

5 MittBayNot

Begründet 1864

Sept./Okt. 2002

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Notar in Passau

Schriftleiterin:

Dr. Helene Förtig
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

www.notare.bayern.de



aktualisierte
Muster für
Schlichtungs-
verfahren

Abhandlungen

Rieger, Neue Regeln für die Beurkundung
von Verbraucherverträgen 325

Volmer, Die Neuordnung des verbundenen
Immobiliengeschäfts 336

Schillig, Gläubigeranfechtung gegen den Rechts-
nachfolger – Voraussetzungen und Rechtsfolgen
aus notarieller Sicht 347

Spiegelberger, Die Übertragung und Zurück-
behaltung von Einzelwirtschaftsgütern 356

Kurze Beiträge

Nachreiner, Die Beteiligung neuer Gesellschafter
an einer GmbH gegen Einlage unter dem Verkehrs-
wert als steuerpflichtige Schenkung 362

Krafka, Nachträgliche Korrekturmöglichkeiten
im Registerverfahren bei Gesellschaftsvertrags-
änderungen 365

Kirchner, Zur Erforderlichkeit eines Ergänzungs-
pflegers bei (Mit-)Testamentsvollstreckung durch
den gesetzlichen Vertreter des Erben 368

Rechtsprechung

Nachfristsetzung durch Zessionar nach Sicherungs-
abtretung des Anspruchs
(BGH, Urteil vom 17.1.2002 – VII ZR 490/00 –) 384
mit Anmerkung *Wicke* 385

Bezeichnung des Vertragsgegenstandes
im Kaufvertrag
(BGH, Urteil vom 19.4.2002 – V ZR 90/01 –) 390
mit Anmerkung *Kanzleiter* 393

Eintragung eines Sondernutzungsrechts an
mit Dienstbarkeit belasteter Fläche (BayObLG,
Beschluss vom 9.4.2002 – 2Z BR 30/02 –) 397
mit Anmerkung *Röll* 398

Inhaltsübersicht

	Seite
Abhandlungen	
<i>Rieger</i> , Neue Regeln für die Beurkundung von Verbraucherverträgen	325
<i>Volmer</i> , Die Neuordnung des verbundenen Immobiliengeschäfts	336
<i>Schillig</i> , Gläubigeranfechtung gegen den Rechtsnachfolger – Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus notarieller Sicht	347
<i>Spiegelberger</i> , Die Übertragung und Zurückbehaltung von Einzelwirtschaftsgütern – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 11.12.2001 – VIII R 58/98 –	356
Kurze Beiträge	
<i>Nachreiner</i> , Die Beteiligung neuer Gesellschafter an einer GmbH gegen Einlage unter dem Verkehrswert als steuerpflichtige Schenkung – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 20.12.2000 – II R 42/99 –	362
<i>Krafka</i> , Nachträgliche Korrekturmöglichkeiten im Registerverfahren bei Gesellschaftsvertragsänderungen – Zugleich Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 20.12.2001 – 15 W 378/01 –	365
<i>Kirchner</i> , Zur Erforderlichkeit eines Ergänzungspflegers bei (Mit-)Testamentsvollstreckung durch den gesetzlichen Vertreter des Erben – Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Nürnberg vom 29.6.2001 – 11 UF 1441/01 –	368
Buchbesprechungen	
Langenfeld, Testamentsgestaltung (<i>Walter</i>)	371
Schumann, Erbvertragsrecht (<i>Kornxl</i>)	371
Meincke, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (<i>Wachter</i>)	373
Schlieffen/Wegmann (Hrsg.), Mediation in der notariellen Praxis; Haft/Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation; Heussen (Hrsg.), Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement (<i>Schwarzmann</i>)	375
Müller/Hense (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der GmbH (<i>Maniak</i>)	377
Müller/Hofmann (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften (<i>Maniak</i>)	378
Veltins, Der Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft (<i>Giehl</i>)	378
Burandt (Hrsg.), Beck'sches Mandatshandbuch Erbrechtliche Unternehmensnachfolge (<i>Behmer</i>)	379
Jacobs, Unternehmensbesteuerung und Rechtsform (<i>Weigl</i>)	381
Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, Kostenordnung (<i>J. Mayer</i>)	381
Waldner, Die Kostenordnung für Anfänger (<i>Wagner</i>)	383
Rechtsprechung	
Bürgerliches Recht	
<i>Allgemeines</i>	
1. Nachfristsetzung durch Zessionar nach Sicherungsabtretung des Anspruchs (BGH, Urteil vom 17.1.2002 – VII ZR 490/00 –)	384
mit Anmerkung <i>Wicke</i>	385

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
2. Sittenwidrigkeit der Ehegatten-Bürgschaft I (BGH, Urteil vom 14.5.2002 – XI ZR 81/01 –)	387
3. Sittenwidrigkeit der Ehegatten-Bürgschaft II (BGH, Urteil vom 14.5.2002 – XI ZR 50/01 –)	389
4. Geltung der Grundsätze zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaften Angehöriger für Kommanditisten (<i>nur Leitsatz</i>) (BGH, Urteil vom 28. Mai 2002 – XI ZR 199/01 –)	389
5. Geltung der Grundsätze zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaften Angehöriger für Sicherungsgrundschulden (BGH, Urteil vom 19.6.2002 – IV ZR 168/01 –)	390
 <i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
6. Bezeichnung des Vertragsgegenstandes im Kaufvertrag (BGH, Urteil vom 19.4.2002 – V ZR 90/01 –) mit Anmerkung <i>Kanzleiter</i>	390 393
7. Vormerkungsfähigkeit eines Rückübertragungsanspruchs bei grobem Undank (BGH, Beschluss vom 13.6.2002 – V ZB 30/01 –)	393
8. Vormerkungsfähigkeit eines Rückübertragungsanspruchs wegen Unterlassung güterrechtlicher Vereinbarungen (BayObLG, Beschluss vom 1.8.2002 – 2Z BR 72/01 –)	396
9. Löschung der Rückübertragungsvormerkung bei Tod des Berechtigten (LG München II, Beschluss vom 7.2.2002 – 6 T 5771/02 –)	397
10. Eintragung eines Sondernutzungsrechts an mit Dienstbarkeit belasteter Fläche (BayObLG, Beschluss vom 9.4.2002 – 2Z BR 30/02 –) mit Anmerkung <i>Röll</i>	397 398
11. Unschädlichkeitszeugnis bei unwesentlichen Änderungen der Teilungserklärung (Hanseatisches OLG, Beschluss vom 26.3.2002 – 2 Wx 78-102/00 –)	399
12. Zulässiger Inhalt einer Austragshaus-Dienstbarkeit (LG München II, Beschluss vom 18.6.2002 – 6 T 2621/02 –)	400
 <i>Familienrecht</i>	
13. Pflicht des Ehegatten zur Zustimmung zur gemeinsamen Steuerveranlagung (BGH, Urteil vom 12.6.2002 – XII ZR 288/00 –)	402
14. Ergänzungspflegschaft bei (Mit-)Testamentsvollstreckung durch gesetzlichen Vertreter (OLG Nürnberg, Beschluss vom 29.6.2001 – 11 UF 1441/01 –)	403
15. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Schenkung mit Widerrufsvorbehalt (LG München I, Beschluss vom 11.2.2002 – 13 T 2232/02 –)	404
 <i>Erbrecht</i>	
16. Nacherbschaft zwischen Gesamthändern (BayObLG, Beschluss vom 23.5.2002 – 2Z BR 37/02 –)	405
17. Testament eines sprech- und schreibunfähigen Erblassers (<i>nur Leitsatz</i>) (OLG Hamm, Beschluss vom 26.2.2002 – 15 W 385/01 –)	406

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
18. Löschung des Testamentsvollstreckervermerks nach Nachlassauseinandersetzung (<i>nur Leitsatz</i>) (OLG Hamm, Beschluss vom 31.5.2002 – 15 W 74/02 –)	406
Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
19. Generalvollmacht durch GmbH-Geschäftsführer (BGH, Urteil vom 18.8.2002 – III ZR 124/01 –)	406
20. Mängelbehebung im Registerverfahren (OLG Hamm, Beschluss vom 20.12.2001 – 15 W 378/01 –)	408
21. Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 112 AktG (OLG Celle, Beschluss vom 25.2.2002 – 4 U 176/01 –)	410
Beurkundungs- und Notarrecht	
22. Verhältnis von Umschreibungssperre und materiell-rechtlich unzulässiger Vorleistungspflicht (LG Bonn, Beschluss vom 14.2.2002 – 4 T 801/01 –)	411
Kostenrecht	
23. Verjährung der Kostenforderung bei unrichtiger Wertangabe (OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.3.2001 – 20 W 146/97 –)	412
Steuerrecht	
24. Buchwertfortführung bei Einbringung in Personengesellschaft (BFH, Urteil vom 11.12.2001 – VIII R 58/98 –)	412
25. Vorlage an das BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der erbschaftsteuerlichen Privilegierung von Betriebsvermögen, Grundbesitz, land- und forstwirtschaftlichem Vermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften (BFH, Beschluss vom 22.5.2002 – II R 61/99 –)	418
Hinweise für die Praxis	
1. Angabe der Steuernummer in einer Rechnung ab dem 1.7.2002 (§ 14 Abs. 1a UStG) (BMF-Schreiben vom 28.6.2002 (IV B 7 – S 7280 – 151/02))	427
2. Belehrung über Widerrufsrecht (BGB-Informationspflichtenverordnung vom 5.8.2002 (BGBI I 2002. S. 3002 ff.))	428
Standesnachrichten	430
Sonstiges	III
Veranstaltungen	III

5 | **MittBayNot** Begründet 1864

Sept./Okt. 2002 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleiterin: Notarassessorin Dr. Helene Förtig
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

ABHANDLUNGEN

Neue Regeln für die Beurkundung von Verbraucherverträgen

Von Notar *Dr. Gregor Rieger*, Prien

Das Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten (OLG-Vertretungsänderungsgesetz – OLGVertÄndG)¹ hat – anders als sein Titel vermuten lässt – erhebliche Auswirkungen auf die praktische Tätigkeit der Notare. Wie schon manches Gesetzgebungsvorhaben zum Ende einer Legislaturperiode gewann es im Laufe des Verfahrens den Charakter eines Omnibus-Gesetzes:² „Da es sich nach Vorlage des Regierungsentwurfes² bereits im formellen Gesetzgebungsverfahren befand, bot es sich als Vehikel für allerlei Regelungsvorhaben an, die noch in der zu Ende gehenden Legislaturperiode bis zur Verabschiedung vorangetrieben werden sollten oder mussten.“

Spätestens die Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages³ ließen offensichtlich werden, dass das Gesetz einen weit über seinen Titel hinausgehenden Regelungsgehalt haben würde. Neben umfassenden Neuregelungen für den Immobilienkredit an Verbraucher im Gefolge der Heininger-Entscheidung des EuGH⁴ hatte sich der Bundestag insbesondere der Konkretisierung der notariellen Pflichten bei der Gestaltung des Beurkundungsverfahrens bei Verbraucherverträgen zugewandt.⁵ Letztere werden in der folgenden Abhandlung erläutert.

I. Inhalt der Neuregelung

Seit der Verkündung des Gesetzes am 31.7.2002 und seinem In-Kraft-Treten am folgenden Tag ist § 17 Abs. 2a BeurkG um zwei Sätze ergänzt, so dass er nun lautet:

Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist. Bei Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass

1. *die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden und*
2. *der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. Bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 des BGB unterliegen, geschieht dies im Regelfall dadurch,*

dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird.

Weitere Amtspflichten des Notars bleiben unberührt.“

Die Entstehungsgeschichte der Neuregelung ist andernorts dargestellt worden⁶, so dass hier nur kurz auf die gegensätzlichen Antriebskräfte in der politischen Diskussion hingewiesen werden soll: Auf der einen Seite stand der Gesetzgeber unter bemerkenswertem Handlungsdruck, irgend etwas gegen die Schädigung von Kapitalanlegern zu unternehmen, die seriöse Vertriebs-, aber auch Beurkundungspraktiken besonders beim Verkauf von Immobilienobjekten in den neuen Bundesländern als steuerlich geförderte Kapitalanlagen mit verursacht hatten. Auf der anderen Seite wuchs im Verlauf des Verfahrens die Kritik von Seiten der parlamentarischen Opposition⁷ und der Verbände betroffener Wirtschaftskreise und Berufsgruppen⁸ an der doch überstürzten Vorgehensweise, mit der ohne gründliche Prüfung der praktischen Konsequenzen weitreichende Regelungen im materiellen Kreditvertrags- und Beurkundungsverfahrensrecht in Angriff genommen wurden.

¹ BGBl. I 2002, S. 2850 ff.

² BT-Drucks. 14/8763 vom 11.4.2002.

³ BT-Drucks. 14/9266.

⁴ MittBayNot 2002, 276.

⁵ Daneben sind die Neuregelung der Vorschriften zur Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen (§ 2232 ff. BGB, §§ 22, 24 und 31 BeurkG) und die Einführung der Rücknahme von Erbverträgen aus der gerichtlichen oder notariellen Verwahrung mit Aufhebungswirkung (§ 2100 Abs. 2 BGB) zu nennen.

⁶ *Schmucker*, DNotZ 2002, 510 ff.

⁷ Vgl. BT-Drucks. 14/9266, S. 30.

⁸ Für das Notariat zusammengefasst in der Bemerkung des Präsidenten der Bundesnotarkammer auf dem 26. Deutschen Notartag, die Verbände des Notariats hätten angesichts der geplanten Änderungen gerne ebenfalls eine Überlegungsfrist von 14 Tagen in Anspruch genommen.

Dennoch wurde die vom Rechtsausschuss des Bundestages vorgeschlagene Fassung zunächst Inhalt eines Gesetzesbeschlusses des Deutschen Bundestages⁹. Aus unterschiedlichsten Gründen, unter denen die Einwände des Kreditgewerbes gegen die Neuordnung des Rechts der Immobiliendarlehen ein größeres Gewicht gehabt haben dürften als die Einwände des Notariats gegen Änderungen des Beurkundungsverfahrens, rief der Bundesrat jedoch den Vermittlungsausschuss von Bundesrat und Bundestag an und brachte konkrete Änderungsvorschläge vor¹⁰. Im Vermittlungsverfahren wurde dann hinsichtlich des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG ein nun Gesetz gewordener Kompromiss gefunden.¹¹

II. Motive der Neuregelung

Schon bisher trafen den Notar Amtspflichten bei der Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens, die es ihm im Lichte der Formzwecke des materiellen Rechts verwehrten, alle Gestaltungsmöglichkeiten des materiellen Rechts auszuschöpfen. Dies schränkte insbesondere das Auftreten von vollmachtlosen oder bevollmächtigten Vertretern und die Aufspaltung des Vertragsschlusses durch die getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme ein. Spätestens mit Einfügung des § 17 Abs. 2a BeurkG im Zuge der Berufsrechtsnovelle von 1998 brachte auch der Gesetzestext die Verantwortung des Notars zum Ausdruck¹². Einen gewissen Anhalt für die konkreten Verhaltenspflichten des Notars gaben – leider in unterschiedlichem Umfang – die Richtlinien der Notarkammern über das nach § 14 Abs. 3 BNotO zu beachtende Verhalten. Die Unterschiede der insoweit zum Verbot amtswidrigen Verhaltens und zur Vermeidung des Anscheins der Abhängigkeit oder Parteilichkeit ergangenen Richtlinien förderten leider auch das Missverständnis, es gäbe im Rahmen des bundeseinheitlich geltenden und auszulegenden § 17 BeurkG regional unterschiedliche, notarkammerspezifische Anforderungen.

Angesichts der Praktiken beim Vertrieb von Immobilienobjekten für Kapitalanleger in den neuen Bundesländern schien dies dem Gesetzgeber offensichtlich nicht mehr ausreichend. Soweit die freiwillige oder unfreiwillige Mitwirkung von Notaren betrachtet wird, zeichneten sich die problematischeren Vertriebsmethoden dadurch aus, dass Beurkundungstermine mit dem Notar auf Vorrat vereinbart wurden, d.h. bevor der Kapitalanleger und Vertragspartner überhaupt gewonnen war. Die Ansprache des Anlegers erfolgte für diesen häufig überraschend und unter Vorspiegelung eines kurzfristigen Entscheidungsdrucks (nur noch heute). Aufgrund der einseitig durch den Unternehmer im Voraus – im Extremfall für die Abendstunden desselben Tages – bereits vereinbarten Beurkundungstermine war es also möglich, innerhalb eines Tages den Verbraucher anzusprechen, für den Kauf einer Immobilie zu interessieren und durch Vertragsabschluss zu binden. So gelang es, die Überprüfung der Kaufentscheidung nach Ab-

klingen anfänglicher Euphorie (genährt durch das Versprechen der sich angeblich durch Mieteinnahmen und Steuervorteile selbst bezahlenden Immobilie) bzw. durch objektive Berater zu vermeiden. Dass unter diesen Umständen die Erwerber die notarielle Beurkundung nicht als Instrument des Verbraucherschutzes nutzen und empfinden konnten, versteht sich nahezu von selbst: Weder waren sie darauf vorbereitet, durch konkrete Fragen das Beratungspotenzial des Notars zu nutzen, noch sich darüber im Klaren, dass die notarielle Richtigkeitsgewähr sich nicht auf die wirtschaftliche und insbesondere steuerrechtliche Schlüssigkeit des Immobilienprojekts erstreckt. Mitunter waren die entsprechenden Modelle so konzipiert, dass der beurkundete Vertrag nicht Kauf- und Darlehensverträge selbst, sondern vielmehr die Begründung eines Treuhandverhältnisses mit einer Person beinhaltete, die eher dem Lager der Vertriebsgesellschaft zuzurechnen war. Diese sollte aufgrund mitbeurkundeter Vollmachten die eigentlichen Erwerbs- und Darlehensverträge erst schließen. Damit war der Erwerber auch nach notarieller Beurkundung weit entfernt davon, die Konsequenzen seiner Vertragsbindung abschätzen zu können. Wesentliche Funktionen der Beurkundung wurden so verfehlt. Überdies stellten einige Vertriebspezialisten offensichtlich die Aufgaben des Notars verzerrt dar, indem sie ihre Immobilienprojekte als insgesamt notargeprüft anpriesen und damit den Vertrauensvorschuss, der dem Notar entgegengebracht wird, für Bereiche in Anspruch nahmen, in denen der Notar in der Regel nicht tätig ist.

Deutlich auszusprechen ist, dass sich nur eine kleine Anzahl von Notaren bewusst an derartigen Vertriebsmethoden beteiligte. Auf der anderen Seite lag nach den Maßstäben von Immobiliengeschäften geradezu eine Massenproduktion vor. Daher war die Zahl derartiger Beurkundungen zumindest im Bereich der Immobiliengeschäfte für Kapitalanleger hoch genug, um das Vertrauen in das Notariat als Institution – und damit eine seiner Existenzgrundlagen – zu beeinträchtigen.

Auch wenn insbesondere die starre Zweiwochenfrist bei Grundstücksgeschäften sich in ihrem Anwendungsbereich zum Teil als über die Maßen hemmend erweisen dürfte, wird vor diesem Hintergrund die auf dem 26. Deutschen Notartag geäußerte These des zuständigen Referenten für Verbraucherschutzrecht im Bundesministerium der Justiz verständlich, dass die Neuregelung die Rolle der notariellen Beurkundung stärken solle. Kaum bestreitbar wird sie den neben der Beweissicherung und der Klarstellung des gewollten Geschäftsinhalts typischen Zweck einiger materiell-rechtlicher Formvorschriften, nämlich den Übereilungsschutz, stärken können. Die Frist soll außer einem Abkühlungseffekt, in dem die Wirkung psychologisch geschickter, aber in der Sache löchriger Verkaufsargumente abklingen kann, nach Ansicht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages¹³ zweierlei Nutzen haben:

Sie soll die Effizienz der *rechtlichen* Betreuung durch den Notar verbessern, indem dem Verbraucher ausreichend Zeit verbleibt, sich anhand des beabsichtigten Textes des Vertrages über seinen Aufklärungsbedarf klar zu werden und durch gezielte Fragen an den Notar dazu beizutragen, dass die rechtliche Belehrung in den für ihn relevanten Punkten erfolgt.

