke übernahm der Käufer die Anlieferungsquoten anteilig, sofern nicht ausnahmsweise eine Grundstücksveräußerung ohne zugehörige Quote zulässig war.

Im Rahmen der Agenda 2000 ermächtigte die Europäische Gemeinschaft ihre Mitgliedstaaten, die Flächenbindung aufzuheben und die Vermarktung der Anlieferungsquoten über staatliche Übertragungsstellen (Milchbörsen) zu organisieren. Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 MilchQuotV hat die Übertragung von Anlieferungsquoten nunmehr im Grundsatz flächen- und betriebsungebunden, dauerhaft (d. h. keine Verpachtung mehr) sowie schriftlich zu erfolgen. Das amtliche Übertragungsverfahren wird in den §§ 11–20 MilchQuotV normiert, so

dass eine Regelung über den Übergang von Anlieferungsquoten bzw. dessen Ausschluss im notariellen Grundstückskaufvertrag im Regelfall entbehrlich ist (*Hertel*, DNotZ 2000, 325, 327; *Gehse*, RNotZ 2007, 61, 76).

b. Die freihändige Übertragung von Anlieferungsquoten

In den §§ 21–26 MilchQuotV wird abweichend vom Grundsatz der Veräußerung von Anlieferungsquoten über die staatlichen Milchbörsen deren freihändiger Erwerb zugelassen. Dies macht in einigen Fällen auch eine ausdrückliche Regelung in der notariellen Urkunde erforderlich:

a) Unter Verwandten in gerader Linie, Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern können Anlieferungsquoten gemäß § 21 Abs. 2 MilchQuotV stets frei übertragen werden. Außerdem kann der Inhaber einer Anlieferungsquote eine solche gemäß § 21 Abs. 1 MilchQuotV frei vererben, die vermächtnisweise Zuwendung von Anlieferungsquoten an jeden beliebigen Dritten dürfte ebenfalls zulässig sein. Werden im Rahmen einer Erbauseinandersetzung Anlieferungsquoten einem Miterben zugewiesen, so wird dies nach verbreiteter Praxis noch als Teil der gesetzlichen oder gewillkürten Erbfolge erfasst, da die Terminologie der MilchQuotV öffentlich-rechtlicher Natur ist und maßgeblich auf EG-Rechtsakten beruht, so dass nicht bloß auf die Universalsukzession mit dem Eintritt des Erbfalls im zivilrechtlichen Sinne abzustellen ist.

b) Wird ein vom Eigentümer selbst bewirtschafteter landwirtschaftlicher Betrieb einem Erwerber im Wege der vorweggenommenen Erfolge übergeben, so können Anlieferungsquoten mitübertragen werden, selbst wenn der Erwerber nicht zum in § 21 Abs. 2 MilchQuotV bezeichneten Personenkreis gehört. Da die Beteiligten die Übernahme durch den Erwerber zumeist wünschen dürften, sollte der beurkundende Notar eine entsprechende Formulierung im Übergabevertrag bereithalten:

Anlieferungsquoten für Milch des Veräußerers in Höhe von ... mit einem Referenzfettgehalt von ... % werden mitübertragen.

Zum Begriff der vorweggenommenen Erfolge sei auf die Ausführungen von *Hertel* (DNotZ 2000, 325, 328) verwiesen. Handelt es sich bei dem landwirtschaftlichen Betrieb um einen Hof im Sinne der Höfeordnung (HöfeO), so gehen die Anlieferungsquoten nach der Rechtsprechung (BGHZ 135, 292 = NJW 1998, 78) gemäß § 2 lit. b) HöfeO als „ähnliches Recht“ auf den Erwerber über. Jedoch betrifft dies nur jene Anlieferungsquoten, die dem Produktionsbedarf des Hofes dienen. Soweit der Übergeber Anlieferungsquoten für Zupachtflächen einsetzt, müssen diese explizit übertragen werden (*Netzer*, AgrarR 2001, 133, 135). Vorbehaltene Rückforderungsrechte stehen der grundsätzlich geforderten Dauerhaftigkeit der Übertragung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 3 MilchQuotV nicht entgegen.

c) Veräußert der Eigentümer seinen milcherzeugenden landwirtschaftlichen Betrieb entgeltlich an einen Dritten, so können dem Betriebsinhaber gehörende Anlieferungsquoten gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 MilchQuotV ganz oder teilweise mitübertragen werden. Da § 22 Abs. 1 Satz 3 MilchQuotV ausdrücklich fordert, dass die Übertragung der Anlieferungsquoten als Bestandteil der Betriebsübertragung vereinbart wird, ist eine entsprechende Regelung im notariellen Kaufvertrag geboten. Die gesonderte Ausweisung des auf die Anlieferungsquoten entfallenden Kaufpreises ermöglicht insoweit die Ersparnis der Grunderwerbsteuer (*Hertel*, DNotZ 2000, 325, 328).