Zum anderen erstreckt sich die Zielsetzung auf die Beratung und Betreuung, die *nicht durch den Notar* gewährleistet wird: Der Verbraucher soll genug Zeit haben, sich z.B. einer steuerlichen Beratung zu versichern, welche die – oft genug abenteuerlichen – Modellrechnungen von Vertriebspezialisten

⁹ Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 7.6.2002, BR-Drucks. 503/02.

¹⁰ BT-Drucks. 14/9531.

¹¹ BT-Drucks. 14/9633.

¹² Allerdings war und ist die sprachliche Fassung des Absatz 2a (jetzt Satz 1) insoweit verunglückt, als sie streng genommen nur Pflichten gegenüber den an der Beurkundung Beteiligten i.S. des § 6 Abs. 2 BNotO und gerade nicht gegenüber den schutzbedürftigen Vertragsparteien im materiell-rechtlichen Sinne begründet, vgl. *Brambring*, DNotI-Report 1998, 184. Wäre das jetzige Gesetzgebungsverfahren nicht unter solch außerordentlichem Zeitdruck gestanden, hätte auch Gelegenheit zur Korrektur des Wortlautes des Satzes 1 bestanden.

¹³ BT-Drucks. 14/9266, S. 50 f.

überprüft. Darüber hinaus geht es auch um die Möglichkeit, die außerrechtlichen Aspekte eines Immobilienerwerbs zu eruieren, wie Lage und Art der angebotenen Objekte, den technischen Standard eines geplanten oder bestehenden Objektes, die Lage auf dem Mietmarkt in einer entfernten Stadt usw.

Die notarielle Verpflichtung, durch Einhaltung der Zweiwochenfrist die Chance des Verbrauchers zu wahren, praktisch alle denkbaren Grundlagen einer Kaufentscheidung auszuloten, verleiht der Neuregelung allerdings eine derzeit schwer einzuschätzende haftungsrechtliche Brisanz: Die durch diese Amtspflicht geschützten Interessen erstrecken sich weit über den Schutzbereich der klassischen Pflicht zur *rechtlichen* Belehrung hinaus – scheinbar nahezu ins Uferlose.¹⁴

III. Anwendungsbereich: Verbraucherverträge

Die neue Vorschrift regelt das Vorgehen des Notars bei Verbraucherverträgen: „Der Verbrauchervertrag ist in § 310 Abs. 3 BGB als Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher definiert. Die Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ sind wiederum in den §§ 13 und 14 Abs. 1 BGB näher bestimmt.

Nach § 14 Abs. 1 BGB ist Unternehmer, wer – gleich ob natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft i.S. des § 14 Abs. 2 BGB – in Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Dagegen ist die Verbraucherdefinition des § 13 BGB lediglich eine negative Fassung der Unternehmerdefinition des § 14 BGB, allerdings auf natürliche Personen beschränkt. Damit gibt es noch eine dritte Kategorie der Weder-Verbraucher-Noch-Unternehmer, die sich aus juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften zusammensetzt, die weder zu eigenen gewerblichen noch zu eigenen beruflichen Zwecken handeln. Hierher gehören z.B. Kommunen außerhalb ihrer gewerblichen Tätigkeitsbereiche¹⁵, Stiftungen oder Vereine.

1. Keine Geltung für Verträge ohne gewerblichen oder beruflichen Bezug

Damit verbleibt es bei den allgemeinen Vorgaben des § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG bei der Beurkundung von Verträgen, die ausschließlich unter „Verbrauchern“¹⁶ geschlossen werden. Der Wortlaut der vom Bundestag zunächst verabschiedeten Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses war in diesem Punkt reichlich unklar¹⁷. Die Begründung hierzu verließ der Auffassung Ausdruck, dass auch Verträge zwischen Verbrauchern einbezogen seien¹⁸. Dieser Ansicht trat der Bundesrat anlässlich der Anrufung des Vermittlungsausschusses nicht nur bei, sondern er wollte sie darüber hinaus eindeutig im Ge-

setzestext verankert sehen¹⁹. Sowohl der unklare Vorschlag des Rechtsausschusses als auch der eindeutige des Bundesrats sind aber nicht Gesetz geworden. Die Ablehnung der früheren Vorschläge im Vermittlungsverfahren zwischen Bundesrat und Bundestag zeigt, dass eine bewusste Entscheidung gegen die Anwendbarkeit des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG außerhalb des Verbrauchervertrags i.S. des § 310 Abs. 3 BGB getroffen wurde.

Zu den Verbrauchern zählen Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die aus natürlichen Personen bestehen und weder freiberuflich noch gewerblich ausgerichtet sind, also v.a. die vermögensverwaltenden Gesellschaften. Dies soll auch nach der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der BGB-Außengesellschaft gelten, die es immerhin erschwert, als Rechtsträger noch die Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als natürliche Personen anzusehen. Jedenfalls entschied sich der BGH²⁰ für die Anwendung des VerbrKrG zugunsten einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts²¹, die ein Darlehen in Höhe von 2,5 Mio. DM zur Finanzierung eines Bauvolumens von 9,5 Mio. DM aufgenommen hatte. Schließt eine derartige „Verbraucher“-GbR einen Vertrag mit einem klassischen Verbraucher, mag aber im Einzelfall die Übertragbarkeit der Wertungen und Vorgaben des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Letzteren zu prüfen sein.²²

2. Verträge mit juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Verträge zwischen natürlichen Personen, die ohne gewerblichen oder beruflichen Bezug handeln, und Rechtsträgern des öffentlichen Rechts sind in der notariellen Praxis nicht selten. Es besteht ein weites Spektrum von Konstellationen vom Erwerb von Flächen für Vorhaben, die unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe wie dem Straßenbau dienen, bis hin zum planmäßigen Verkauf von Grundstücken einer Kommune auf dem freien Markt.

Ob bei Beurkundung dieser Verträge die Vorgaben des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG unmittelbar gelten, hängt davon ab, inwieweit juristische Personen des öffentlichen Rechts als Unternehmer i.S. des § 14 BGB zu behandeln sind, d.h. ob die Tätigkeit der öffentlichen Hand im konkreten Einzelfall als gewerbliche Tätigkeit zu verstehen ist. Diese bereits im Zusammenhang mit § 24a AGBG²³ diskutierte Frage ist nicht abschließend entschieden. Nicht erfasst sein dürften Grundstücksgeschäfte, die wie z.B. ein Straßengrunderwerb unmittelbar einem öffentlichen Zweck dienen.²⁴ Die Literatur greift zur näheren Bestimmung des Gewerbebegriffs auf die im Handelsrecht übliche Definition zurück²⁵: Danach setzt, soweit hier von Interesse, gewerbliches Handeln eine erkennbare planmäßige, auf Dauer angelegte, selbstständige, auf Gewinn ausgerichtete oder jedenfalls wirtschaftliche Tätigkeit am Markt voraus.²⁶ Erfüllt ein Vertragspartner diese Voraus-

¹⁴ Sie ist damit nicht mit der bereits bekannten, zumeist auf § 14 BNotO gestützten Betreuungspflicht des Notars vergleichbar, die bei dem Beteiligten nicht erkennbaren *wirtschaftlichen* Gefahren eingreift.

¹⁵ Vgl. dazu unten 2.

¹⁶ Zu Recht weist *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 597 f., darauf hin, dass der Verbraucherbegriff außerhalb von Rechtsverhältnissen mit Unternehmern konturlos und überflüssig wird. Nach dem Wortlaut des § 13 BGB ist z.B. die Eingehung der Ehe als Handeln von Verbrauchern zu subsumieren, ohne dass daraus eine besondere Schutzbedürftigkeit oder ein sonstiger Erkenntnisgewinn folgte.

¹⁷ Insbesondere bei Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass ... BT-Drucks. 14/9266, S. 24.

¹⁸ BT-Drucks. 14/9266, S. 51.

¹⁹ Bei Verträgen, an denen zumindest ein Verbraucher beteiligt ist ... , BT-Drucks. 14/9531, S. 5.

²⁰ BGH, DNotZ 2002, 528 ff.

²¹ Im konkreten Fall bestehend aus vier Rechtsanwälten (mindestens einer davon zugleich Notar) und einem Bankbetriebswirt.

²² Z.B. wenn vorgenannte GbR aus ihrem Objekt eine noch zu errichtende Wohnung verkauft, ohne damit die Grenze zum gewerblichen Bauträger zu überschreiten.

²³ § 310 Abs. 3 BGB n.F.

²⁴ *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 599.

²⁵ MünchKomm/Micklitz, 4. A., § 14 BGB Rdnr. 11.

²⁶ Vgl. statt vieler *Baumbach/Hopt*, 30. Auflage, § 1 HGB, Rdnr. 12.

setzung, ist es für die Unternehmereigenschaft ohne Belang, ob er aufgrund der Beteiligungsverhältnisse einem öffentlichen Rechtsträger zuzurechnen ist.²⁷

Strittig und bedeutsam ist die Erforderlichkeit einer Gewinnerzielungsabsicht. Gegen Kritik in der Literatur hat die Rechtsprechung aufgrund dieses Kriteriums bisher öffentliche Unternehmen aus dem Gewerbebegriff ausgeschlossen.²⁸ Dort wo Gemeinden selbst handeln, könnte eine Rolle spielen, ob ihr Tätigwerden am Markt auf eine gewisse Dauer angelegt ist. Der gelegentliche Verkauf eines Gemeindegrundstücks, der der privaten Vermögensverwaltung vergleichbar ist, könnte bereits deshalb aus dem Bereich der Verbraucherverträge ausscheiden. Kritischer ist jedoch der serienmäßige Verkauf von Bauplatzgrundstücken aus einem neu erschlossenen Baugebiet, insbesondere der Bauplatzverkauf in Einheimischenmodellen;²⁹ also zu subventionierten Preisen an nach bestimmten Kriterien qualifizierte Erwerber zur Erreichung wohnungsbaupolitischer Ziele i.S. des § 11 Abs. 2 Nr. 2 BauGB, oder der Verkauf von Gewerbeflächen an Existenzgründer²⁹. Sehr zweifelhaft ist, ob allein die Subvention des Erwerbers die Gewerblichkeit ausschließen kann.

Allerdings ist nicht einmal sicher, ob zur Auslegung des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG in allen Zweifelsfragen gleichsam mechanisch auf die für die Anwendung des § 24a AGBG a. F. entwickelten Grundsätze zurückzugreifen ist. Dort geht es um die Inhaltskontrolle bereits geschlossener Verträge, während hier das Verfahren beim Abschluss und damit die Entscheidungsbildung des Verbrauchers in Rede steht. Dennoch ist eine Verwandtschaft der jeweiligen Normzwecke insoweit nicht zu leugnen, als das Grundproblem jeweils in der Gefahr der Dominanz des Unternehmers bei der Festlegung von Vertragsbedingungen besteht.

Der Erwerber übernimmt beim typischen Kauf im Einheimischenmodell besondere Verpflichtungen wie z.B. zur Bebauung, zu einer bestimmten Nutzung, zur Unterlassung von Verfügungen und zur Ablösung von Erschließungsbeiträgen. Was rechtfertigt es, die Chance des Erwerbers zur persönlichen Interessenwahrnehmung und zur Auseinandersetzung mit den übernommenen Verpflichtungen für weniger wichtig zu halten als z.B. bei einem von § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG fraglos erfassten Bauplatzverkauf eines Verbrauchers an einen Unternehmer? Vor diesem Hintergrund könnte die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG an Bedeutung verlieren. Selbst wenn diese Verträge nicht dem neuen Satz 2 unterfallen sollten, weil eine Kommune möglicherweise nicht als Unternehmer gilt, bleibt es bei den allgemeinen Verpflichtungen nach § 17 Abs. 2a Satz 1 BeurkG. Bei deren näherer Bestimmung in Fällen, in denen ein Vertragspartner – ohne Unternehmer zu sein – komplexe Bedingungen einseitig vorgibt, ist eine Ausstrahlungswirkung der für derartige Konstellationen geschaffenen Vorgaben des Satz 2 nicht auszuschließen³⁰. Allerdings wäre kaum zu befürchten, dass daraus gegenüber den bisherigen Verfahrens-

weisen im Ergebnis gravierende praktische Probleme entstehen würden: Schon die Auswahlverfahren für die Qualifikation zum Bauplatzerwerb im Einheimischenmodell gewährleistet letztlich, dass sich der Verbraucher mit den besonderen Vertragsbedingungen weit mehr als 14 Tage vor der Beurkundung auseinandersetzt. Auch das Auftreten von Vertretern spielt in diesem Zusammenhang jedenfalls bei Abschluss des Kaufvertrags³¹ keine bedeutende Rolle.

Anders als bei der AGB-Kontrolle von Verträgen in Einheimischenmodellen besteht hier nicht die Gefahr, dass die zivilrechtlichen Vorgaben die Besonderheiten des durch öffentlich-rechtliche Zwecksetzungen bestimmten Handelns der Gemeinden überlagern. Ergebnis der Anwendung oder zumindest der Anlehnung an die Vorgaben des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG ist nicht die nachträgliche Korrektur von Vertragsinhalten und damit die Gefährdung der öffentlich-rechtlichen Zwecksetzung, sondern lediglich die bewusste Auseinandersetzung des Erwerbers mit seiner vertraglichen Bindung an diese Zwecksetzung. Dieser letztlich streitvermeidende Aspekt hat im öffentlichen Recht keine mindere Berechtigung als im Zivilrecht.

3. Keine Geltung für Verträge ohne Verbraucherbeteiligung

§ 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG beansprucht ferner keine unmittelbare Geltung bei Verträgen ohne Beteiligung eines Verbrauchers i.S. des § 13 BGB. Dabei handelt es zunächst um Vertragsschlüsse zwischen Unternehmern i.S. des § 14 Abs. 1 BGB, die beide in Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handeln. Ist auf einer oder beiden Seiten zwar kein Unternehmer, aber statt dessen eine Partei beteiligt, die weder der Unternehmer- noch der Verbraucherkategorie des BGB zugehört, ist die Regelung ebenfalls nicht unmittelbar heranzuziehen.

IV. „Hinwirken“ ohne Wirkung?

§ 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG verpflichtet den Notar, auf die Abgabe von Erklärungen nur durch bestimmte Personen (Nr. 1) und eine ausreichende Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit dem Gegenstand der Beurkundung (Nr. 2) hinzuwirken.“ Diese Wortwahl hat Kritik erfahren³², weil sie Umfang und Inhalt der dem Notar auferlegten Pflicht reichlich unklar lässt. Was soll der Notar z.B. tun, wenn ein Verbraucher beim Abschluss eines Verbrauchervertrages durch eine Person vertreten werden will, die in keiner Weise die Anforderungen an eine Vertrauensperson i.S. des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG erfüllt? Ist der Notar seiner gesetzlichen Pflicht gerecht geworden, wenn er nach mehr oder minder starken Unmutsbekundungen beurkundet oder ist er zur Verweigerung der Beurkundung verpflichtet?

Einigkeit besteht wohl noch darin, dass sich eine Einschränkung notarieller Pflichten nicht aus einer Fassung als Sollvorschrift im Beurkundungsgesetz entnehmen lässt, da auch Sollvorschriften des Beurkundungsgesetzes unbedingte Amtspflichten des Notars begründen. Lediglich die Wirksamkeit der Beurkundung und damit im Falle der Formbedürftigkeit die Wirksamkeit der Willenserklärung ist nicht von der Beachtung der Sollvorschrift abhängig.³³ Dies gilt auch im Falle des § 17 Abs. 2a BeurkG.

²⁷ Dies folgt nicht zuletzt aus Art. 2 Buchstabe C der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, der ausdrücklich auch die Tätigkeit im öffentlich-rechtlichen Bereich erfasst, vgl. MünchKomm/Basedow, 4. Auflage, § 24a AGBG Rdnr. 25.

²⁸ BGHZ 53, 222, 224; dagegen Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 14 BGB, Rdnr. 2; MünchKomm/Basedow a.a.O.

²⁹ Existenzgründer gelten nach h.M. bis zum Beginn ihrer gewerblichen Tätigkeit noch als Verbraucher i.S. des § 13 BGB. Vgl. Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 13 BGB, Rdnr. 3, diff. MünchKomm/Micklitz, 4. Auflage, § 13 Rdnr. 41.

³⁰ Grziwotz, ZfIR 2002, 667, 668: Leitbildfunktion.“

³¹ Zur Vertretung bei Messungsanerkennung und Auflassung vgl. unten V.2.

³² Brambring, ZfIR 2002, 597, 602.

³³ Vgl. Keidel/Winkler, 14. Auflage, BeurkG, Einl. Rdnr. 13.

Wenn andere Gesetze Hinwirkungspflichten schaffen, geht es dort um die Pflicht zur Einflussnahme auf Personen, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten. So hat der Richter nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO n.F.³⁴ dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären: „Wenn sie es nicht tun, muss der Richter sie ihrem selbstverschuldeten Schicksal überlassen und das Verfahren fortsetzen. Wird dieses Verständnis auf § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG übertragen, gelangt man schnell zur Interpretation, der Wortlaut hinwirken“stelle als bloße Hinweispflicht die Vertretung durch eine Vertrauensperson und die Überlegungsfrist zur Disposition der Parteien.³⁵ Allerdings pflegen Hinweispflichten im Beurkundungsgesetz – auch in § 17 – deutlich als solche bezeichnet und ggf. um Vermerkplichten ergänzt zu sein.³⁶ Jedenfalls würden sich danach die notariellen Pflichten in der versuchten Beeinflussung des Verbrauchers erschöpfen. Wo seine Überzeugungskräfte nicht genügen, wäre der Notar zur Beurkundung verpflichtet, – es bliebe aus aufsichtsbehördlicher und berufsrechtlicher Sicht nur sein guter Wille zu loben. Der Verbraucherschutz würde also den unseriösen Unternehmer nur vor die – kaum lösbare – Aufgabe stellen, einen als Verbraucherschützer nicht überzeugenden Notar zu finden.

Unübersehbar ist dieses Verständnis nur schwer mit dem Schutzcharakter der Vorschriften des Beurkundungsgesetzes allgemein vereinbar³⁷ und erst recht nicht mit dem Charakter speziell des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG als Verbraucherschutzvorschrift. Eine solche Auslegung erweckt zusätzlich Unbehagen, weil sie gerade in den problematischen Fällen eine Umgehung durch formelhafte Hinweise befürchten ließe, dass die Beteiligten trotz Hinweis des Notars auf ein durch § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG inkriminiertes Verfahren bestanden hätten. Damit wäre ein Rückschritt gegenüber den Richtlinien der Notarkammern festzustellen, die dort, wo sie eingreifen, anerkanntermaßen nicht zur Disposition der Betroffenen stehen.³⁸

Entscheidender als Missbrauchsgefahren ist jedoch der vom Gesetzgeber artikulierte Zweck der Norm als Mittel gegen die Überrumpelung von Verbrauchern, wie sie sich in der Vergangenheit trotz notarieller Beurkundung als durchführbar erwiesen hat³⁹. Insbesondere die intendierte Anlehnung der Regelfrist zwischen Textübersendung und Beurkundung an die Widerrufsfrist des § 355 Abs. 2 BGB⁴⁰ ist bemerkenswert. Sie verdeutlicht, dass eine der notariellen Beurkundung vorgelagerte Überlegungs- und Entscheidungsfrist geschaffen werden sollte. Dient aber eine Norm dem Schutz vor voreiligen oder falschen Entscheidungen über einen Vertragsschluss, wäre es sinnwidrig, wenn der Geschützte über ihre Anwendbarkeit entscheiden könnte. Denn diese Entscheidung wäre genauso von Übereilung und Fehlerhaftigkeit bedroht wie die Entscheidung über den Vertragsschluss selbst. Gleiches gilt für die Vertretung durch Personen, die nicht in einem Vertrauensverhältnis zum Verbraucher stehen. Der Verbraucher soll auf Grundlage der Informationen, die ihm die notarielle Belehrung vermittelt, eine endgültige Vertragsentscheidung unter Berücksichtigung seiner subjektiven Interessen treffen. Bevor er diese Informationen erhalten hat, kann er nicht sinn-

voll darauf verzichten, dass die Informationen zu einer Person aus seiner Interessensphäre gelangen.

Daraus folgen berechtigte Bedenken gegen die systematische Stellung der Norm im Beurkundungs- und damit Verfahrensrecht, da sie zweifellos materiell-rechtliche Handlungsoptionen wie die Vertretung durch jedermann oder den jederzeitigen Vertragsschluss in Frage stellt. Allerdings ist aus der These von der dienenden Funktion des Verfahrensrechts nicht zu schließen, der Ausschluss von Handlungsoptionen des materiellen Rechts durch Normen des Beurkundungsgesetzes sei schlichtweg unmöglich⁴¹. Die vom Gesetzgeber gewünschte Parallele zwischen den materiell-rechtlichen Widerrufsfristen in § 355 Abs. 2 BGB und § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG lässt zudem einen durchaus gewollten materiell-rechtlichen Bezug der Neuregelung erkennen. Fraglich bleibt, ob dies außer zu dem Vorwurf, der Gesetzgeber habe die Norm in das falsche Gesetz platziert⁴², auch zu Interpretationen berechtigt, die das Erreichen des Gesetzeszwecks in Frage stellen. Zwar mag auch der Zweck des Gesetzes diskussionsbedürftig sein, das wie viele Normen des Verbraucherschutzrechts dem Verbraucher als Schutzobjekt (und eben nicht -subjekt) zum Teil die Entscheidungsmündigkeit abspricht und ihn daher sicherheitshalber der Entscheidungsfähigkeit beraubt. Doch hat diese Überlegung noch in keinem Fall dazu geführt, dass entsprechenden Normen die gerichtliche Anerkennung als geltendes Recht versagt wurde. Im Gegenteil scheint in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eher eine erweiternde Auslegung von Verbraucherschutznormen zu dominieren.

Der Normzweck und der systematische Zusammenhang mit anderen Regelungen des notariellen Berufsrechts und des Verbraucherrechts sind also mit der Annahme einer schwachen Hinweispflicht ohne Erfolgsverantwortung nicht vereinbar. Mehr spricht für eine Auslegung des Begriffs des „Hinwirkens“, die den Notar verpflichtet, sich effektiv für eine Einhaltung des vorgesehenen Verfahrens einzusetzen. Dies ist ihm nur möglich, wenn ihm dafür das Mittel der Verweigerung der Beurkundung zur Verfügung steht.

V. Vertretung von Verbrauchern (§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG)

In Zukunft hat der Notar beim Abschluss von Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher persönlich oder vertreten durch eine Vertrauensperson an der Beurkundung teilnimmt. Grund dafür ist die bereits beschriebene Praxis, sich unter Anwesenheit des Verbrauchers mit der Beurkundung weit gefasster Vollmachten zum Abschluss von Folgeverträgen für den Immobilienerwerb und dessen Finanzierung zu begnügen, so dass der konkrete Inhalt der übernommenen rechtlichen und wirtschaftlichen Verpflichtungen dem Verbraucher zunächst verborgen bleibt.

1. Die „Vertrauensperson“

Man kann diese Regelung als Ausdruck einer Tendenz zum höchstpersönlichen Verbrauchergeschäft ansehen, die sich bereits im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in der Neufassung des § 492 Abs. 4 BGB niedergeschlagen hat.

³⁴ Früher § 273 Abs. 1 a.F.

³⁵ *Litzenburger*, NotBZ 2002, 280 ff.

³⁶ Vgl. § 17 Abs. 2 u. 3, §§ 18 ff. BeurkG.

³⁷ *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 322.

³⁸ *Solveen*, a.a.O.

³⁹ Vgl. oben II. und *Schmucker* DNotZ 2002, 510, 513 f.

⁴⁰ BT-Drucks. 14/9266, S. 51.

⁴¹ Vgl. die faktische Testierunfähigkeit aufgrund des Zusammenspiels von § 2233 Abs. 3 BGB a.F. und § 31 BeurkG a.F. oder die Einschränkungen für die notarielle Verwahrung in §§ 54a ff. BeurkG, *Starke*, ZNotP 2002, Sonderheft zum 26. Deutschen Notartag, 8.

⁴² Zur ursprünglich angedachten Verortung einer Ermächtigungsnorm im EGBGB *Schmucker* DNotZ 2002, 510, 514.

Danach muss eine Vollmacht, die ein Verbraucher zum Abschluss eines Verbraucherkreditsvertrags erteilt, bereits die an sich erst bei Vertragsschluss notwendigen Informationen gemäß § 492 Abs. 1 BGB enthalten. Die in § 492 Abs. 4 BGB vorgesehene Ausnahme erkennt dabei die rechtliche Belehrung durch den Notar bei der Beurkundung als angemessenes Surrogat des Verbraucherschutzes durch Information an.⁴³ Es liegt in der Logik des Verbraucherschutzes durch rechtliche und wirtschaftliche Information, dass dieser – wenn überhaupt – nur wirken kann, wenn die Information den beteiligten Verbraucher selbst oder eine in seinem Interesse handelnde Person erreicht. Für das Beurkundungsverfahren wiederum ist auf dessen Verhandlungsfunktion zu verweisen, die jedenfalls bei der Beurkundung von Austauschverträgen nur ein Interessenvertreter des Vertretenen wahren kann.⁴⁴ Eine bloße Verpflichtung des Vertreters zur Neutralität wird dem Zweck des Gesetzes daher nicht gerecht, zumal gerade bei den Vertriebsmodellen, auf die der Gesetzgeber reagieren wollte, eine zumindest auf dem Papier stehende Neutralität oder gar Parteilichkeit zugunsten des Verbrauchers auch im Rahmen der problematischen Treuhandverhältnisse beim Vertrieb von Anlageimmobilien gegeben war, ohne dass Missstände ausblieben. Der Begriff der Vertrauensperson geht über solche formal leicht zu erfüllende Anforderungen hinaus.

Die in der Begründung des Rechtsausschusses enthaltene Erläuterung zur „Vertrauensperson“⁴⁵ ist allerdings wenig hilfreich. Sie führt lediglich aus, der Verbraucher solle sich nicht von einem geschäftsmäßigen Vertreter mit u.U. konkurrierenden Eigeninteressen vertreten lassen.“ Die Geschäftsmäßigkeit des Handelns des Vertreters ist jedoch mit Sicherheit weder positives noch negatives Kriterium für die Zulässigkeit der Vertretung, da beispielsweise der Rechtsanwalt des Verbrauchers bedenkenlos als Vertreter zuzulassen ist. Auch das Vorhandensein „u.U. konkurrierender Eigeninteressen“ ist kein geeignetes Entscheidungskriterium – nicht nur wegen seiner Unschärfe, sondern v.a. weil nach dem Normzweck des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG positive Wahrnehmung der Interessen des Vertretenen anstatt bloßer Neutralität gefordert ist⁴⁶.

Dies steht im Übrigen – vorbehaltlich der unten näher beschriebenen Ausnahme in den Fällen, in denen eine Interessenvertretung nicht mehr geboten ist – der Vertretung des Verbrauchers durch Angestellte des Notars entgegen, wenn diese tatsächlich rechtsgeschäftliche Erklärungen bei Verbraucherverträgen und nicht nur verfahrensrechtliche Erklärungen im Grundbuchverfahren abgeben sollen⁴⁷.

Der Notar kann nur die äußeren Merkmale dafür prüfen, ob ein Vertreter als Vertrauensperson anzusehen ist. Ist ihm aber objektiv erkennbar, dass die Anforderungen an eine Ver-

trauensperson durch den Vertreter nicht erfüllt werden, so hat er die Beurkundung zu verweigern, um den Pflichten aus § 17 Abs. 2a BeurkG gerecht zu werden. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn eine Person ohne erkennbaren Bezug zur Interessenssphäre des Vertretenen handeln soll.

Die Verpflichtung des Notars, für eine Vertretung durch eine Vertrauensperson zu sorgen, gelangt an ihre Grenzen, wo das Auftreten des Verbrauchers selbst oder einer Vertrauensperson objektiv nicht möglich ist. Diese Voraussetzungen sind jedoch streng zu prüfen. Umstände wie auswärtiger Wohnort⁴⁸, Auslandsaufenthalt oder Krankheit des Verbrauchers allein reichen schon deshalb nicht⁴⁹, weil sie das Auftreten einer Vertrauensperson als notfalls auch vollmachtloser Vertreter nicht ausschließen. Auch sind ggf. die Möglichkeiten einer Beurkundung am auswärtigen Wohnort oder im Krankenhaus zu prüfen. Zusätzliche Kosten aufgrund einer Bevollmächtigung oder Genehmigung durch eine Vertragspartei in grundbuchreifer Form sind kein Hinderungsgrund. Sollte danach insbesondere bei Auslandsaufenthalten ein Fall gegeben sein, in dem eine Vertretung durch eine Nicht-Vertrauensperson unumgänglich ist, hat der Notar für eine gewisse Kompensation zu sorgen, indem er ggf. fernmündlich oder fernschriftlich wenigstens die rechtliche Beratung und Betreuung des Verbrauchers sicherstellt, die auf jeden Fall die Übersendung eines Vertragsentwurfs voraussetzt⁵⁰.

2. Einschränkung bei Erfüllungsgeschäften

Wird der Verbraucher beim Abschluss eines Verbrauchervertrags vertreten, ist also das Auftreten eines Sachwalters erforderlich, der seinen Interessen verpflichtet ist. Bloße Neutralität genügt nicht. Dies schließt jedoch nicht eine einschränkende Auslegung der Vorschrift in Anlehnung an § 181 BGB als der zentralen Vorschrift des materiellen Rechts zur Vermeidung von Interessenkollisionen bei Vertreterhandeln aus. Das Verbot des In-sich-Geschäfts gem. § 181 BGB gilt bekanntlich nicht, wenn ein Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Vertretenen oder gegenüber dem Vertreter handelt.⁵¹ In diesen Fällen ist für eine Interessenkollision und auch für eine nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG gebotene Interessenwahrnehmung kein Raum mehr, weil der Inhalt des Rechtsgeschäftes durch ein gesetzliches oder vertragliches Schuldverhältnis vorgegeben ist. Entspricht dies dem im Einzelfall einschlägigen materiellen Formzweck⁵², ist ggf. zusätzlich zu fordern, dass Vollmacht und Verpflichtungsgeschäft notariell beurkundet wurden, um eine notarielle Belehrung über den Inhalt der Verpflichtung sicherzustellen. Eine hinreichende Belehrung ist wiederum nur möglich, wenn die Verpflichtung und damit das Erfüllungsgeschäft inhaltlich bestimmt und die Vollmacht entsprechend eingeschränkt ist. Zudem ist nur, wenn die zu erfüllende Verbindlichkeit hinreichend bestimmt ist, tatsächlich bei der Erfüllung keine Inte-

⁴³ Bemerkenswert daran bleibt, dass hier die konkrete wirtschaftliche Information über die Kreditkonditionen nach § 492 Abs. 1 BGB durch eine abstrakte rechtliche Information seitens des Notars über die mit der Vollmachtserteilung verbundenen Risiken ersetzt wird. Denn im Zeitpunkt der Beurkundung einer Generalvollmacht ist das künftige Kreditgeschäft des Bevollmächtigten meist noch in keiner Weise bestimmbar. Zudem wäre eine rechtliche Grundlage für eine diesbezügliche Belehrungspflicht des Notars nirgends erkennbar.

⁴⁴ Vgl. *Starke*, ZNotP 2002, Sonderheft zum 26. Deutschen Notartag, S. 10.

⁴⁵ BT-Drucks. 14/9266, S. 50 f

⁴⁶ H.M.: *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 604; *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 288; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 321; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 603; a.M. *Litzenburger*, NotBZ 2002, 280, 281.

⁴⁷ *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 605.

⁴⁸ Diese Ausnahme ist schon in den praktischen Auswirkungen wenig überzeugend, weil sie bei der Beurkundung durch im bundesweiten Vertrieb bevollmächtigte Treuhänder beim Hausnotar regelmäßig gegeben ist. Über die Unerfreulichkeit dieser Praktiken besteht aber weitgehende Einigkeit, vgl. *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 600.

⁴⁹ A.A. *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 603; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 321, Fn. 55.

⁵⁰ Vgl. die in Fn. 49 Genannten.

⁵¹ *Palandt/Heinrichs*, 61. Auflage, § 181 BGB Rdnr. 22.

⁵² Also in jedem Fall bei Grundstücksgeschäften.

ressenwahrnehmung mehr möglich und geboten.⁵³ Auch darf eine vom vertretenen Verbraucher zu erfüllende Verbindlichkeit erkennbar nicht mit Einreden behaftet sein.⁵⁴

Daher bestehen z.B. keine durchgreifenden Bedenken gegen die Bevollmächtigung des Grundstückskäufers durch den Verkäufer, in seinem Namen Finanzierungsgrundpfandrechte an noch dem Verkäufer gehörenden Grundbesitz zu bestellen, obwohl es sich bei der Grundschuldbestellung und den damit verbundenen schuldrechtlichen Vereinbarungen des Sicherungsvertrages⁵⁵ um mit dem Kreditinstitut abgeschlossene Verbraucherverträge handelt, so dass der Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 eröffnet ist. Jedoch erfüllt der Verkäufer durch die Bestellung des Finanzierungsgrundpfandrechts nur seine im Rahmen des Kaufvertrages eingegangene Pflicht zur Mitwirkung bei der Beschaffung von Kreditsicherheiten zur Kaufpreisfinanzierung. Selten wird dem Notar die Einredefreiheit einer Forderung so ersichtlich sein wie im Fall der Bestellung der Finanzierungsgrundschuld.

Diese Ausnahme kann auch eingreifen, wenn der Verkäufer die Erklärungen zu Messungsanerkennung und Auflassung nach Zahlung des Kaufpreises auch im Namen des Käufers abgibt oder in Erfüllung einer hinreichend bestimmten vertraglichen Verpflichtung des Verbraucher-Erwerbers zur Mitwirkung bei der Änderung einer Teilungserklärung oder der Bestellung von Dienstbarkeiten am Vertragsobjekt handelt.⁵⁶

3. Verhältnis zu den bisherigen Richtlinienbestimmungen der Notarkammern

Schon bisher regelten die Richtlinien der Notarkammern das Auftreten von Vertretern anstelle belehrungsbedürftiger Vertragsparteien. Darin wird die systematische Beurkundung mit Vertretern ohne Vertretungsmacht (Nr. II.1 Satz 4 a RL BayLNotK) als in der Regel unzulässig bezeichnet; die systematische Beurkundung mit bevollmächtigten Vertretern (Nr. II.1 Satz 4 b RL BayLNotK) gilt regelmäßig als unzulässig, soweit nicht durch Beurkundung der Vollmacht die Belehrung des Vertretenen gesichert ist. Die systematische Beurkundung mit Mitarbeitern des Notars (Nr. II.1 Satz 4 c RL BayLNotK) soll außer bei Vollzugsgeschäften ebenfalls in der Regel unzulässig sein.

§ 17 Abs. 2a Nr. 1 BeurkG verschärft die bestehenden Einschränkungen: Es kommt nicht mehr darauf an, ob ein systematisches Handeln vorliegt, ohne weiteres ist auch die einmalige Vertretung des Verbrauchers durch eine nicht zugelassene

Person unzulässig. Zudem spielt es für die Beurkundung mit Mitarbeitern des Notars keine Rolle mehr, wie weit man den Kreis der „Vollzugsgeschäfte“ fasst. Dieser Begriff war schon in der Vergangenheit strittig, insbesondere hinsichtlich der Vertretung des *Käufers*⁵⁷ bei der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten. So ließen beispielsweise die Richtlinien der Notarkammer Frankfurt a. Main und der Hamburgischen Notarkammer die Beurkundung von derartigen Grundschulden durch Mitarbeiter des Notars ausdrücklich zu, die Richtlinien der Notarkammer Stuttgart sogar unter ausdrücklicher Einbeziehung der persönlichen Schuldverpflichtung mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung als sich aus dem Kaufvertrag ergebendes Vollzugsgeschäft (!). Die Richtlinien der Rheinischen Notarkammer sowie der Notarkammern Pfalz und Mecklenburg-Vorpommern und die Erläuterungen der Landesnotarkammer Bayern zu ihren Richtlinien schließen dagegen die Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten ausdrücklich aus dem Begriff des Vollzugsgeschäfts aus. Dieser Streit ist für Verbraucher als Käufer nunmehr hinfällig.⁵⁸ Die Bestellung von Grundpfandrechten für ein Kreditinstitut ist ein Verbrauchergeschäft, der Mitarbeiter des Notars kann jedoch nicht als dem Interesse des Verbrauchers verpflichtete Vertrauensperson i.S. des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG gelten.

VI. Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit dem Gegenstand der Beurkundung

1. Allgemeine Anforderungen bei Verbrauchergeschäften (§ 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1 BeurkG)

§ 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG erlegt dem Notar bei der Beurkundung von Verbraucherverträgen im ersten Halbsatz zunächst *allgemein* auf, darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen. Er soll also nicht unvorbereitet in die Beurkundung hineingehen, sondern vorab seine Entscheidung zum beabsichtigten Vertragsschluss soweit wie möglich prüfen können, evtl. externe Berater hinzuziehen und generell ausreichend Zeit haben, um die rechtlichen und sonstigen Konsequenzen des Vertrages schon vor der Beurkundung zu überdenken. Insoweit besteht auch keine wesentliche Neuerung gegenüber den Vorgaben gemäß den Richtlinien der Notarkammern, deren Wortlaut das Gesetz hier übernimmt.⁵⁹ Dass dabei die Übersendung eines Entwurfes ausreichend, wenn nicht gar das Mittel der Wahl ist, um dem Beteiligten die Gelegenheit zur Vorbereitung auf die Beurkundung einzuräumen, stand schon bisher außer Frage.⁶⁰

Die Notwendigkeit, einen Vertragstext an den Verbraucher zu übersenden, und die Bemessung der anschließenden Frist bis zur Beurkundung hat sich an den typischen Gegebenheiten des zu beurkundenden Geschäfts zu orientieren. Dabei können die Vorgaben in Nr. 2 Satz 2 für Grundstücksgeschäfte als Vergleichsmaßstab dienen, hinter dem jedoch in geeigneten Fällen deutlich zurückgeblieben werden kann, da stets die Effektivität einer Vorbereitungszeit im konkreten Fall zu erwä-

⁵³ Diese Voraussetzung wäre insbesondere bei unklaren Bestimmungsrechten der Gegenpartei des Verbrauchers nach §§ 315 ff. BGB nicht gegeben.

⁵⁴ Für die entsprechende Einschränkung der Ausnahme von § 181 BGB vgl. *Palandt/Heinrichs*, 61. Auflage, § 181 BGB Rdnr. 22.