Anlieferungsquoten für Milch des Veräußerers in Höhe von ... mit einem Referenzfettgehalt von ... % werden mitverkauft und mit Zahlung des Kaufpreises aufschiebend bedingt auf den Erwerber übertragen.

Die Parteien geben den Wert der mitübertragenen Anlieferungsquoten im Grunderwerbsteuerlichen Sinne mit ... € an.

d) Im Falle der Verpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebes darf der Verpächter ihm zustehende Anlieferungsquoten dem Pächter gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 MilchQuotV ausnahmsweise für die Dauer des Pachtverhältnisses zeitweise mitüberlassen. Übergibt nun der Eigentümer im Wege der vorweggenommenen Erfolge einen an einen Dritten verpachteten Betrieb, so tritt der Übernehmer gemäß § 22 Abs. 2 Satz 4 MilchQuotV hinsichtlich der Anlieferungsquote in die Rechtsposition des Veräußerers ein, so dass er diese nach Beendigung des Pachtverhältnisses anstelle des Veräußerers erhält. Eine ausdrückliche Übertragung der verpachteten Anlieferungsquote im Übergabevertrag ist insoweit nicht erforderlich. Weitere dem Übergeber zustehende Anlieferungsquoten, die nicht an den Betriebsinhaber verpachtet sind, müssen hingegen explizit auf den Erwerber übertragen werden.

e) In einer Sonderkonstellation sollte auch in einem Grundstückskaufvertrag eine Regelung zur Übernahme einer Anlieferungsquote getroffen werden. Zwar ist die Überlassung von Quoten im Rahmen der Grundstücksverpachtung seit dem 1.4.2000 nicht mehr zulässig, jedoch bleiben Alt-Pachtverträge gültig und können gemäß § 48 Abs. 1 MilchQuotV verlängert oder verkürzt werden. Gemäß § 49 Abs. 1 MilchQuotV hat der Pächter allerdings bei der Beendigung des Pachtverhältnisses ein Übernahmerecht, um eine Rückübertragung der nach früherem Recht flächenakzessorischen Milchquoten auf den Verpächter abzuwenden. Verkauft nun der Grundstückseigentümer ein vor dem 1.4.2000 verpachtetes Grundstück an seinen bisherigen Pächter, so endet das Pachtverhältnis zwangsläufig mit der Eigentumsumschreibung. In diesen Fällen sollte mit den Beteiligten eine Übernahme der Milchquoten besprochen und nach Möglichkeit bereits im Kaufvertrag geregelt werden. Eine Rückübertragung der Milchquoten auf den Verpächter ist zudem nur möglich, wenn dieser selbst Milcherzeuger ist oder eine unverzügliche Übertragung der Anlieferungsquote auf einen anderen Erzeuger nachgewiesen wird. Das Übernahmerecht kann nämlich gemäß § 49 Abs. 2 MilchQuotV nur innerhalb der recht kurzen Frist von einem Monat nach Beendigung des Pachtverhältnisses ausgeübt werden, während im Falle der Rückübertragung der Anlieferungsquoten auf den Verpächter deren teilweise Einziehung (33 %) zugunsten der Reserve des Landes droht, in dessen Gebiet der Pächter seinen Betriebssitz hat (zur Verfassungsmäßigkeit dieser teilweisen Einziehung BVerfG, AgrarR 2008, 118). Während § 49 Abs. 3 MilchQuotV regelmäßig einen Übernahmepreis in Höhe von 67 vom Hundert des zuletzt maßgeblichen Gleichgewichtspreises vorsieht, steht es den Parteien auch frei, einen niedrigeren Preis zu vereinbaren. Die rechtzeitige Ausübung des Übernahmerechtes und die Zahlung des Übernahmepreises müssen der zuständigen Landesstelle nachgewiesen werden. Zumindest zum Nachweis der Ausübung des Übernahmerechtes eignete sich die notarielle Urkunde, in die folgende Formulierung aufgenommen werden könnte:

Die Beteiligten erklären, dass der Erwerber den Kaufgegenstand einschließlich einer flächenakzessorischen Milchquote in Höhe von ... mit einem Referenzfettgehalt von ... % vor dem 1.4.2000 vom Veräußerer oder dessen Rechtsvorgänger gepachtet hat.

Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass dem Erwerber insoweit ein Übernahmerecht hinsichtlich der gepachteten Milchquote zusteht, welches innerhalb eines Monats nach Beendigung des Pachtverhältnisses gegen Zahlung von 67 % des zuletzt ermittelten Gleichgewichtspreises ausgeübt werden kann.

Der Erwerber erklärt sodann, dass er sein Übernahmerecht (nicht) ausübe.

Der Übernahmepreis beträgt nach dem zuletzt ermittelten Gleichgewichtspreis/nach der Vereinbarung der Parteien ... € und ist zusätzlich zum auf das verkaufte Grundstück entfallenden Kaufpreis bei dessen Fälligkeit zu entrichten.

Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass zur wirksamen Ausübung des Übernahmerechtes dessen rechtzeitige Ausübung und die rechtzeitige Zahlung des Entgelts der zuständigen Landesstelle nachzuweisen ist. Der Notar wird ermächtigt, der zuständigen Landesstelle eine beglaubigte Abschrift dieses Vertrages zu erteilen. Im Übrigen wird der Erwerber die erforderlichen Nachweise selbst beibringen.

Wird ein vor dem 1.4.2000 verpachtetes Grundstück vom Eigentümer an einen Dritten verkauft, so geht mit dem Grundstück auch das Rückübertragungsrecht für die flächengebundene Milchquote auf den Erwerber über. Macht der Pächter bei der Beendigung des Pachtvertrages sein Übertragungsrecht nach § 49 Abs. 1 MilchQuotV geltend, so steht dem Grundstückserwerber schließlich auch der Zahlungsanspruch gemäß § 49 Abs. 3 MilchQuotV zu, was ggf. in der Kaufpreisvereinbarung der Parteien zu berücksichtigen ist, da die Milchquote wirtschaftlich mitverkauft wird.

f) Schließlich ist eine freihändige Übertragung von Milchquoten noch bei der Einbringung eines milcherzeugenden Betriebes in eine Gesellschaft sowie im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters oder der Auflösung einer Gesellschaft gemäß §§ 23, 25 MilchQuotV möglich.

g) Gemäß § 27 Abs. 1 MilchQuotV muss der Übernehmer im Falle des freihändigen Erwerbs von Anlieferungsquoten bei der zuständigen Landesstelle eine Übertragungsbescheini-

gung beantragen. Der Notar sollte ihn auf diesen Umstand hinweisen, während es sich für ihn in den meisten Fällen nicht empfiehlt, dies als zusätzliche Betreuungstätigkeit zu übernehmen.

So kann der Notar in seiner Urkunde folgende Formulierung verwenden:

Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass der Erwerber bei der zuständigen Landesstelle eine Übertragungsbescheinigung unter Angabe seiner Betriebsnummer zu beantragen hat. Der Erwerber erklärte, dieses selbst vorzunehmen.

In Konstellationen, in denen die Wirksamkeit des freihändigen Erwerbs von Anlieferungsquoten zweifelhaft ist, sollte der Notar den Beteiligten anheimstellen, der zuständigen Übertragungsstelle vorab einen Vertragsentwurf zukommen zu lassen, um deren Rechtsansicht zu einer Übertragung der Anlieferungsquoten außerhalb der Milchbörsen einzuholen. Milchquotenübertragungsstelle für Bayern ist die Bayerische Landesanstalt für Landwirtschaft, Menzinger Straße 54 in 80638 München.

c. Zur Zukunft des Europäischen Milchmarktes

Im Zuge der Agrarreform 2003 haben sich die Agrarminister der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft trotz erheblicher Kritik darauf verständigt, das bisherige Quotensystem des gemeinschaftlichen Milchmarktes bis zum 31.3.2015 zu verlängern. Angesichts der Bestrebungen, die gesamte Agrarförderung in der Europäischen Gemeinschaft auf eine einheitliche Betriebsprämie unabhängig von der jeweiligen Produktion umzustellen und der erheblich gestiegenen Nachfrage an Milchprodukten in der jüngeren Vergangenheit erscheint eine darüber hinausgehende Verlängerung der Quotenregelung allerdings fraglich. Zumindest mittelfristig wird jedoch die Übertragung von Anlieferungsquoten für Milch in der notariellen Vertragsgestaltung noch ein zu beachtendes Thema bleiben.