⁵⁵ Sehr zweifelhaft ist, ob allein der dingliche Charakter der Grundschuldbestellung die Einordnung als Verbrauchervertrag hindert, wengleich der Verbrauchervertrag seit der Schuldrechtsreform bei den Vorschriften über AGB im Recht der Schuldverhältnisse definiert wird. Doch wurden dingliche Verträge bisher in die verbraucherschützende Inhaltskontrolle nach dem früheren AGBG einbezogen, *MünchKommBasedow*, 4. Auflage, § 1 AGBG, Rdnr. 9. Dagegen spricht zudem die Herkunft des Begriffs des Verbrauchervertrages aus der Europäischen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EG). Dem europäischen Verbraucherrecht dürfte die auf dem deutschen Trennungsprinzip gründende Differenzierung zwischen schuld- und sachenrechtlichen Verträgen eher fremd sein.

⁵⁶ So i. Erg. auch *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 605; *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 287; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 321; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 603.

⁵⁷ Zur Vertretung des *Verkäufers* durch den Käufer bei der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten s. o. V. 2.

⁵⁸ *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 287.

⁵⁹ Vgl. Ziff. II.1. Satz 3 der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Landesnotarkammer Bayern.

⁶⁰ Vgl. Begründung zu Abschn. II. Sätze 1–3 der Richtlinien der Landesnotarkammer Bayern und Ziff. II. der Richtlinien der Bremer Notarkammer.

gen ist: So wird z.B. die Auseinandersetzung mit dem Inhalt einer Grundschuldbestellungsurkunde in der Regel wenig zum effektiven Verbraucherschutz beitragen.⁶¹ Zum einen können die wenigsten Verbraucher aus diesem Vertragstext Konsequenzen ohne die vom Notar geschuldete rechtliche Erläuterung ersehen – zumal die Kreditinstitute dazu neigen, zentrale Elemente des Sicherungsvertrags wie die Zweckabrede aus den notariellen Urkunden auszulagern. Ein geschäftserfahrener Schuldner mag dagegen die rechtlichen Zusammenhänge kennen, braucht dann aber erst recht nicht mehrere Tage Bedenkzeit, um sich auf die Beurkundung vorzubereiten. Zum anderen liegt die Problematik der typischen Grundschuldbestellung mit Übernahme der persönlichen Haftung und Zwangsvollstreckungsunterwerfung schlichtweg im abstrakten rechtlichen Umfang der Rechte der Bank, der dem Verbraucher zuvor oft nicht recht bewusst ist. Diese Problematik ist aber vergleichsweise eindimensional, betrachtet man die Komplexität der beim Immobilienerwerb möglicherweise maßgebenden Fragen aus verschiedensten Bereichen in u.a. technischer, wirtschaftlicher und (steuer-)rechtlicher Hinsicht. Daher lässt sich aus § 17 Abs. 2a BeurkG keine Pflicht zur Übersendung von Grundschuldformularen herleiten. Dagegen könnten ggf. bei einem Erbschafts Kauf zwischen Verbraucher und Unternehmer die gleichen Anforderungen gestellt werden wie bei einem Grundstücksgeschäft nach § 17 Abs. 2a Satz Nr. 2 Halbs. 2 BeurkG.

2. Grundstücksgeschäfte und Vermögensübertragungen (§ 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Halbs. 2 BeurkG): Entwurfsübersendung und Zweiwochenfrist

a) Anwendungsbereich

§ 17 Abs. 2a Satz Nr. 2 BeurkG konkretisiert und verschärft erheblich das Pflichtenprogramm des Notars bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 des BGB unterliegen. Dabei handelt es sich um Grundstücksgeschäfte, insbesondere die Bauträgerverträge und die Bauplatzkäufe durch Bauträger von Privatpersonen, sowie die wenig bedeutungsvollen Vermögensübertragungen. Bei diesen Vertragstypen dient der Zwang zur notariellen Beurkundung im besonderen Maße dem Übereilungsschutz und der Belehrung der geschäftsunerfahrenen Partei.

b) Der „beabsichtigte Text“

Nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG soll in Zukunft bei Grundstücksverträgen dem Verbraucher rechtzeitig der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zur Verfügung stehen. Bei näherer Betrachtung stellt sich die Frage, wessen Absichten eigentlich offen zu legen sind.⁶² Zwar soll eine Pflicht des Notars bestehen, auf die Verfügbarkeit des Textes hinzuwirken, doch ist der zur Neutralität verpflichtete Notar gerade nicht aufgerufen, eigene Absichten in Vertragsentwürfen zu verwirklichen. Seine Aufgabe besteht vielmehr darin, den Willen der Parteien festzustellen und im Urkundstext in eine juristisch einwandfreie Fassung zu bringen. Für die Konstellation des Verbrauchervertrages erscheint es dem Gesetzgeber offenbar als typisch, dass der Verbraucher mit fertigen Vorstellungen des Unternehmers konfrontiert wird, also enthält (nach der Vorstellung des Gesetzgebers wohlgermerkt) der Text zunächst nur die Absichten des Unternehmers. Daraus folgt immerhin, dass die Zweiwochenregel nicht greifen kann, wenn der beabsichtigte Text vom Verbraucher bzw. sei-

nem Berater entworfen wurde. Eine zweiwöchige Auseinandersetzung mit den eigenen Absichten ist ohnehin unsinnig.⁶³

In der Realität ist es wohl eher die Ausnahme, dass eine Seite Vertragstexte ohne vorherige Einbeziehung des Notars der anderen Seite auferlegt⁶⁴. In der großen Mehrheit der Fälle wirkt der Notar bei der Erstellung des beabsichtigten Textes bereits mit und hat dabei seine Amtspflichten zu beachten. Dies bedeutet, dass im Rahmen der Entwurfserstellung auch die rechtlich geschützten Interessen des Vertragspartners zu berücksichtigen sind. Selbstverständlich sind unwirksame Klauseln und möglichst auch in ihrer Wirksamkeit zweifelhafte Klauseln zu vermeiden. Dennoch drückt auch dann der i.S. des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG dem Verbraucher zur Verfügung gestellte Text die Absichten der Unternehmerpartei aus, wenn auch gefiltert durch die notarielle Prüfung bei der Erstellung des Entwurfs. Dieses Verfahren ist letztlich auch vorzugswürdig, weil im anderen Fall eine nach der Übergabe des beabsichtigten Textes an den Verbraucher oder bei der Beurkundung unabdingbare notarielle Überprüfung des Textes nicht selten erhebliche Änderungen erzwingt. Auch nach dieser Prüfung handelt es sich jedoch um einen im Auftrag des Unternehmers erstellten Entwurf, der nicht ohne Zustimmung des Unternehmers an Dritte versandt werden darf⁶⁵. Beantragt der Unternehmer jedoch eine Beurkundung mit konkret benannten Verbrauchern, liegt darin zugleich dessen Einverständnis, diesen als Beteiligten des Beurkundungsverfahrens den zur Beurkundung vorgesehenen Vertragstext mitzuteilen. Für den theoretischen Fall, dass der Unternehmer dieses Einverständnis ausdrücklich verweigern würde, wäre schon vor der Einfügung des § 17 Abs. 2a BeurkG offensichtlich gewesen, dass der Notar unter diesen Umständen schon aus Gründen der Unparteilichkeit eine Beurkundung ablehnen müsste.

Aus dem Wortlaut der beabsichtigte Text geht hervor, dass der dem Verbraucher zunächst zur Verfügung stehende Text nicht mit dem endgültigen Vertragstext in beurkundeter Form identisch sein muss. Im Gegenteil: Befasst sich der Verbraucher mit dem zur Verfügung gestellten Text, so kann gerade daraus sein Wunsch nach Änderungen resultieren – das gesetzgeberische Ziel wäre optimal erreicht. Problematisch sind jedoch alle vom Unternehmer, aber auch vom Notar ausgehenden Änderungen mit nicht völlig unerheblichen rechtlichen oder wirtschaftlichen Auswirkungen, die eine bisher möglicherweise erfolgte Prüfung des Verbrauchers entwerfen können. Dann führt an einer erneuten Versendung des geänderten Texts mit erneutem Anlauf einer – möglicherweise abhängig von Umfang und Bedeutung der Änderung verkürzten – Frist kein Weg vorbei⁶⁶.

Wenn der Wortlaut des Gesetzes die Verfügbarkeit eines Textes verlangt, vermeidet er in auffälliger Weise die aus dem Kostenrecht bekannte Vokabel Entwurf. Damit wird deutlich, dass die Anforderungen an den Text i.S. des § 17 Abs. 2a Nr. 2 hinter denen an einen Entwurf i.S. des § 145 KostO zurückbleiben. Insbesondere genügt hier ein abstraktes und nicht individualisiertes Vertragsmuster⁶⁷. Die Anforderungen an den Text sind am Normzweck der Vorschrift auszurichten,

⁶³ Brambring, ZfIR 2002, 597, 599.

⁶⁴ Sie sind im Übrigen vor allem bei äußerst starr gehandhabten Vertragsbedingungen von Unternehmen der öffentlichen Hand anzutreffen. Vgl. dazu Hagen, RNotZ 2001, 40.

⁶⁵ Bohrer, DNotZ 2002, 579, 581.

⁶⁶ Solveen, RNotZ 2002, 318, 324.

⁶⁷ Zu den kostenrechtlichen Anforderungen vgl. Korintenberg/Bengel/Tiedtke, 15. Auflage, § 145 KostO, Rdnr. 15 ff.

⁶¹ Hertel, ZNotP 2002, 286, 290.

⁶² Vgl. hierzu Bohrer, DNotZ 2002, 579, 583 f.

dem Verbraucher die Auseinandersetzung mit dem Gegenstand der Beurkundung in jeder, also nicht nur rechtlicher, sondern z.B. auch bautechnischer und wirtschaftlicher Hinsicht zu ermöglichen. Dafür ist sicher nicht die Einsetzung seiner Personalien erforderlich. Auch genügt es, wenn aus einem größeren Immobilienobjekt die Angaben zur betroffenen Wohnung nicht im übersandten Text enthalten sind, sofern sie dem Verbraucher aus den Vorverhandlungen und einem Prospekt des Bauträgers bekannt sind. Gleiches gilt hinsichtlich des Kaufpreises. Lücken sind also unschädlich, soweit sie die Auseinandersetzung mit dem Gegenstand des Vertrages nicht hindern, weil ihr Inhalt dem Verbraucher auf andere Weise bekannt ist. Schädlich wäre dagegen das Fehlen einer Baubeschreibung oder der Teilungserklärung, die gerade in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht von grundlegender Bedeutung und insoweit unerlässlich für die erwünschte Meinungsbildung sind.

c) Die Übergabe des beabsichtigten Textes

aa) Wer stellt den Text zur Verfügung?

Der Gesetzeswortlaut verlangt lediglich, dass der Text dem Verbraucher zur Verfügung gestellt wird.⁶⁸ Insofern ist es mit dem Wortlaut jedenfalls des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG ohne weiteres vereinbar, dass nicht der Notar, sondern der den Vertrieb organisierende Unternehmer ohne erkennbare Einbeziehung des Notars den beabsichtigten Vertragstext an den Verbraucher übermittelt.⁶⁸ Dies entspricht zudem dem Befund, dass in diesem Stadium dem beabsichtigten Text⁶⁹ ohnehin nur die Absichten des Unternehmers zugrunde liegen können.

Allerdings entspricht dieses Verfahren offensichtlich nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers, die sich im Gesetzestext nur unzureichend niederschlagen: Die Begründung des Rechtsausschusses⁶⁹ geht davon aus, dass die Unterrichtung nach Inhalt und Zweck der Neuregelung in die Hand des Notars gelegt worden sei, da sich dadurch der angestrebte Zweck einer ausreichenden Information der Verbraucher einfacher und effizienter erreichen lasse. Eine Pflicht des Unternehmers zur Information des Verbrauchers sei erwogen, aber schließlich verworfen worden.

In den seltenen Fällen, in denen zunächst nur ein ohne Beteiligung des Notars erstellter Vertragstext besteht, muss eine ungeprüfte Übermittlung dieses Textes durch den Notar jedenfalls abgelehnt werden. Der Notar darf nicht durch Übersendung eines solchen Textes den Eindruck erwecken, er würde sich diesen im Rahmen seiner Amtspflichten zu eigen machen, und ihm damit zu Unrecht den Anschein der notariellen Prüfung verleihen.

Liegt wie in der Regel bereits ein vom Notar erstellter oder geprüfter Vertragstext vor, ist aber umgekehrt aufgrund anderer Vorgaben des Notarrechts trotz des Wortlauts des § 17 Abs. 2a BeurkG eine eigenverantwortliche Übermittlung durch den Unternehmer ohne erkennbare Mitwirkung des Notars abzulehnen. So wäre es beispielsweise kontraproduktiv, wenn der Vertragstext kommentarlos in den Vertriebsprospekt des Bauträgers integriert dem Verbraucher übergeben würde. Kaum wäre der Eindruck vermeidbar, dass der Prospekt neben der allgemeinen Beschreibung aus Sicht des Bauträgers – erstellt durch seine Vertriebsabteilung –, den Bauplänen des Bauträgers – erstellt durch seinen Architekten –, den Wirtschaftlichkeitsberechnungen des Bauträgers – erstellt

durch seine wirtschaftlichen Berater –, auch den Vertragsentwurf des Bauträgers – erstellt durch *seinen* Notar? – enthalte. Der Konflikt mit dem Gebot des § 14 Abs. 3 BNotO, jeden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden, wäre vorprogrammiert. Auch würde entgegengesetzt zum Zweck des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG es erleichtert, ahnungslosen Verbrauchern ein Immobilienprojekt als *notargeprüft* zu verkaufen.

Hat der Notar den Vertragstext aufgrund eigener Erstellung oder Prüfung zu verantworten, so hat er diese Verantwortung gegenüber dem Verbraucher daher bei der Übermittlung des Textes deutlich zu machen. Der Verbraucher muss erkennen können, dass ein vom Notar als neutraler Instanz in rechtlicher, aber auch nur in dieser Hinsicht geprüfter Text vorliegt, der ihm die Prüfung des Vertrages auch in steuerlichen und außerrechtlichen Fragen ermöglichen soll. Dies wird am einfachsten durch eine Übersendung durch den Notar mit einem entsprechenden Anschreiben sichergestellt. Dabei ist Wert auf die Klarstellung zu legen, dass der Notar nicht als parteigebundener Rechtsberater des Bauträgers fungiert, sondern auch dem Verbraucher zur Verfügung steht für rechtliche Fragen, über die er ohnehin belehren muss. Wird ein vom Notar zu verantwortender Vertragstext mit einem Anschreiben, das diesen Sachverhalt klarstellt und den Anschein der Parteilichkeit ausschließt, vom Unternehmer gewissermaßen als Bote übergeben, so ist dies selbstverständlich unschädlich.

Aus praktischer Sicht spricht für die Übersendung des Textes durch den Notar, dass der Notar dann den *Zeitpunkt* der Übermittlung im Hinblick auf die Einhaltung der Zweiwochenfrist einfach prüfen kann. Damit beugt der Notar zugleich dem Vorwurf vor, er habe sich augenfälligen Zweifeln an einvernehmlich unrichtigen Angaben von Verbraucher und Unternehmer verschlossen. Dass Verbraucher zu falschen Angaben gegenüber dem Notar bewegt werden, um einen vermeintlich in ihrem Interesse liegenden schnellen Vertragsschluss zu erreichen, ist bei unseriösen Vertriebsorganisationen alles andere als auszuschließen.

bb) Wem hat der Text zur Verfügung zu stehen?

Der Text ist dem Verbraucher selbst rechtzeitig zur Verfügung zu stellen. Allerdings ist die Wertung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG zu beachten: Kann eine Vertrauensperson den Verbraucher unbedenklich in der Beurkundung vertreten, so genügt es auch, dass sie sich anstelle des Verbrauchers mit dem Vertragstext zuvor auseinandersetzt. Dies gilt selbst dann, wenn nicht sie, sondern der Verbraucher bei der Beurkundung anwesend ist (bzw. im umgekehrten Fall). Die Verantwortung für den funktionierenden Informationsfluss mit Vertrauenspersonen kann dem Verbraucher auferlegt werden. So sind auch die Fälle lösbar⁷⁰, in denen der ursprünglich vorgesehene Käufer überraschend durch seinen Ehegatten ersetzt werden soll. Nachdem der Ehegatte in aller Regel als Vertrauensperson i.S. der Nr. 1 anzusehen ist, genügt es, wenn diesem der Vertragstext zur Verfügung stand. Erst recht gilt dies, wenn der Parteiwechsel eine Folge der erwünschten Auseinandersetzung mit dem Vertragstext ist, z.B. aufgrund steuerlicher Überlegungen. Dies setzt aber voraus, dass die wesentlichen Rahmenbedingungen des Vertrages trotz Parteiwechsel gleich bleiben. Diese Grenze ist überschritten, wenn z.B. durch Auswechslung des Vertragspartners mit einem guten Bekannten⁷⁰ andere individuelle steuerliche oder sonstige wirtschaftliche Rahmenbedingungen gelten, für die das Ergebnis der bisherigen Überlegung bezogen auf den ursprünglich vorgesehenen Vertragspartner nicht mehr verwertbar ist.

⁶⁸ Bohrer, DNotZ 2002, 579, 584; Hertel, ZNotP 2002, 286, 289.

⁶⁹ BT-Drucks. 14/9266, S. 50.

⁷⁰ Sorge, DNotZ 2002, 593, 605.

d) Die Einhaltung der Zweiwochenfrist

Die Berechnung der zweiwöchigen Frist, die der Verbraucher zur Vorbereitung auf die Beurkundung und Klärung außerrechtlicher Fragen nutzen sollte, dürfte keine größere Schwierigkeit bereiten.

Die Zweiwochenfrist ist in der Regel einzuhalten. Bei besonders komplizierten Sachverhalten kann diese Frist immer noch zu kurz sein.⁷¹ Das Gesetz ordnet anders als von der Bundesnotarkammer vorgeschlagen⁷², bewusst keine angemessene Überlegungsfrist an, die im Ermessen des Notars gestanden hätte. Aus der systematischen Stellung der Einschränkung im Regelfall im zweiten Halbsatz des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ergibt sich im Übrigen, dass selbst im Ausnahmefall die im ersten Halbsatz aufgestellte Forderung unangetastet bleibt, der Verbraucher müsse ausreichend Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit dem Gegenstand der Beurkundung haben.

Die Abgrenzung zwischen Regel- und Sonderfall wird für die praktischen Auswirkungen des neuen Gesetzes entscheidend sein. Sie kann aufgrund des umfassenden Schutzbereichs der Überlegungsfrist nicht nur anhand der rechtlichen Komplexität des Vertrags erfolgen, da der Verbraucher die Frist nicht nur erhält, um rechtliche Überlegungen anzustellen, sondern um alle für die Kaufentscheidung wichtigen Aspekte zu erwägen. Ob aber in Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse oder die Nutzbarkeit des Objekts für einen Käufer einfache oder schwierige Fragen vorliegen, kann der Notar regelmäßig nicht beurteilen, so dass das Abgrenzungskriterium „leichter oder schwerer Fall“ nur in Bagatelldfällen⁷³ zu handhaben ist. Aufgrund dieser Gesichtspunkte ist eine zweiwöchige Frist auch außerhalb des Bauträgervertrags als Regelfall anzuerkennen⁷⁴. Umgekehrt aber genügt die Einhaltung dieser Frist für derartige Verträge, wenn nicht außergewöhnliche Umstände hinzutreten.

Eine Einengung der unbedingten Anwendung der Regelfrist auf Immobiliengeschäfte, die durch unseriöse Absatzmethoden vertrieben werden⁷⁵, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Gerade der Anwendungsbereich der Zweiwochenfrist war zwischen dem Entwurf des Rechtsausschusses, demzufolge sie für alle beurkundete Verträge – auch zwischen Verbrauchern (!) – gegolten hätte, und der Verabschiedung des Gesetzes Gegenstand der Auseinandersetzung. Diese schlug schließlich in der Beschränkung des Geltungsanspruchs im beschlossenen Wortlaut nieder, der – mag man das auch bedauern – den von den Legislativorganen gesetzten Schlussspunkt einer leider kurzen, aber kontroversen Diskussion bildet. Dass dieses Ergebnis nicht in allen Punkten den Argumenten der Vertreter des Notariats folgt, berechtigt zu viel Kritik, bereitet aber noch nicht einer weitergehenden teleologischen Korrektur eine rechtlich gesicherte Grundlage. Nur um den Notar von der ihm offensichtlich verbotenen Mitwirkung an unseriösen Vertriebsmethoden aufgrund einer Ermessensentscheidung im Einzelfall fernzuhalten, hätte es keiner

Gesetzesänderung bedurft. Man kann sich kaum der unangenehmen Erkenntnis verschließen, dass das Gesetz – insofern echtes Verbraucherschutzrecht – durch eine relativ schematische Regel mit größtmöglicher Sicherheit die wenigen Problemfälle erfassen wollte – unter Inkaufnahme einer Behinderung in einer Vielzahl von Fällen.

Ausnahmen von der Regel sind jenseits der Bagatelldfälle gerechtfertigt, wenn für den Notar erkennbar objektive Gründe⁷⁶ bestehen, den Ablauf der Frist nicht abwarten zu können, und der Verbraucher die zur Verfügung stehende Zeit bereits ausreichend genützt hat, um die das Geschäft kennzeichnenden Besonderheiten zu überprüfen.⁷⁷

Kein objektiver Grund liegt insbesondere in der Behauptung des Unternehmers, die Abschlussbereitschaft bestehe nicht mehr nach Ablauf der Zweiwochenfrist. Derartigen Druckmitteln soll die Verpflichtung des Notars gerade entgegenwirken. Ein objektiver Grund könnte z.B. in einer bevorstehenden Abwesenheit des Verbrauchers liegen, z.B. aufgrund eines anzutretenden Urlaubs oder eines Krankenhausaufenthalts in einer anderen Stadt, sofern nicht mittels Vertretung durch eine Vertrauensperson Abhilfe geschaffen werden kann.⁷⁸

Zur objektiven Komponente der Zeitnot muss hinzutreten, dass die verbleibende Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit dem beabsichtigten Vertragstext genutzt wurde. Dies ist angesichts der Vielzahl möglicher Aspekte für die Kaufentscheidung kaum vollständig zu überprüfen. Schon deshalb muss sich der Notar auf diese Prüfung nur einlassen, wenn objektive Gründe für eine Fristverkürzung bestehen. Bei einem normalen Bauträgerkauf (ohne steuerliche Motivation) dürften eine eigentlich selbstverständliche Besichtigung des Objekts, die Klärung der Finanzierung und eine angemessene Vorbereitung auf die Beurkundung anhand des Vertragstexts genügen. Es wäre überzogen, eine bautechnische Beratung durch einen externen Ingenieur zu fordern, die anders als die Beratung durch den eigenen Steuerberater fern der Üblichkeit liegt.

Besonders problematisch sind Fälle, in denen kurzfristig ein angeblich steuerlich vorteilhafter Immobilienerwerb noch vor Jahresende beurkundet werden soll. Wird an den Notar zwischen den Jahren der Wunsch nach Beurkundung herangetragen, so muss er konstatieren, dass das beabsichtigte Geschäft mit den gewünschten Auswirkungen nur noch vor Ablauf der Zweiwochenfrist geschlossen werden kann. Der Notar kann also objektiv keine fristgemäße Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit dem Vertragsgegenstand schaffen. Insofern ist die erste, objektive Voraussetzung für eine Regelabweichung in kaum zu übertreffender Deutlichkeit erfüllt. Aber auch hier gilt: Ein Abweichen von der Zweiwochenfrist ändert nichts an dem Erfordernis aus § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Halbs. 1 BeurkG, dass Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit dem Gegenstand der Beurkundung bestanden haben muss. Bei Anlageimmobilien ist dies insbesondere dann gesichert, wenn sich der Verbraucher von einem Berater außerhalb der Einfluss-sphäre des Unternehmers in steuerlicher und wirtschaftlicher Hinsicht hat beraten lassen. Der Notar wird in diesen Fällen

⁷¹ BT-Drucks. 14/9266, S. 51.

⁷² Dokumentiert im Änderungsantrag der Fraktion der PDS, BT-Drucks. 14/9266, S.32.

⁷³ Z.B. die Abtretung weniger Quadratmeter an den benachbarten Unternehmer.

⁷⁴ A.A. *Litzenburger*, NotBZ 2002, 280, 283, der ausschließlich auf rechtliche Fragen abstellt. Richtig ist jedoch, dass beim Bauplatzkauf ein aus objektiven Gründen hinzunehmendes Defizit in der Überlegungsfrist leichter zu kompensieren ist als z.B. beim Leasingvertrag.

⁷⁵ So *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 606 f.

⁷⁶ Für ein Unterschreiten der Zweiwochenfrist ist ein objektiver Anlass zu fordern, da sie nicht zur Disposition der Parteien steht, vgl. oben IV.

⁷⁷ Vgl. BT-Drucks. 14/9266, S. 51.

⁷⁸ Zur Zulässigkeit einer Beurkundung nach Entwurfsfertigung in einem Krankenhaus außerhalb des Amtsbereichs des Notars vgl. Richtlinien der Landesnotarkammer Bayern Ziff. IX.1.

seiner Pflicht, auf eine ausreichende Gelegenheit zur Auseinandersetzung hinzuwirken, bereits gerecht, wenn er die Angabe des Verbrauchers, sich einer solchen Beratung unterzogen zu haben, auf ihre Plausibilität überprüft, z.B. indem er sich den Namen des Steuerberaters angeben lässt.⁷⁹ Einfacher ist die Kompensation einer verkürzten Frist dann, wenn der Verbraucher lediglich ein Grundstück an den Unternehmer verkauft, da in aller Regel die begründeten Vertragspflichten und wirtschaftlichen Folgen sehr viel einfacher gelagert sind.

Riskant ist der mancherorts diskutierte Versuch, die Verkürzung der zweiwöchigen Überlegungsfrist durch ein vertragliches, freies Rücktrittsrecht des Verbrauchers zu kompensieren: Die unverbindliche Urkunde sollte grundsätzlich nicht Ziel der notariellen Tätigkeit sein. Deshalb ist die Ablehnung gesetzlicher Widerrufsrechte für beurkundete Verträge geradezu ein Grundtenor der Stellungnahmen notarieller Berufsverbände zu Verbraucherschutzgesetzen⁸⁰. Daneben ist eine Widerrufs- oder Rücktrittsfrist einer Überlegungsfrist vor Vertragsschluss nicht gleichwertig: Die innerhalb der Frist gewonnenen Erkenntnisse kann der Verbraucher nicht mehr zur Verbesserung des Vertragstextes nutzen. Zudem ist die Hemmschwelle dafür, sich von einem einmal geschlossenen Vertrag aktiv zu distanzieren, höher als dafür, ihn passiv einfach nicht zu schließen.

VII. Dokumentation

Nicht zuletzt mit Blick auf die haftungsrechtlichen Dimensionen der Neuregelung stellt sich dem Notar die Frage, wie er die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben dokumentieren kann. Eine Vermerkpflcht besteht weder für Urkunden noch Nebenakten⁸¹. Mag auch die Beweislast im Haftungsprozess bei der Gegenpartei liegen, so wird es ihr möglicherweise leicht fallen, Zeugen für das Eintreffen eines Vertragsentwurfs zu dem von ihr behaupteten Zeitpunkt zu finden. Wie erwähnt bietet unter diesem Gesichtspunkt eine Übersendung des beabsichtigten Textes durch den Notar große Vorteile. Diese kann auch sinnvoll ergänzt werden durch die keinesfalls obligatorische Aufnahme einer Erklärung des Verbrauchers in den beurkundeten Verbrauchervertrag, ab wann ihm der seinerzeit beabsichtigte Text des nun beurkundeten Vertrages zur Verfügung stand. Die Plausibilität dieser Angabe kann der Notar, der die Versendung des Entwurfs selbst besorgt hat, ggf. leicht überprüfen. Auch die Erwähnung des Verhältnisses, in dem ein Vertreter zum Verbraucher steht, in der Urkunde kann ohne großen Aufwand späteren Irritationen vorbeugen.

VIII. Aussichten

Die Notare sollten die neu auferlegten Pflichten aus zwei Gründen ernst nehmen. § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG erweitert den Schutzbereich ihrer Amtspflichten über die rechtlichen Fragen des beurkundeten Rechtsgeschäfts hinaus in einem Umfang, der die Konsequenzen daraus für die notarielle Haftung zum jetzigen Zeitpunkt offen erscheinen lässt. Trotz aller sonstigen Unklarheiten lässt die Begründung des Rechtsaus-

schusses keinen Zweifel daran, dass die neuen Verpflichtungen mit den Mitteln der Notaraufsicht durchgesetzt werden sollen.⁸² Dies ist für die Notare insbesondere deshalb unerfreulich, weil gerade im Hinblick auf die Unterschreitung der Zweiwochenfrist manche nachvollziehbare und verantwortungsvolle Ex-ante-Entscheidung eines Notars im Haftungsprozess einen schweren Stand haben wird, wenn die richterliche Ex-post-Sicht unter dem Eindruck der zwischenzeitlich zu Tage getretenen Nachteile und der vielleicht sogar existenzbedrohenden Folgen eines gescheiterten Immobilienerwerbs steht.

Die Neuregelung lässt zum anderen spüren, dass der Gesetzgeber in seiner Rolle als Verbraucherschützer dem lückelosen Erfolg der Beurkundungsverhandlung als Verbraucherschutzinstrument nicht restlos vertraut.⁸³ Angesichts der Praktiken im Rahmen der sog. Strukturvertriebe von Immobilien nimmt dies kaum Wunder: Einer kleinen Anzahl von Notaren ist es gelungen, eine durchaus ins Gewicht fallende Anzahl von Verträgen unter schlichtweg inakzeptablen Umständen zu beurkunden. Man mag sich zwar fragen, ob die nun vorgesehenen Regelungen die eingetretenen Schäden bei Kapitalanlegern im Rennen um die Steuersubventionen durch das Fördererbietsgesetz verhindert hätten. Das schlechte Bild, das die sogenannten Mitternachtsnotare,⁸⁴ aber auch manche andere, die am helllichten Tage zu wenig auf Bedürfnisse des Publikums eingehen, geliefert haben, wird dadurch nicht besser. Als Chance für das Notariat ist zu vermerken, dass die gesetzgeberische Reaktion auf die Tätigkeit der Notare als Instrument des Verbraucherschutzes setzt, indem sie ihnen ausdrücklich Pflichten auferlegt, aber auch (ohnehin vorhandene) Mittel in die Hand gibt, die Beurkundung unter zweifelhaften Umständen angestrebter Verträge abzuweisen. Für die Mehrheit der Notare, die sich nicht an fragwürdigen Vertriebsmethoden beteiligt haben, bedeutet dies gewiss keine Neuerung. Für sie werden sich als spürbare Änderungen eher die Verzögerungen infolge des erzwungenen Aufschubs der Beurkundung und das teilweise Unverständnis des Publikums ergeben. Aber mit Blick auf das traditionelle Instrument der Verbraucherschutzgesetzgebung, die Einführung einer Widerrufsmöglichkeit für beurkundete Immobiliengeschäfte, ist das jetzige Resultat trotz aller Unzulänglichkeiten als bessere Alternative anzusehen. Ein Widerrufsrecht würde mit der Schwächung der Beweiskraft und der Verbindlichkeit beurkundeter Verträge Kernfunktionen der öffentlichen Urkunde in Frage stellen.

Der Erwartung des Gesetzgebers werden die Notare nur gerecht, wenn Umgehungsversuche – insbesondere unter Berufung auf vermeintliche Ausnahmefälle – ausbleiben, bzw. wenn andernfalls diejenigen, die zweckvergesene Verfahrensgestaltungen praktizieren, individuelle Konsequenzen zu gegenwärtigen haben.⁸⁴ Denn bisher hatte ihr Verhalten nur einen alle Berufsträger betreffenden Schaden für das Ansehen des Notariats zur Folge, den jedoch gerade dessen Verursacher offensichtlich nicht als persönliche Beeinträchtigung empfinden.

⁸² BT-Drucks. 14/9266, S. 50.

⁸³ Dies wird zusätzlich in dem offensichtlichen Unwillen deutlich, die Beurkundungspflicht für Grundstücksverträge auf hierzu erteilte Vollmachten zu erstrecken.

⁸⁴ Unverständlich bleibt daher, dass die Justizverwaltungen die Normierung wiederholter grober Verstöße gegen Pflichten nach § 17 Abs. 2a BeurkG als Amtsenthebungsgrund in § 50 BNotO ablehnten, obwohl die Bundesnotarkammer dies vorgeschlagen hatte; vgl. den Antrag der PDS, BT-Drucks. 14/9266, S. 33.

⁷⁹ Erweist sich dabei, dass zufällig alle Erwerber eines bestimmten Objekts sich einmalig durch den selben Steuerberater beraten lassen, mit dem sie sonst nichts verbindet, sollte dies allerdings Argwohn wecken.

⁸⁰ Vgl. z.B. Bundesnotarkammer, DNotZ 2002, 498 Nr. 5; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 607.

⁸¹ *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 607; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 325.

Die Neuordnung des verbundenen Immobiliengeschäfts

Von Notar *Michael Volmer*, Obernburg

Mit dem Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten¹ hat der Gesetzgeber das Recht der Verbraucherdarlehen an die Vorgaben des EuGH i.S. „*Heininger ./. HypoVereinsbank*“² angepasst, insbesondere – aus seiner Sicht – die vom EuGH festgestellte nicht richtlinienkonforme Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie³ behoben. Nach meiner Stellungnahme zu den Gerichtsentscheidungen i.S. *Heininger* im Vorheft⁴ folgt hier eine Skizze der neuen Rechtslage⁵.

Zur Prozessgeschichte selbst bleibt noch eine Ironie des juristischen Schicksals nachzutragen: Nach Zurückverweisung durch den BGH hat das OLG München zum tatsächlichen Geschehen festgestellt, dass der Darlehensvertrag der Eheleute *Heininger* gar nicht in einer Haustürsituation abgeschlossen worden war⁶. Jedenfalls im konkreten Prozess mag man es mit Shakespeare halten: Much ado about nothing.

I. Die Novelle im Überblick

A. Materielles Recht⁷

Die maßgeblichen Änderungen finden sich in Art. 25 Abs. 1 Nrn. 7, 10, 13 und 16, Abs. 2 sowie Art. 34 S. 3 OLGVertrÄndG.

Danach entfällt die früher in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG enthaltene und dann im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung in § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB überführte weitgehende Privilegierung von Grundpfandgesicherten Krediten, und zwar, soweit es den Normwortlaut angeht, vollständig. Einzelne Ausnahmetatbestände bleiben aufrechterhalten, werden nun aber gesetzessystematisch bei der jeweiligen Norm geregelt, von deren Anwendung dispensiert wird. Es bleiben die Befreiungen von

- § 492 Abs. 1 Nr. 5 BGB (betreffend die Informationspflicht, den Gesamtbetrag aller Kosten anzugeben)
- § 497 Abs. 2 und Abs. 3 BGB (jedenfalls weitgehend⁸ – betreffend die Behandlung von Verzugszinsen)
- § 498 BGB (betreffend die Gesamtfälligkeit).

Zur sprachlichen Vereinfachung hat der Gesetzgeber den Begriff des Immobiliardarlehens im neuen § 492 Abs. 1a BGB als Gesetzesbegriff eingeführt; er beschreibt die bisherigen § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG / § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB auf der Tatbestandsseite, meint also Darlehen, deren Gewährung von der Bestellung eines Grundpfandrechts abhängig gemacht und die deswegen zu Vorzugsbedingungen gewährt werden⁹.

¹ Vom 23.7.2002, BGBl. I, 2850 – OLGVertrÄndG. Zur Gesetzesbegründung siehe die Empfehlung des Rechtsausschusses vom 5.6.2002, BT-Drucks. 14/9266, ZfR 2002, 500 = ZIP 2002, 1100 (mit Erläuterung *Schmidt-Rätsch*) sowie die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks. 14/9633, ZfR 2002, 586.

² Urt. vom 13.12.2001 – Rs C-481/99, MittBayNot 2002, 276.

³ Richtlinie des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen (85/577/EWG) ABi L Nr. 232 vom 31.12.1985, S. 31–33.

⁴ MittBayNot 2002, 252.

⁵ Dazu auch *Dörrie*, MR 2002, 685; ferner die kurzen Erwähnungen bei *Fischer*, DB 2002, 1266, 1268; *ders.*, DB 2002, 1643, *Koch*, WM 2002, 1593, 1598; *Derleder*, ZBB 2002, 202, 209; *Blow*, Verbraucherkreditrecht, 5. Aufl. 2002, § 495 BGB Rdnr. 267 a ff.

⁶ ZIP – aktuell 2002, Nr. 193.

⁷ Eine Zusammenstellung der relevanten zitierten Rechtsnormen findet sich im Anhang zu diesem Aufsatz.

⁸ Anwendbar bleibt § 497 Abs. 3 S. 3 BGB (betreffend die Verjährung der Rückzahlungsansprüche).

⁹ Zum inneren Verhältnis beider Tatbestandsmerkmale s. *Blow*, WM 2001, 2225.

Spätestens ab dem 1.7.2005 entfällt hingegen der Dispens von

- § 495 BGB (Widerrufsrecht)
- §§ 358, 359 BGB (verbundenes Geschäft; wechselseitiges Durchschlagen des Widerrufs; Einwendungsdurchgriff) und
- § 498 BGB (Bindung des Widerrufs an die Rückzahlung der Darlehensvaluta).

Auch das Immobiliardarlehen kann nun bei ordnungsgemäßer Belehrung binnen zwei Wochen, bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung unbeschränkt¹⁰ widerrufen werden.

B. Übergangsregelung

Die Änderungen gelten gem. Art. 34 S. 1, 25 Abs. 3 (als Ergänzung der Überleitungsvorschrift des Art. 229 EGBGB) für Haustürgeschäfte ab dem 1. August, sonst für nach dem 1. November 2002 abgeschlossene Verträge.

Um insbesondere den Kreditinstituten die Möglichkeit zur Anpassung ihrer Geschäftspraxis zu geben, erlaubt der Gesetzgeber übergangsweise einen vertraglichen Ausschluss des Widerrufsrechts bzw. eine vertragliche Einführung der Rückzahlungspflicht. Diese Übergangsregelung ergibt sich, damit auch jeder juristische Laie seine Rechte problemlos erkennt, aus Art. 34 S. 3 OLGVertrÄndG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Nr. 16 einerseits (als Neufassung des § 506 BGB zwischen 1.8./1.11.2002 und 30.6.2005) und Art. 25 Abs. 2 andererseits (als Neufassung des § 506 BGB ab dem 1.7.2005). Der Ausschluss muss jeweils in einer gesonderten schriftlichen Vereinbarung enthalten sein. Er kann, so § 506 Abs. 4 BGB, mit den Pflichtangaben zum Darlehensinhalt zusammengefasst sein, muss dann aber deutlich hervorgehoben werden. Die Gestaltungsfreiheit besteht von vornherein nicht bei Haustürgeschäften.