Notarassessor *Oliver Gehse*, Würzburg

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2008:

Notar Dr. Alfons Maurer, Grafenau

Mit Wirkung vom 13.1.2009:

Notar Dr. Manfred Asam, München

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.5.2008:

Augsburg (in Sozietät mit Notar Tobias Feist)	dem Notarassessor Thomas Kristic (bisher in München Notarstellen Dr. Korte/Dr. Basty)
---	---

München (in Sozietät mit Notar Dr. Rolf Thiele)	dem Notar Dr. Wolfgang Drasch (bisher in Weilheim i. OB)
---	--

Mit Wirkung vom 1.6.2008:

Oettingen	der Notarassessorin Dr. Annette Pötting (bisher in Würzburg Notarstellen Prof. Dr. Limmer/ Dr. Friederich)
-----------	---

Mit Wirkung vom 1.7.2008:

Dorfen	der Notarassessorin Birgit Stahl (bisher in Fürstenfeldbruck Notarstellen Schüßler/Dr. Fronhöfer)
--------	---

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Hans-Dieter Kutter)	dem Notar Dr. Werner Sommerhäuser (bisher in Erlangen)
---	--

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Werner Sommerhäuser)	dem Notar Dr. Hans-Dieter Kutter (bisher in Schweinfurt)
---	--

Mit Wirkung vom 1.8.2008:

München (in Sozietät mit Notar Walter Zöllner)	dem Notar Ferdinand Huwendiek (bisher in Aichach)
--	---

Landshut (in Sozietät mit Notar Peter Suttner)	dem Notar Michael Trautner (bisher in Eschenbach i. d. OPf.)
--	--

3. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Axel Adrian, Nürnberg, wurde mit Wirkung vom 23.1.2008 promoviert

Notarassessor Damian Najdecki, München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth), wurde mit Wirkung vom 20.5.2008 promoviert

Notar Dr. Manfred Schmied, München, seit 1.5.2008 in Bürogemeinschaft mit Notar Dieter Ellert

Notarassessor Dr. Ralf Menzel, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle), ab 1.3.2008 in München (Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke)

Notarassessor Sven Schünemann, München (Notarstelle Dr. Krauß), ab 26.5.2008 in München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöllner)

Notarassessorin Andrea Issad, Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil), ab 1.6.2008 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl)

Notarassessor Peter Kreiling, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle), ist auf eigenen Wunsch zum 1.5.2008 ausgeschieden

Amtsrat i. N. Peter Wagner, München (Prüfungsabteilung der Notarkasse), ab 1.7.2008 in Augsburg (Notarstellen Albrecht/Portenhauser)

Amtfrau i. N. Cornelia Glockner, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstellen Dr. Lindner/Dr. Reindl), ab 1.7.2008 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Sommerhäuser)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.4.2008:

Elisabeth Lommer, Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber)

Mit Wirkung vom 1.5.2008:

Dr. Susanne Schneider, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp)

Mit Wirkung vom 1.8.2008:

Sonja Pelikan (Notarstellen Dr. von Daumiller/Dr. Rieger Sonderurlaub)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Notariatsrat i. N. Herbert Schalli, Nürnberg (Notarstellen Dr. Budnick/Pöllmann-Budnick), ab 1.5.2008 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Werner Vachenauser, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Fronhöfer), ab 1.10.2008 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Wolfgang Klingenberger, Klingenberg a. Main (Notarstelle Baumeister), ab 1.11.2008 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Günzburg, Notarstellen Wachter/Dr. Braun,
E-Mail: info@notare-guenzburg.de

Miltenberg, Notarstellen Dr. Gutheil/Schwarzmann,
E-Mail: notare.miltenberg@notarnet.de

Mindelheim, Notarstelle Franzmann,
Bahnhofstraße 10, 87719 Mindelheim

München, Notarstelle Ellert,
E-Mail: info@notarleo11amuc.de

München, Notarstelle Dr. Schmied
(in Bürogemeinschaft mit Notar Ellert),
Leopoldstraße 11a, 80802 München

Wolfratshausen, Notarstellen Huber/Grauel,
Sauerlacher Straße 7–9, 82515 Wolfratshausen
Telefax: 08171 419525
E-Mail: info@notare-huber-grauel.de

Fortbildungsseminare für die fachkundigen Beschäftigten der Notarkasse**Termine für 2009**

Die Notarkasse gibt die Seminartermine für 2009 wie folgt bekannt:

1. Pflichtseminare

Montag, 16.2.2009 – Mittwoch, 18.2.2009,
Donnerstag, 19.2.2009 – Samstag, 21.2.2009,

Montag, 29.6.2009 – Mittwoch, 1.7.2009,
Donnerstag, 2.7.2009 – Samstag, 4.7.2009,

Montag, 2.11.2009 – Mittwoch, 4.11.2009,
Donnerstag, 5.11.2009 – Samstag, 7.11.2009.

Die Anreise erfolgt am Sonntag bzw. am Mittwoch jeweils bis 18 Uhr, die Abreise am letzten Seminartag gegen 12 Uhr.