Ein Stimmungsbild – ohne statistisch repräsentativen Anspruch – bei Kreditinstituten meines Amtsbereichs hat indes ergeben, dass von den Möglichkeiten des § 506 BGB kein Gebrauch gemacht wird¹¹.

¹⁰ § 355 Abs. 3 S. 3 BGB n. F. (gemäß Art. 25 Abs. 1 Nr. 6 OLGVertrÄndG).

¹¹ Für dieses Verhalten der Kreditinstitute und gegen die von § 506 Abs. 2–4 BGB gewährte Gestaltungsfreiheit spricht immerhin, dass die Regelung eine Komplexität erreicht, die den üblichen nicht studierten, insbesondere nicht juristisch studierten Kreditsachbearbeiter schlicht überfordert. Schon vor der Gesetzesnovelle berichtete ein Banksyndikus auf einer Tagung, dass sein Institut standardmäßig in allen Fällen über das Widerrufrecht belehre, weil den Sachbearbeitern nicht zugemutet werden könne, anhand einfacher Kriterien über das gesetzliche Erfordernis der Widerrufsbelehrung zu entscheiden. Gerade angesichts der Tatsache, dass § 506 BGB die Gestaltungsmöglichkeit dann nicht gewährt, wenn das Darlehen als Haustürgeschäft abgeschlossen wurde, ist diese Verhaltensweise der Kreditinstitute nur konsequent.

II. Anlass der Gesetzesänderung

Der EuGH hat den Ausschluss des Widerrufsrechts bei in Haustürsituationen getätigten Verbraucherdarlehen für richtlinienwidrig erachtet. Damit wurde der deutsche Gesetzgeber unter Handlungsdruck gesetzt.

Die meines Erachtens vorzugswürdige¹², aber vom Gesetzgeber nur kurz diskutierte Reaktion¹³ hätte darin bestanden, die verschiedenen Widerrufsrechte durch Abschaffung des § 312 a BGB in Idealkonkurrenz zu gewähren¹⁴. Hierzu konnte man sich jedoch nicht durchringen¹⁵. Der Gesetzgeber bleibt bei der Prämisse des § 312 a BGB: Vorrang des Verbraucherkreditrechts. Um richtlinienkonform dem Verbraucher ein Widerrufsrecht auch bei Haustürgeschäften zu geben (hier mit § 495 BGB), müssen stattdessen die Ausnahmen von diesem Widerrufsrecht (hier eben § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F.) eingeschränkt bzw. abgeschafft werden.

Egal, wie man zu dieser Frage steht: Die Geschwindigkeit, mit welcher der Gesetzgeber erneut arbeitet, frappt. Nach der Rechtsprechung des EuGH genügt eine bloß richterrechtliche Umsetzung verbraucherschützender Richtlinien zu wenig¹⁶. Der Verbraucher soll sich im geschriebenen Gesetz über seine Rechte informieren können; ihm sollen klagbare Ansprüche gewährt werden. Trotz richtlinienkonformer Reduktion des § 5 Abs. 2 HWiG (nun § 312 a BGB) konnte daher der Rechtszustand nach dem Revisionsurteil des BGH nicht von Dauer sein. Gleichwohl hat aber doch der BGH mit seiner Rechtsansicht zur Zulässigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung / Reduktion des § 5 Abs. 2 HWiG¹⁷ den unmittelbaren Druck – auch in wirtschaftlicher Hinsicht – aus dem Problembereich herausgenommen¹⁸. Mehr Zeit wäre durchaus vorhanden gewesen. Der Gesetzgeber hat zwar korrigierend eingegriffen und die Anwendung von Widerrufs- und Einwendungsdurchgriff bei verbundenen Geschäften auf alle Widerrufsrechte ausgedehnt¹⁹. Angesichts der gleichzeitig vorgenommenen Verschärfung der Anforderungen an ein verbundenes Geschäft im Immobilienverkehr mit § 358 Abs. 3 S. 3 BGB verliert der Eingriff des Gesetzgebers aber wiederum viel an Wirkung und hätte damit keine solche Hast erfordert.

¹² MittBayNot 2002, 252, 253.

¹³ BT-Drucks. 14/9266 = ZIP 2002, 1100, 1105.

¹⁴ Diese Lösung hätte zu der Rechtslage geführt, wie sie besteht, wenn ein Kreditinstitut von der durch § 506 Abs. 2–4 BGB gewährten Gestaltungsfreiheit Gebrauch macht: Der zulässige vertragliche Dispens bezieht sich ausschließlich auf das Widerrufsrecht wegen Aufnahme eines Verbraucherdarlehens, nicht aber auf das Widerrufsrecht wegen eines Vertragschlusses in einer Haustürsituation.

¹⁵ Zur Kritik an der Begründung des Gesetzes s. unten.

¹⁶ S. etwa Heß, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht (1999), S. 33–35. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 249 EG-Vertrag Rdnr. 51.

¹⁷ Ablehnend zu dieser Auslegung z.B. Pickenbrock/Schulze, WM 2002, 521; Hochleitner/Wolff/Großbrichter, WM 2002, 529.

¹⁸ Daher drohten meines Erachtens auch keine Staatshaftungsansprüche – anders in der Einschätzung aber Dörrie ZfIR 2002, 685, 686.

¹⁹ Das HWiG enthielt keine § 9 VerbrKrG entsprechende Norm. Eine (analoge) Anwendung lehnt der BGH ab (MittBayNot 2002, 280, 284), sie wird aber z.B. von Hoffmann, ZIP 2002, 1066, 1068 befürwortet.

III. Die Widerruflichkeit des Finanzierungsdarlehens

Die Einführung des allgemeinen Widerrufsrechts auch für Immobiliendarlehen betrifft naturgemäß zunächst die Bankenpraxis²⁰, dagegen weniger – auf dieser Stufe zumindest – die notarielle Praxis. Die Privilegierung notariell beurkundeter Darlehensverträge bleibt unangetastet (früher § 491 Abs. 3 Nr. 2, nun Nr. 1 BGB).

Allerdings scheint sich die prognostizierte Erschwerung der Grundstücksfinanzierung zu bewahrheiten²¹. Weniger die Einführung des Widerrufsrechts an sich als vielmehr der mit dem Abwarten verbundene Zeitverlust wurde – im Rahmen des Stimmungsbildes – für problematisch gehalten. Zwar erklären die Kreditinstitute im Vorfeld der Vertragsanbahnung ihre allgemeine Finanzierungsbereitschaft. Die eigentliche Ausarbeitung des unterschriftreifen Darlehensvertrages (mit den Pflichtangaben des § 492 BGB) erfolgt aber häufig erst nach der Beurkundung des Kaufvertrages. Zur internen Bearbeitungszeit des Institutes tritt dann die 14-tägige Widerrufsfrist. Der notarielle Standortvorteil, im Sprengel eines sehr schnellen Grundbuchamts tätig zu sein, stellt sich für den Grundstückskäufer damit plötzlich als Risiko heraus, weil der Kaufpreis womöglich deutlich vor Ablauf der Widerrufsfrist fällig wird. Vor Ablauf der Widerrufsfrist werden die Darlehensmittel nur ausnahmsweise bereitgestellt, und dann auch nur von kleinen, regional tätigen Kreditinstituten nach Prüfung der bisherigen Geschäftsverbindung.

IV. Die Widerruflichkeit des Erwerbsvertrages: Drittfinanzierter Immobilienerwerb als verbundenes Geschäft

A. Gesetzssystem

Das Widerrufsrecht nach § 495 BGB richtet sich – anders als das frühere Abzahlungsgesetz – gegen das Darlehen als Finanzierungsgeschäft und nicht gegen den Anschaffungsvertrag als finanziertes Geschäft²². Belehrungspflichtig über das Widerrufsrecht ist damit das jeweilige Kreditinstitut²³. Nach § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB schlägt aber der Widerruf des Darlehens auch auf das Anschaffungsgeschäft durch, wenn Darlehen und Anschaffungsvertrag ein verbundenes Geschäft²⁴ im Sinne des § 358 Abs. 3 BGB bilden.

Verkompliziert wird die Rechtslage durch § 358 Abs. 2 S. 2, 3 BGB: Wenn dem Verbraucher bei verbundenen Geschäften nicht nur gegen das Finanzierungsgeschäft ein Widerrufsrecht zusteht²⁴, sondern auch ein – anderes – Widerrufsrecht gegen das finanzierte Geschäft²⁵, so setzt sich das *andere* Widerrufsrecht durch. Ob der Gesetzgeber gut beraten war, in § 358 Abs. 2 S. 2, 3 BGB eine dem § 312 a BGB zuwiderlaufende Vorrangbestimmung zu statuieren, soll hier ebenso offen bleiben wie die Anforderungen an ordnungsgemäße Widerrufsbelehrungen in derartigen Kollisionsfällen.

²⁰ Dazu Dörrie, ZfIR 2002, 685, 687.

²¹ Volmer ZfIR 2002, 511.

²² Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Bearbeitung 2001, § 9 VerbrKrG Rdnr. 47 ff.; Palandt/Putzo, BGB, 61. Aufl. 2002, § 9 VerbrKrG Rdnr. 9.

²³ Dieses ist Unternehmer i.S.d. § 355 Abs. 1 BGB.

²⁴ Als Verbraucherdarlehen, § 495 BGB.

²⁵ Z.B. gem. § 312 BGB wegen Tätigkeit der Anschaffung (nicht der Darlehensaufnahme!) in einer Haustürsituation oder gem. § 485 BGB wegen Anschaffung eines Teilzeitwohnrechts.

B. Damit: Widerruflichkeit des Grundstückskaufvertrages

Die reflexartige Privilegierung auch des Grundstückskaufvertrages²⁶ ist entfallen. Eine besondere Vorzugsbehandlung für Immobilienerwerbe besteht nicht²⁷. Widerrufs- und Einwendungsdurchgriff bestehen auch gegen Grundstückskäufe ungeachtet der notariellen Beurkundung, sofern sie nur mit den Finanzierungsdarlehen ein verbundenes Geschäft bilden.

C. Das verbundene Immobiliengeschäft nach der Neufassung des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB

Nach der gesetzlichen Definition des § 358 Abs. 3 S. 1, 2 BGB ist ein verbundenes Geschäft bei einer wirtschaftlichen Einheit von Darlehen und Erwerbsvertrag anzunehmen²⁸. Die wirtschaftliche Einheit wiederum liegt zumal dann vor, wenn der Darlehensgeber sich der Mitwirkung des verkaufenden Unternehmens bedient.

Nach Auffassung des Gesetzgebers wird diese Legaldefinition²⁹ den Verhältnissen bei Immobilienerwerben nicht gerecht³⁰. Es bestand die Befürchtung, dass die allgemein übliche Mitwirkung des Verkäufers bei der Erwerbsfinanzierung durch Erteilung einer Finanzierungsvollmacht schon zur Annahme eines verbundenen Geschäfts führen könne. Daneben müsse an überörtliche Banken ohne eigenes Filialnetz gedacht werden. Eine solche Kooperation von Finanzierungsbank und Verkäufer sei aber bei wertender Betrachtung nicht ausreichend, um bei Grundstückskaufverträgen die wirtschaftliche Einheit annehmen zu können.

Daher wurde mit § 358 Abs. 3 S. 3 BGB eine abweichende Legaldefinition für das verbundene Geschäft beim Immobilienerwerb erlassen. Eine wirtschaftliche Einheit ist danach nur dann anzunehmen, wenn die Finanzierungsbank des Erwerbers ihre Rolle als Kreditgeberin verlässt bzw. über diese Rolle hinaus geht und sie typische Veräußererfunktionen wahrnimmt, nämlich Wirtschaftlichkeitsprüfung nicht nur im eigenen Interesse, sondern im Interesse des Kunden, Anraten zum Tätigen des Geschäfts oder sonstige Förderung des Grundstückserwerbs³¹.

Während der BGH i. S. *Heininger* die völlige Unanwendbarkeit der Grundsätze zu Widerrufs- und Einwen-

dungsdurchgriff postuliert hat³², baut der Gesetzgeber auf älterer Rspr. des BGH auf³³: Darin waren mit unterschiedlicher Begründung die Hürden für die Annahme verbundener Geschäfte im Immobilienbereich zwar immer höher gelegt worden als bei Anschaffungen beweglicher Sachen zu Konsumzwecken³⁴. Die Anwendung der Grundsätze zum Einwendungsdurchgriff war aber auch nie kategorisch ausgeschlossen worden, so dass z.B. *Wolfsteiner* bereits Anfang der 80er Jahre die Banken warnte, sich bei der Wahrnehmung von Verkäuferfunktionen nicht zu weit vorzuwagen³⁵.

D. Einzelfälle zur Gesetzesanwendung

1. Verkauf durch Privatpersonen

Nach meiner Interpretation fällt die Veräußerung eines Grundstücks durch eine Privatperson, die selbst nicht Unternehmer im Sinne des § 14 BGB ist, nicht in den Anwendungsbereich der §§ 358, 359 BGB. Zwar erschließt sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 358 Abs. 2 S. 1 BGB, weil zur Person des Erbringers der Warenlieferung oder sonstigen Leistung keine nähere Aussage getroffen bzw. kein näheres Erfordernis aufgestellt wird. Die Gesetzssystematik spricht aber dafür, dass es sich beim Leistungserbringer um einen Unternehmer handeln muss.

Dies zeigt zunächst einmal der Vergleich mit § 358 Abs. 1 BGB, der den umgekehrten Fall des Widerrufsrechts regelt: Gegen das Erwerbsgeschäft besteht ein Widerrufsrecht³⁶, und der Widerruf des finanzierten Vertrages schlägt auf das Finanzierungsgeschäft durch. Hier muss die finanzierte Warenlieferung oder Leistungserbringung durch einen Unternehmer³⁷ erbracht worden sein, gleichzeitig muss das Finanzierungsgeschäft den Charakter eines Verbraucherdarlehensvertrages³⁸ haben. Nach der Legaldefinition des § 491 Abs. 1 BGB muss es sich daher um ein von einem Unternehmer gewährtes Darlehen handeln. § 358 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 3 und schließlich § 359 S. 1 BGB bestätigen das Ergebnis: All diese Normen bezeichnen den Warenlieferanten bzw. Erbringer der sonstigen Leistung als „Unternehmer“, also als jemanden, der im Rahmen einer gewerblichen Betätigung handelt.

²⁶ Reflexartig, weil, sofern der Immobilienerwerb überhaupt kreditfinanziert war, er typischerweise durch ein grundschuldgesichertes Darlehen finanziert war. Damit kam es zur Anwendung der §§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG / 495 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F.

²⁷ Vgl. bisher schon BGH DNotZ 1980, 344 (mit Anm. *Wolfsteiner*); *Baudenbacher* JZ 1985, 661; *Habersack*, ZHR 156 (1992), 45; *Zimmermann*, BWNotZ 1994, 49, 50 f., *Staudinger/Kessel-Wulf*, a.a.O. (Fn. 22), § 9 VerbrKrG Rdnr. 45; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2001, Rdnr. 214; *Wunderlich* DB 1980, 913, 917.

²⁸ Zur wirtschaftlichen Einheit allgemein *Staudinger/Kessel-Wulf*, a.a.O., § 9 VerbrKrG Rdnr. 20 ff.; *Habersack* DStR 1994, 1853; *Heermann* AcP 200 (2000), 1-44;

²⁹ Vermutlich sollte man angesichts der vielfältigen, wechselnden Begründungen der Rechtsprechung (dazu insbes. *Dauner-Lieb*, WM-Sonderbeilage 6/1991; ferner *Heermann* AcP 200 (2000), 1 ff.) ohnehin besser von einem Typusbegriff sprechen. Er entzieht sich – auch angesichts der mannigfaltigen wissenschaftlichen Erklärungsansätze – einer abschließenden Beschreibung. Aber das juristisch geschulte Auge erkennt aus dem Einzelfall heraus das verbundene Geschäft.

³⁰ BT-Drucks. 12/9266 = ZIP 2002, 1100, 1104 f = ZfIR 2002, 500.

³¹ Dazu *Schmidt-Rätsch*, ZIP 2002, 1100, 1102.

³² MittBayNot 2002, 280, 284 – kritisch dazu wegen Missachtung früherer Rspr. daher *Hoffmann*, ZIP 2002, 1066, 1067. Wie der BGH aber z.B. von *Heymann*, Bankenhaftung bei Immobilienanlagen, 14. Auflage S. 177; *Dörrie*, ZfIR 2002, 685, 687.

³³ NJW 1980, 81 = DNotZ 1980, 344 (mit lesenswerter Anm. *Wolfsteiner*); NJW 1981, 389; BGH DNotZ 2000, 700, OLG Karlsruhe WM 2001, 245; LG Verden VuR 2001, 377. Weitere Nachweise bei *Heermann*, AcP 200 (2000), 1, 7 (in Fn. 24).

³⁴ So etwa das steuerlich veranlasste Interesse an einer Aufspaltung in 2 Verträge (BGH NJW 1981, 389) oder die auch beim Laien vorhandene Kenntnis, dass beim Immobilienkauf Verkäufer und Finanzierungsbank nicht identisch seien (BGH DNotZ 1980, 344, 347; OLG Stuttgart WM 2000, 2146) – auf die anders gelagerte Verkehrssitte weist auch *Wolfsteiner*, DNotZ 1980, 349 hin, krit. jedoch *Baudenbacher* JZ 1985, 661, 668. Diese Rechtsprechung trägt meines Erachtens zur Unsicherheit über den Typus der wirtschaftlichen Einheit von Finanzierungsgeschäft und finanziertem Geschäft bei, weil beide Überlegungen bei Konsumkrediten keine Rolle spielen, die Beteiligten also den Charakter der wirtschaftlichen Einheit nicht durch besondere Aufklärung vermeiden können (*Dauner-Lieb*, WM-Sonderbeilage 6/1991, S. 12).

³⁵ DNotZ 1980, 349, 350. Weiter gingen aus der – auch notariellen – Literatur z. B. *Habersack*, ZHR 156 (1992), 45; *Basty*, a.a.O. (Fn. 24), Rdnr. 214; *Zimmermann*, BWNotZ 1994, 49, davon aus, dass eine besondere Privilegierung notarieller Verträge nicht bestehe.

³⁶ Beispielsweise wegen einer Haustürsituation, wegen Vertragsabschlusses im Fernabsatz oder wegen Erwerbs eines Teilzeitnutzungsrechts.

Damit ist § 358 BGB trotz der Tatsache, dass die zentrale Aussage des § 358 Abs. 2 S. 1 BGB eine solche Klarstellung nicht enthält, immer noch deutlicher gefasst als die Vorgängernorm des § 9 VerbrKrG. In ihr war zur Person des Verkäufers überhaupt keine Aussage getroffen und ließ sich auch aus dem Gesamtzusammenhang der Norm eine solche nicht entnehmen. Auf den ersten Blick erstaunt es daher, dass diese Frage in der Kommentarliteratur überhaupt nicht erörtert wird³⁷.

Die Erklärung dürfte – ebenfalls die Eingangsthese bestätigend – darin bestehen, dass solche Fälle nicht vorgekommen sind. Sie dürften deswegen nicht vorgekommen sein, weil ungeachtet aller mit dem Typus des verbundenen Geschäfts einhergehenden Abgrenzungsprobleme eine jedenfalls tatsächliche Abstimmung³⁸ zwischen Verkäufer und Erwerbsfinanzierer immer vorhanden war – eine solche Abstimmung war aber mit einem privaten Verkäufer nicht denkbar.

2. Finanzierungsbank des Erwerbers als Verkäufermakler

Besonderes Augenmerk ist auf die praktisch bedeutsamen Fälle zu legen, in denen ein Kreditinstitut oder eine dem Kreditinstitut nahe stehende Organisation als Verkäufermakler tätig wird und sich der Erwerber entscheidet, bei diesem Kreditinstitut zu finanzieren. Dann ist prima facie genau die von § 358 Abs. 3 S. 3 BGB verlangte Situation eingetreten, dass nämlich das Kreditinstitut selbst im Veräußererinteresse tätig wird.

Auszuscheiden sind aus dieser Fallgruppe nach dem Vorgesagten die Fälle der Vermarktung einer von einem Privatmann angebotenen Immobilie. Da § 358 Abs. 3 S. 3 BGB ein Tätigwerden für den Veräußerer verlangt, sind weiter die Fälle nicht erfasst, in denen das Kreditinstitut allein als Käufermakler tätig wird.

Bei Vermakelung des Grundstücks im Verkäuferinteresse³⁹ und gleichzeitiger Erwerbsfinanzierung muss man wohl von einer wirtschaftlichen Einheit ausgehen. Präjudizien sind insoweit jedoch nicht vorhanden, und auch der Gesetzgeber hat diesen Fall in seinen Erwägungen nicht gesehen, obwohl er als Grenzfall wesentlich bedeutender ist als die zur Neufassung des § 358 Abs. 3 S. 3 BGB herangezogenen Sachverhalte.

Gegen die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit allein wegen der Doppelfunktion des Kreditinstitutes als Verkäufermakler und Erwerbsfinanzierer könnte immerhin sprechen, dass der Gesetzgeber § 358 Abs. 3 S. 3 BGB als Verschärfung der allgemeinen Regeln zur wirtschaftlichen Einheit erlassen hat, dass aber die Doppelfunktion des Kreditinstitutes die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit nach § 358 Abs. 2 S. 1, 2

BGB wohl nicht begründet hätte. *Hoffmann*⁴⁰ nimmt bei Immobiliengeschäften eine wirtschaftliche Einheit gem. § 358 Abs. 2 S. 1, 2 BGB dann an, wenn Verkäufer und Kreditgeber planmäßig zusammenwirken und zwischen Verkauf und Finanzierungsangebot ein innerer Zusammenhang besteht. An diesem inneren Zusammenhang könnte es trotz Doppeltätigkeit des Kreditinstitutes fehlen, wenn die Erwerbsfinanzierung bei ihm nur zufällig stattfindet, weil der Käufer sich – ggf. nach Vergleich mit den Angeboten anderer Institute – aus anderen Gründen als der Maklertätigkeit für dieses Institut entschieden hat. Nur wäre dann aus Sicht des Notars nie zu klären und im Prozess schwer darüber Beweis zu erheben, wie deutlich der mit der Maklertätigkeit betraute Mitarbeiter zu einer Finanzierung gerade bei seinem Institut geraten hat⁴¹. Immerhin hat das Stimmungsbild auch ergeben, dass zumindest Teile der betroffenen Maklerverbände mit dieser Rechtslage rechnen und sich auf sie einstellen.

3. Finanzierungsmitwirkung des Verkäufers

Mit der Neufassung des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB wollte der Gesetzgeber ausweislich der amtlichen Begründung u. a. klarstellen, dass die übliche Finanzierungsmitwirkung des Verkäufers durch Erteilen einer Belastungsvollmacht noch nicht zur Annahme der wirtschaftlichen Einheit führt⁴².

Fraglich ist aber, ob es dieser Klarstellung überhaupt bedurft hätte, ob mit anderen Worten diese Finanzierungsmitwirkung des Verkäufers nach den allgemeinen Grundsätzen des § 358 BGB zur Annahme einer wirtschaftlichen Einheit geführt hätte. Das Merkmal des „Sich Bedienens des Verkäufers“ setze nach bisheriger Auffassung immer voraus, dass das Kreditinstitut ihm obliegende Tätigkeiten auf den Verkäufer delegiert⁴³. Dies ist aber bei einer Finanzierungsvollmacht des Verkäufers nicht der Fall: Er steht typischerweise weder in einer Geschäftsverbindung zur Finanzierungsbank des Käufers, auf deren Auswahl er keinen Einfluss hat, noch in tatsächlichem Kontakt mit ihr. Er erteilt ja dem Käufer gerade deswegen Vollmacht, um jedes weiteren Kontakts mit der Finanzierungsbank des Käufers entoben zu sein. Hier bedient sich nicht die Finanzierungsbank des Erwerbers des Verkäufers, sondern der Erwerber selbst, um die nach dem Darlehensvertrag bestehende Verpflichtung zur Bestellung einer Grundschuld zu erfüllen.

Nichts anderes ergibt sich auch aus der besonderen Zweckbindung, die bei der Finanzierungsmitwirkung des Verkäufers eine unmittelbare Auszahlung auf sein eigenes Konto⁴⁴ unter Übergehung des Käufers voraussetzt. Zwar wird zur Begründung der wirtschaftlichen Einheit sehr häufig der Topos der unmittelbaren Auszahlung der Darlehensvaluta an den Verkäufer unter Ausschaltung des Käufers von jeder Verfügungsbefugnis angeführt⁴⁵. In der Gesamtbetrachtung liegt die

³⁷ Siehe etwa die sonst umfassende Kommentierung von *Staudinger/Kessal-Wulf*, a.a.O. (Fn. 22), zu § 9 VerbrKrG.

³⁸ Anfangs wurde eine rechtliche Abstimmung durch Rahmenverträge von der Rspr. zum Anlass genommen, eine wirtschaftliche Einheit anzunehmen. Später verzichteten die Bet. auf ausdrückliche vertragliche Absprachen, so dass die Rspr. sich anderen Kriterien zuwandte, wie z.B. die Erscheinung gegenüber dem Käufer, siehe zur Entwicklungsgeschichte *Dauner-Lieb*, WM-Sonderbeilage 6/1991; *Heermann* AcP 200 (2000), 1ff. Das Europäische Recht (Verbraucherkreditrichtlinie – Richtlinie des Rates vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (87/102/EWG) – dort Art. 11 Abs. 2) nimmt die wirtschaftliche Einheit bei Rahmenabkommen von Lieferanten und Kreditgebern an. Die Abweichung des nationalen deutschen Rechts ist aber als höherer Verbraucherschutzstandard zulässig (Art. 15 Verbraucher-kreditrichtlinie).

³⁹ Bzw. bei Doppeltätigkeit des Maklers: auch im Verkäuferinteresse

⁴⁰ ZIP 2002, 1066, 1074.

⁴¹ Ein bloßer Tipp des Verkäufers genügt zur Annahme der wirtschaftlichen Einheit nicht; die Initiierung der Finanzierungsberatung/Begleitung zum Vertragsabschluss genügt hingegen sehr wohl. BGH NJW 1983, 2250, 2251; *Dauner-Lieb*, WM-Sonderbeilage 6/1991, S. 14.

⁴² BT-Drucks. 14/9266 = ZIP 2002, 1100, 1105.

⁴³ Bestehen eines Rahmenvertrages, Verwendung aufeinander abgestimmter Formulare, arbeitsteiliges Zusammenwirken.

⁴⁴ Bzw. dasjenige seiner eigenen Gläubigerbanken.

⁴⁵ *Heermann*, AcP 200 (2000), 1, 7; *Dauner-Lieb*, WM-Sonderbeilage 6/1991, S. 10 (die selbst a.a.O., S. 15, diesem Argument aber kritisch gegenübersteht); *Staudinger/Kessal-Wulf*, a.a.O. (Fn. 22), § 9 VerbrKrG Rdnr. 32.

Finanzierungsmitwirkung des Verkäufers aber insgesamt anders. Schon die Erteilung einer Vollmacht an den Käufer, eine Grundschuld auf dem erworbenen Objekt zu bestellen, findet beim verbundenen Geschäft zur Anschaffung beweglicher Sachen zu Konsumzwecken kein Korrelat. Die Sicherungssituation des Verkäufers ist bei beweglichen Sachen eine ganz andere, weil sich der typischerweise von ihm ausbedungene Eigentumsvorbehalt gegenüber der Sicherungsübereignung an eine Bank durchsetzt (§ 933 BGB), umgekehrt der Käufer aber sofort die Sicherungsübereignung vornehmen kann. Die Einschränkung der Vollmacht auf eine bestimmte Verwendung der Grundschuld, nämlich nur zur Finanzierung des Kaufpreises, ist daher wirtschaftlich Gegenleistung und rechtlich Bedingung für die Finanzierungsvollmacht. Dies kann entgegen der Auffassung des Gesetzgebers bei der Frage, ob eine wirtschaftliche Einheit vorliegt oder nicht, nicht unberücksichtigt bleiben.

V. Handlungsempfehlungen

A. Belehrungspflichten

Für den Notar, der den Immobilienkaufvertrag beurkundet, stellt sich damit die Frage, ob er die Beteiligten gem. § 17 BeurkG über das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts und die sich hieraus ergebenden Folgen belehren muss. Indes wird der Immobilienkäufer als Darlehensnehmer ohnehin vom Kreditinstitut belehrt, und zwar sowohl über das Widerrufsrecht als auch über die Tatsache, dass mit Erklärung des Widerrufs auch das finanzierte Geschäft, hier also der Immobilienerwerb, hinfällig wird (§ 358 Abs. 5 BGB). Nach meiner Einschätzung ist es auch nicht der Käufer, der eines Hinweises, jedenfalls nicht eines warnenden Hinweises, auf die indirekte Widerruflichkeit des Kaufvertrages bedarf. Die Ausübung des Widerrufs liegt allein in seiner Macht, die Möglichkeit des Widerrufs bietet ihm also ein Mehr⁴⁶ an Entscheidungsfreiheit. Einer Warnung bedarf es hier also nicht⁴⁶.

Eine Warnung müsste eher an den Verkäufer gerichtet werden, der ggf. mit einem sofortigen Bestand des Kaufvertrages rechnet, sich aber darüber aufklären lassen muss, dass bei einem Widerruf des Darlehens auch der Kaufvertrag wegfällt. Selbst hier schätze ich den Belehrungsbedarf aber eher gering ein. Es handelt sich beim Verkäufer immer um einen Unternehmer, bei dem also – jedenfalls typischerweise – eine gewisse Geschäftserfahrung unterstellt wird⁴⁷. Auch die Tatsache, dass mit der Annahme der wirtschaftlichen Einheit verbundene Überraschungseffekte⁴⁸ für den dritten Vertragspartner in der Literatur nicht diskutiert wurden, spricht im Übrigen dafür, dass aufgrund der faktisch anzutreffenden Kooperation des Lieferanten/Verkäufers mit dem Erwerbsfinanzierer die Anwendung der Grundsätze zum verbundenen Geschäft klaglos akzeptiert wurde.

B. Vertragsvollzug

Weiter ist zu überlegen, wie sich der Notar beim Vertragsvollzug zu verhalten hat, wenn ihm die wirtschaftliche Einheit von Grundstückskauf und Finanzierungsdarlehen bekannt ist.

⁴⁶ Jedenfalls sollte die notarielle Praxis bewussten Abstand von einer förmlichen Belehrung über das Widerrufsrecht halten. Sonst besteht womöglich die Gefahr, dass eine unrichtige notarielle Belehrung auch die an sich zutreffende Belehrung der Bank unwirksam macht.

⁴⁷ Vgl. etwa die Ergänzung des § 17 Abs. 2a BeurkG durch das OLG VertrÄndG: Im Gegensatz zu Verbrauchern sind Unternehmer typischerweise weniger belehrungsbedürftig.

Dieses Wissen ergibt sich z.B., wenn im Kaufvertrag eine Verkäuferprovision für ein Kreditinstitut ausbedungen wird und der Erwerber seine Finanzierungsgrundschuld für eben dieses Kreditinstitut bestellt.

1. Vollzug der Auflassung; Gefahr der Rückgewähr

Der Endvollzug des Kaufvertrages, der Vollzug der Auflassung also, dürfte regelmäßig daran scheitern, dass die Grundbuchvorlage der Auflassung (wenn nicht gar ihre Beurkundung) vom Nachweis der vollständigen Kaufpreiszahlung abhängig gemacht wurde, es zur Kaufpreiszahlung nach Erklärung des Widerrufs aber nicht kommt. Zu einer Rückabwicklung des Grundstückskaufvertrages⁴⁸ dürfte es jedenfalls bei einer wirksamen Belehrung, die das Widerrufsrecht nach zwei Wochen zum Erlöschen bringt, kaum jemals kommen. Selbst wenn die Auflassung einmal ohne Rücksicht auf die Kaufpreiszahlung im Grundbuch vollzogen werden soll, ist immer noch die Unbedenklichkeitsbescheinigung abzuwarten, deren Erteilung üblicherweise länger dauert als die Widerrufsfrist.

2. Eintragung der Vormerkung

Aus Sicht des Verkäufers bedenklicher könnte die Eintragung der Vormerkung sein, die ja regelmäßig unmittelbar nach Beurkundung des Kaufvertrages zur Eintragung im Grundbuch beantragt und, jedenfalls bei schnellen Grundbuchämtern, dann auch regelmäßig innerhalb der Widerrufsfrist eingetragen wird. Die Vormerkung selbst kann gem. § 883 Abs. 1 S. 2 BGB trotz Widerruflichkeit eingetragen werden. Die Überlegung, mit dem Antrag auf Eintragung der Vormerkung bis zum – ergebnislosen – Ablauf der Widerrufsfrist abzuwarten, halte ich für verfehlt. Die zügige Eintragung der Vormerkung vermeidet Probleme mit vertragsgefährdenden Zwischenrechten⁴⁹. Durch das Abwarten der Frist kann u.U. erst später fällig gestellt werden. Dieser Zeitverlust ist angesichts der geringen Widerrufsquote im Regelfall nicht hinzunehmen.

Stattdessen sollte man besser mit sog. Schubladlöschungsbevollmächtigungen oder Vollmachtlösungen arbeiten⁵⁰, die nicht nur bei einem Rücktritt des Verkäufers wegen Zahlungsverzuges, sondern auch dann verwendet werden dürfen, wenn der Verkäufer den vom Käufer ausgesprochenen Widerruf sowie die Geschäftseinheit von Kauf und Darlehen schlüssig behauptet und der Käufer sich hierzu nicht anderweitig äußert.

3. Vollzug der Auflassung im Grundbuch

Im Grundbuchverfahren sehe ich keine Probleme: Für den Eigentumswechsel muss zwar nach § 20 GBO die Auflassung nachgewiesen sein, nicht aber das schuldrechtliche Rechtsgeschäft⁵¹. Der Widerruf nach § 355 BGB betrifft aber nur das schuldrechtliche Geschäft, nicht das dingliche Vollzugsgeschäft. Dies zeigt § 357 Abs. 1 BGB, der für die Rückabwicklung auf die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt verweist. Der Widerruf schlägt also nicht auf die Auflassung durch. Damit muss dem Grundbuchamt die Nichtausübung des Widerrufs nicht nachgewiesen werden.

⁴⁸ Mit der Folge, dass das Eigentum am Grundstück zurückzugewähren wäre §§ 358 Abs. 4, 357 Abs. 1, 346 BGB.

⁴⁹ Z.B. wenn das Finanzamt in Kenntnis des Verkaufs noch Zwangshypotheken beantragt: Diese sind bei sofortigem Antrag auf Eintragung der Vormerkung immer nachrangig zur Vormerkung.

⁵⁰ Amann, in: Beck'sches Notarhandbuch. 3. Aufl. 2000, A 1 Rdnr. 172.

⁵¹ Hier fällt die Kontrolle nach § 925 a BGB in den Verantwortungsbereich des Notars.

4. Bauträgerverträge

Ein erhebliches Vollzugsproblem sehe ich hingegen bei der Abwicklung von Bauträgerverträgen, die mit der Erwerberfinanzierung eine wirtschaftliche Einheit bilden. Zwar hängen auch hier Vollzug bzw. Beurkundung der Auflassung von der vorherigen Kaufpreiszahlung ab, woran es nach der Erklärung des Widerrufs fehlt. Fraglich ist aber, ob der Notar im Rahmen der nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 MaBV erforderlichen Äußerung des Notars zur Wirksamkeit des Bauträgervertrages auch das Widerrufsrecht berücksichtigen muss. Diese Frage wurde in der Rechtsprechung noch nicht behandelt, sie wird in der Literatur teils bejaht⁵², teils (beispielsweise von *Wagner*⁵³) verneint.

Für die Nichtberücksichtigung spricht immerhin, dass der Widerrufsdurchgriff des § 358 BGB nicht zu einer schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages führt, mit der Folge, dass die Wirksamkeit erst positiv festgestellt werden müsste. Vielmehr handelt es sich um den Fall einer schwebenden Wirksamkeit. Mit anderen Worten: Der Bauträgervertrag ist wirksam; der Erwerber hat es lediglich durch eine eigene Erklärung in der Hand, die Wirksamkeit zu beseitigen. Dieser Fall steht auch systematisch betrachtet der Möglichkeit des Rücktritts viel näher, was sich beispielsweise daran zeigt, dass die Rückabwicklung des Vertrages nach Widerruf nach den Vorschriften über das Rücktrittsrecht erfolgt. Für diesen Fall muss sich der Notar aber lediglich zum verkäuferseitigen Rücktrittsrecht äußern, nicht zum Erlöschen etwaiger Rücktrittsrechte des Erwerbers. Dies ist auch sachlich richtig, denn die beste Kenntnis über die Ausübung ihm zustehender Gestaltungsrechte hat immer noch der Käufer selbst. Immerhin wäre insoweit aber eine Klarstellung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 MaBV durch den Verordnungsgeber angebracht.

Folgt man dieser Auffassung nicht, hält man vielmehr auch eine Aussage des Notars über das Erlöschen der Widerrufsrechte für erforderlich, so stellt sich die Frage, wie der Notar vom Erlöschen dieser Widerrufsrechte Kenntnis erlangen soll.

Rechtlich zulässig kann zunächst der Notar als Empfänger des Widerrufs benannt werden⁵⁴. Die Verbraucherschutzvorschriften verlangen nicht, dass gerade das Kreditinstitut Empfänger der Widerrufserklärung sein muss. Entscheidend ist nur, dass der Verbraucher lediglich gegenüber der benannten Person/Stelle den Widerruf erklären muss und der ihr gegenüber erklärte Widerruf wirksam und genügend ist. Praktisch scheitert diese Gestaltung allerdings vermutlich daran, dass die Kreditinstitute sich hierauf nicht einlassen werden.

Es bleiben dann nur die von *Basty*⁵⁵ bereits erörterten Möglichkeiten, nämlich

- Mitbeurkundung des Darlehens unter Ausnutzung des § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB
- Bestätigung der finanzierenden Banken über die ordnungsgemäße Belehrung und das Erlöschen des Widerrufsrechts
- Erklärung/Versicherung des Erwerbers über das Erlöschen des Widerrufsrechts.

⁵² *Basty*, a.a.O. (Fn. 24), Rdnr. 214.

⁵³ *Von Heymann/Wagner/Rösler*, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdnr. 58.

⁵⁴ *Blöw*, a.a.O. (Fn. 5), § 495 BGB Rdnr. 123; *Volmer*, WM 1999, 209, 217.

⁵⁵ A.a.O. (Fn. 24), Rdnr. 214.

5. Grunderwerbsteuer

Die Kommentarliteratur zum GrEStG behandelt den Fall der wirtschaftlichen Einheit von Immobilienerwerb und Finanzierungsdarlehen und die steuerlichen Folgen des Widerrufsrechts, soweit ersichtlich, nicht. Da aber Kauf und Darlehen zunächst wirksam sind und beide Verträge erst durch zusätzliche Erklärung des Erwerbs unwirksam werden, gehe ich von einer Anwendung des § 16 GrEStG aus: Im Fall des Widerrufs wird auf Antrag die Steuer nicht festgesetzt. In der Veräußerungsanzeige kann der Vertrag als wirksam gekennzeichnet werden (sofern nicht andere Genehmigungen ausstehen). Eine spätere Stellungnahme des Notars zum Bedingungstritt oder zur Erteilung der Genehmigung entfällt.