Anmelden können sich ab sofort alle fachkundigen Kassenbeschäftigten, die an den bisherigen Seminaren nicht teilnehmen konnten. Berücksichtigt werden Anmeldungen nach der Reihenfolge des Eingangs bei der Notarkasse.

Für neu übernommene fachkundige Kassenbeschäftigte gilt wie bisher eine Wartezeit von zwei Jahren.

Zur Teilnahmepflicht, zum Ablauf, zu den Seminarinhalten und zu den Referenten sowie zum Anmeldeverfahren wird auf das Rundschreiben samt Merkblatt Nr. 11 b vom 5.10.2007 hingewiesen.

Die Anmeldung ist mit der/dem Beschäftigungsnotarin/ Beschäftigungsnotar abzustimmen.

Themen:

- WEG aktuell,
- Erbrecht aktuell,
- Eintragungen in Abt. II des Grundbuchs,
- Steuergünstige Vertragsgestaltung,
- Kostenrecht.

2. Zusatzseminare

Freitag, 20.3.2009 – Samstag, 21.3.2009,
und
Freitag, 26.6.2009 – Samstag, 27.6.2009.

Thema:

Neues GmbH-Recht (MoMiG) und Registeranmeldungen unter Berücksichtigung der XML-Strukturdaten einschließlich Kostenrecht.

Die Anreise erfolgt jeweils am Donnerstag bis 18 Uhr, die Abreise am Samstag ca. 13 Uhr. Auf eigenen Wunsch kann die Anreise auch am Tag des Seminarbeginns bis spätestens 9 Uhr oder eine tägliche Anreise erfolgen.

Anmelden können sich ab sofort alle fachkundigen Kassenbeschäftigten, die an dem Seminar noch nicht teilgenommen haben. Berücksichtigt werden Anmeldungen nach der Reihenfolge des Eingangs bei der Notarkasse.

Für neu übernommene fachkundige Kassenbeschäftigte besteht bei diesem freiwilligen Seminar keine Wartezeit.

Die Anmeldung ist mit der/dem Beschäftigungsnotarin/ Beschäftigungsnotar abzustimmen. Die Teilnahme ist freiwillig.

3. Anmeldung

Anmeldungen zur Teilnahme an einem Pflichtseminar oder an einem freiwilligen Seminar sind schriftlich, per Telefax (089 55166-163) oder E-Mail (Werner.Tiedtke@Notarkasse.de) an die Notarkasse zu richten.

4. Veranstaltungsort

Die Veranstaltungen finden wie bisher im Hotel Aurachhof, Fischbachau, statt.

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Markus Vierling

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet: www.universalmedien.de/Notarkammer

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. Personengesellschaften, Gesellschafts- und Steuerrecht
(Spiegelberger, Wälzholz)
25.–26.7.2008 in Fischbachau
2. Die Gestaltung von Eheverträgen
(Reetz)
30.8.2008 in Kassel
6.9.2008 in Kiel
3. Intensivkurs Kostenrecht
(Schmidt, Tiedtke)
5.–6.9.2008 in Bochum
4. 6. Jahresarbeitsstagung des Notariats
18.–20.9.2008 in Würzburg

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. Bergschneider (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Familienrecht. 2., überarb. Aufl., Beck, 2008. 909 S., 98 € + CD-ROM
2. Bürgers/Körper: Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz. C. F. Müller, 2008. 2 057 S., 158 €
3. Ermann/Westermann: BGB. 12. Aufl., O. Schmidt, 2008. 2 Bände, 6 522 S., 348 €
4. Hintzen: Pfändung und Vollstreckung im Grundbuch. 3. Aufl., ZAP, 2008. 171 S., 34 €
5. Hüffer: Aktiengesetz. 8. Aufl., Beck, 2008. 1 975 S., 118 €
6. Knott/Mielke: Unternehmenskauf. 3. Aufl., RWS, 2008. 544 S., 89 €
7. Krüger/Hertel: Der Grundstückskauf. 9. Aufl., RWS, 2008. 428 S., 58 €
8. Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1. 3. Aufl., Beck, 2008. 2 020 S., 245 €
9. Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2. 3. Aufl., Beck, 2008. 1 464 S., 198 €
10. Seibt (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions. Beck, 2008. 1 499 S., 128 € + CD-ROM
11. Schöner/Stöber: Grundbuchrecht. 14. Aufl., Beck, 2008. 1 645 S., 125 €
12. Zimmermann: Die Testamentsvollstreckung. 3., überarb. Aufl., ESV, 2008. 608 S., 98 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F