C. Umfang der Beurkundungspflicht bei verbundenen Geschäften

Bedeutsam und gleichfalls nicht restlos geklärt ist die Frage, ob die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit zu einer Beurkundungsbedürftigkeit auch des Darlehens über § 311 b Abs. 1 BGB führt. Bei Mitbeurkundung des Darlehens entfielen immerhin nach § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB (n.F.) das Widerrufsrecht.

Soweit ersichtlich, ist diese Frage auch von denjenigen Autoren bzw. derjenigen Rechtsprechung nicht behandelt worden, die schon bisher die Grundsätze der wirtschaftlichen Einheit auch auf den Immobilienerwerb anwenden wollten. Der BGH äußert sich zwar in einem Urteil zum Umfang der Formbedürftigkeit⁵⁶, geht aber nicht auf die Frage ein, ob das Finanzierungsdarlehen selbst formbedürftig gewesen wäre. Er erörtert vielmehr nur die Frage, ob wegen der Beurkundungsbedürftigkeit des Kaufvertrages auch die dem eingeschalteten Treuhänder erteilte Vollmacht zur Aufnahme des Darlehens⁵⁷ beurkundungspflichtig gewesen wäre und ob aus einem Verstoß gegen diese Beurkundungspflicht die Nichtigkeit auch des Darlehens folgt. Die Beurkundungspflicht des Darlehens wird an keiner Stelle diskutiert.

Nach dem zu § 313 BGB a.F. erarbeiteten und auch § 311 b Abs. 1 BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zu Grunde zu legenden Obersatz sind mit dem Grundstückserwerb im Zusammenhang stehende Rechtsgeschäfte immer dann beurkundungspflichtig, wenn sie nach dem Willen einer Partei miteinander stehen und fallen sollen⁵⁸. Es kommt also, ohne an dieser Stelle auf die Einzelheiten und neu aufgeworfenen Fragen wie insbesondere derjenige der einseitigen Abhängigkeit einzugehen, auf einen *rechtsgeschäftlichen* Verknüpfungswillen an.

Damit dürfte, obwohl auch dies nicht zweifelsfrei ist, eine Ausdehnung der Beurkundungspflicht auch auf das Darlehen allein wegen Annahme einer wirtschaftlichen Einheit ausscheiden. Die Frage der wirtschaftlichen Einheit wird insbesondere unter Berücksichtigung des § 358 Abs. 3 S. 3 BGB nämlich nicht nach rechtlich Gewolltem entschieden, sondern allein nach tatsächlichem Auftreten, nämlich danach, ob das Kreditinstitut Verkäuferfunktionen wahrgenommen hat, oder ob – zu § 358 Abs. 3 S. 1, 2 BGB – beispielsweise der Verkäufer dem Käufer ein vorgefertigtes Finanzierungskonzept unterbreitet⁵⁹ oder andere Funktionen des Kreditinstitutes wahrgenommen hat.

⁵⁶ BGH, NJW 1980, 41 = DNotZ 1980, 344.

⁵⁷ Also das zwischengeschaltete Rechtsgeschäft zwischen Grundstückskauf und Finanzierungsdarlehen.

⁵⁸ Für alle: *Staudinger/Wufka*, BGB, Bearbeitung 2001, § 313 Rdnr. 155.

⁵⁹ Siehe die Darstellung des Fallmaterials bei *Dauner-Lieb*, WM-Sonderbeilage 6/1991, S. 7 ff.

Die verbleibenden Restzweifel ergeben sich daraus, dass nach vereinzelt Aussagen des BGH, ebenso nach einzelnen literarischen Einordnungsversuchen⁶⁰ nicht das tatsächliche Auftreten der Beteiligten maßgeblich ist, sondern ein durchaus rechtsgeschäftlich einzuordnender Verknüpfungswille. So finden sich Ansätze, eine wirtschaftliche Einheit dann anzunehmen, wenn sich beide Verträge wechselseitig bedingen oder der eine seinen Sinn erst durch den anderen erhält⁶¹. Derartige Erwägungen haben natürlich Anklänge an einen für § 311 b Abs. 1 BGB maßgeblichen *rechtsgeschäftlichen* Willen.

Gleichwohl hat auch die Landesnotarkammer Bayern in einem Rundschreiben vom 19.12.1991 ausgeführt, dass allein die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit zwischen Darlehen und Immobilienerwerbsvertrag noch nicht zu einer Beurkundungspflicht auch des Darlehens führe, weil die Einordnung der Verträge als wirtschaftliche Einheit nicht am rechtsgeschäftlichen Willen, sondern am tatsächlichen Geschehen anknüpfe. Die literarischen Äußerungen stimmen dem jedenfalls insoweit zu, als nirgendwo die Ausdehnung der Beurkundungspflicht auf das Darlehen postuliert wird.

VI. Kritische Würdigung der Novelle

A. Zum Begriff des Immobiliendarlehens

Zunächst ist der Begriff des Immobiliendarlehens,⁶² der aus dem früheren § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG hervorgegangen ist und sich nun in § 491 Abs. 1 a BGB findet, nach meiner Einschätzung kritisch zu sehen. Hier hätte der Gesetzgeber mehr Zeit aufwenden müssen, um die Richtigkeit der tatbestandlichen Vorgaben des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG / § 492 Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. zu überprüfen.

Die noch fortbestehenden Privilegierungen hängen rechtsdogmatisch betrachtet in keiner Weise davon ab, dass das grundschuldgesicherte Darlehen überhaupt zu einer Immobilienfinanzierung verwendet wird⁶². Maßgeblich für das Vorliegen eines Immobiliendarlehens⁶³ ist nicht der Verwendungszweck (Finanzierung eines Immobilienkaufs), sondern allein die Tatsache, dass das Darlehen mit einem Grundpfandrecht dinglich gesichert ist. Die Legaldefinition klammert damit den Verwendungszweck vollständig aus, was für § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG völlig richtig war, weil diese Privilegierung nicht vom notariellen Grundstückskaufvertrag her gedacht war, sondern ausschließlich von der Refinanzierungspraxis der Banken⁶³.

Immobilienfinanzierungsdarlehen sind zwar empirisch sowohl für den einzelnen Erwerber wie auch in der volkswirtschaftlichen Gesamtbetrachtung der bedeutendste Fall des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG. Die Überlegung des BGH i. S. „*Heininger*“ zu § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG⁶⁴ ist aber in der Verengung des Blicks auf Immobilienanschaffungen nicht zutreffend. Schon immer fielen Immobilienfinanzierungsdarlehen aus § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG *heraus*, wenn – praktisch unbedeutend – das Darlehen überhaupt nicht durch eine Grundschuld abgesichert war oder – praktisch möglicherweise bedeutsam, von den Gerichten aber weitgehend zurück-

gedrängt⁶⁵ – die Gewährung des Darlehens nicht zu Vorzugsbedingungen für Grundpfandkredite erfolgte⁶⁶. Umgekehrt fiel z. B. ein grundschuldgesichertes Darlehen zur Finanzierung des Studiums eines Kindes in den Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG hinein und fällt auch jetzt unter den von § 491 Abs. 1 a BGB geprägten Begriff des Immobiliendarlehens, sofern nur das Darlehen nicht als regulärer Verbraucherkredit, sondern mit gehöriger Zinsverbilligung als Grundpfandkredit gewährt wird⁶⁷.

Diese Blickverengung mag sich in Fällen des Strukturvertriebs⁶⁸ und in Fällen wie dem des Verfahrens „*Heininger*“ als nicht bedeutsam erweisen. Die Probleme einer solchen Blickverengung zeigt aber § 492 Abs. 4 BGB mit der Einführung einer besonderen Form- und Inhaltspflicht für Verbraucherkreditvollmachten. Dies ist nur denkbar, weil der größte Teil der literarischen Diskussion die im Strukturvertrieb erteilten Vollmachten – auch hier empirisch zweifellos der häufigste Fall – zu den dogmatisch allein maßgeblichen hochstilisierte⁶⁸.

Im Übrigen sollte auch die Diskrepanz zu den europarechtlichen Vorgaben nicht vergessen werden: Die Richtlinie über den Verbraucherkredit geht gerade von der Zweckbindung des Darlehens aus, nämlich von der Verwendung des Darlehens zu Anschaffung einer Immobilie⁶⁹.

B. Widerrufsrecht bei Grundstücksverträgen

Nach diesen Überlegungen ist eine Kritik jedenfalls zurückzuweisen, nämlich diejenige, die sich aus Gründen der Bestandskraft der notariellen Urkunde gegen das neue Recht wendet⁷⁰. § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG, in dessen Fahrwasser die notariellen Grundstückskaufverträge bisher recht gut gefahren sind, hatte nie den Schutz des Kaufvertrages vor Augen, sondern immer nur die Refinanzierungspraxis der Banken. Die den notariellen Urkunden vermittelte Bestandskraft war – verwaltungsrechtlich gesprochen – nur ein Reflex, gewährte aber nicht eigene Rechte⁷¹ i. S. d. baurechtlichen Drittschutzes. Daher war in der Literatur bisher weitgehend unstrittig, dass eine Privilegierung von Immobilienkaufverträgen, die mit ihrer Finanzierung eine wirtschaftliche Einheit bildeten, außerhalb des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG nicht in Betracht käme⁷¹. Nur war – wiederum rein empirisch betrachtet – dieser Fall eben nicht sehr häufig.

Eine eigenständige Begründung, weswegen Grundstückskaufverträge aus dem Anwendungsbereich des VerbrKrG ausgenommen sein sollten, hat, soweit ersichtlich, bisher lediglich *Blow*⁷² geliefert. Seiner Ansicht nach sprachen die Beschränkung des VerbrKrG auf „Lieferungen“⁷³, die Vorgaben

⁶⁰ *Heermann*, AcP 200 (2000), 1 ff.: Verknüpfung von finanziertem Geschäft und Finanzierungsgeschäft im Sinne eines *do ut des ut det*; dem folgt z.B. *Köndgen*, WM 2001, 1637, 1645.

⁶¹ BGH NJW-RR 1990, 1072, 1073 *Staudinger/Kessal-Wulf*, a.a.O. (Fn. 22), § 9 VerbrKrG Rdnr. 31.

⁶² *Blow*, ZfIR 1998, 181, 183.

⁶³ *MittBayNot* 2002, 280, 284.

⁶⁴ *MittBayNot* 2002, 280, 284 (vorletzter Absatz).

⁶⁵ BGH, NJW 2000, 2352; OLG Stuttgart WM 2000, 292.

⁶⁶ *Habersack*, ZHR 156 (1992) 45, 62.

⁶⁷ Als Fall aus eigener Praxis; weitere Nachweise bei *Blow*, ZfIR 1998, 181, 183.

⁶⁸ Zuletzt etwa *Ulmer*, BB 2001, 1365; *Peters/Gröpper*, WM 2001, 2199; *von Rottenburg*, WM 2001, 2194; *Blow*, a.a.O. (Fn. 5), § 492 BGB Rdnr. 75 ff.

⁶⁹ Art. 2 Abs. 1 lit A VerbrKrRiLi.

⁷⁰ Scharf gegen den Verlust an Rechtssicherheit äußert sich *Vollbrecht*, FAZ vom 26.7.2002 (Fn. 22).

⁷¹ Etwa *Staudinger/Kessal-Wulf*, a.a.O., § 9 VerbrKrG, Rdnr. 45.

⁷² ZfIR 1998, 181, 182.

⁷³ § 2 VerbrKrG – siehe zu dieser Argumentation aber Hoffmann, ZIP 2002, 1066, der sich zum Begriff der „Ware“ des § 358 Abs. 1 BGB äußert. Jedenfalls mit § 358 Abs. 3 S. 3 BGB wurde diese Überlegung bedeutungslos.

des Europarechts⁷⁴ sowie das Interesse an Rechtssicherheit im Grundstücksrecht gegen die Einbeziehung des Grundstückskaufs.

Diese Rechtsauffassung wirkt zweifellos aus notarieller Sicht charmant. Sie ist aber fragwürdig, weil beispielsweise bei Teilzeit-Wohnrechten immer das Widerrufsrecht aus § 485 Abs. 1 BGB besteht, und zwar selbst dann, wenn es sich um ein Miteigentumsmodell handelt, dessen Erwerb nach § 311 b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung bedarf. Grundsätzliche Erwägungen wie Interesse an Rechtssicherheit im Grundstücksverkehr, Vertrauen auf die Aussagekraft des Grundbuches etc. stehen hier dem Verbraucherschutz offenbar nicht entgegen, so dass eine dogmatisch unangreifbare Begründung für den Ausschluss des Widerrufsrechts sich zunächst damit auseinandersetzen müsste, warum das Widerrufsrecht in anderen Fällen hinter diesem Rechtssicherheitsinteresse zurückstehen sollte.

Schließlich liegt die rechtsgrundlose Leistung eines Grundstücks außerhalb des Schutzbereichs der GBO und des Grundbuchs. Vor Rückgewähr und bereicherungsrechtlicher Herausgabe schützen diese Mechanismen – anders als von *Blow* befürwortet – nicht. Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuches bedeutet nur: Vertrauen auf das Haben. Es bedeutet nicht: Vertrauen auf das Behalten-Dürfen. Daher hat bereits der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1979⁷⁵ die Annahme, ein Grundstückkauf und sein Finanzierungsdarlehen könnten zu einem verbundenen Geschäft verklammert sein, nicht als grundsätzlich rechtsirrig verworfen. Lediglich die von der Vorinstanz getroffenen tatsächlichen Feststellungen waren nicht so, dass von einem verbundenen Geschäft die Rede hätte sein können.

C. Offene Fragen zur Gesetzesbegründung

Dennoch steht die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 491 Abs. 3 BGB auf sehr schwachem Niveau⁷⁶. Dies betrifft aber weniger die Auswirkungen auf die Praxis, als vielmehr den Umgang des Gesetzgebers mit dem bisherigen telos der Norm. In der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG⁷⁷ findet sich beispielsweise noch die Aussage:

Die Realkredite werden durch § 2 Abs. 1 Nr. 3 [der spätere § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG] vom Anwendungsbereich dieses Entwurfs ausgenommen. Diese Ausnahme findet ihre Rechtfertigung darin, dass die meisten Vorschriften des Entwurfs auf grundpfandlich gesicherte Darlehen nicht passen, sofern sie zu für Realkredite üblichen Bedingungen (insbesondere hinsichtlich der Zinshöhe) gewährt werden; das gilt vor allem für das Widerrufsrecht, die Verzugszinsregelung sowie die Voraussetzungen der Gesamtfälligkeit. Das Widerrufsrecht würde die taggenaue Refinanzierung vieler Realkredite, die eine Grundlage für deren günstige Verzinsung darstellt, erheblich gefährden.“

Eine Auseinandersetzung mit dieser Argumentation findet schlichtweg nicht statt. Stattdessen führt nach Einschätzung des jetzigen Gesetzgebers die Novelle dazu, dass für alle Verbraucherdarlehensverträge die gleichen Regeln gelten und

Widersprüche vermieden werden.“⁷⁸ Worin der Widerspruch liegen soll, wenn sachlich Ungleiches entsprechend dem Maß der Ungleichheit unterschiedlich behandelt wird, vermag ich nicht zu sehen.

Hierzu tritt ein innerer Widerspruch in der Gesetzesbegründung: Der Gesetzgeber hat sehr wohl gesehen, dass die Einführung von Idealkonkurrenz aller Widerrufsrechte eine Lösung hin zu einer richtlinienkonformen Umsetzung der Haustürgeschäftsrichtlinie wäre. Es müsste also lediglich auch bei Immobiliendarlehensverträgen das Widerrufsrecht nach § 312 BGB gewährt werden. Hierfür hat sich der Gesetzgeber aber nicht entschieden. Er hielt es für zweckmäßiger, dem Verbraucher in solchen Fällen dasjenige Widerrufsrecht einzuräumen, das für alle anderen Darlehensverträge auch besteht. Denn dieses ist auf die Besonderheiten des Darlehensvertragsrechts zugeschnitten⁷⁹. Also: Das Widerrufsrecht in § 495 BGB berücksichtigt irgendwie vorhandene, vom Gesetzgeber aber nicht näher genannte Besonderheiten der Darlehensverträge. Ebenso bleibt offen, wie diese Besonderheiten berücksichtigt werden. Das Erstaunen wird noch größer, wenn der Gesetzgeber wenige Zeilen weiter konzediert: Der Widerruf richtet sich allerdings nach § 495 und nicht nach § 312, was angesichts der inhaltlich gleichen Ausgestaltung unproblematisch ist.“⁸⁰

Schließlich ist keineswegs gesagt, dass bei verbundenen Geschäften das Widerrufsrecht des § 495 BGB überhaupt zur Anwendung kommt. Wie es scheint, hat man die eben erst getroffene Regelung des § 358 Abs. 2 S. 2 BGB mit der umgekehrten Vorrangregelung übersehen⁸¹.

D. Erfordernis der neuen Legaldefinition

Fraglich ist nach meiner Einschätzung zuletzt, ob die neue Legaldefinition, die § 358 Abs. 3 Satz 4 BGB für verbundene Immobiliengeschäfte enthält, erforderlich gewesen wäre⁸². Der Gesetzgeber hatte ausweislich der amtlichen Begründung hier insbesondere den Fall der Finanzierungsmitwirkung des Verkäufers vor Augen, ebenso die Geschäftsanbahnung von Hypothekenbanken ohne eigenes Filialnetz⁸³. Beide Fälle können aber entgegen der oberflächlichen Subsumtion des Gesetzgebers schon nach bisheriger Rechtslage nicht als Fälle einer wirtschaftlichen Einheit angesehen werden.

1. Finanzierungsmitwirkung des Verkäufers

Hinsichtlich der Finanzierungsmitwirkung des Verkäufers vgl. bereits die Ausführungen unter IV. D. 3.

⁷⁸ BT-Drucks. 14/9266 = ZfIR 2002, 500, 504.

⁷⁹ BT-Drucks. 14/9266 = ZfIR 2002, 500, 504.

⁸⁰ BT-Drucks. 14/9266 = ZfIR 2002, 500, 504.

⁸¹ Allerdings dürfte die Kollisionsregel des § 358 Abs. 2 S. 2 BGB für die notarielle Praxis unbedeutend sein. Verträge über Teilzeitwohnrechte sind praktisch selten; ebenso notarielle Urkunden im Fernabsatzgeschäft. Für Haustürgeschäfte befreit § 5 Abs. 2 HWiG notariell beurkundete Rechtsgeschäfte vom Widerruf. Zwar ist auch hier die Vereinbarkeit mit Europarecht fraglich, weil die zugrundeliegende Richtlinie nicht notarielle Urkunden per se befreit, sondern nur den Erwerb von Immobilien oder Rechten an Immobilien (dann aber ohne Rücksicht auf die Form des Rechtsgeschäfts). Jedenfalls im Bereich von Grundstückskaufverträgen steht aber § 5 Abs. 2 HWiG im Einklang mit dem höherrangigen Europarecht.

⁸² Kritisch auch *Koch*, WM 2002, 1593, 1599, weil es nunmehr auf ganz neue Kriterien ankommt.

⁸³ BT-Drucks. 14/9266 = ZfIR 2002, 500, 504.

⁷⁴ Ausschluss von Darlehen zum Immobilienerwerb aus dem Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrichtlinie, siehe Fn. 69.

⁷⁵ NJW 1980, 41 = DNotZ 1980, 381. OLG Karlsruhe WM 2001, 245, LG Verden VuR 2001, 377; OLG Köln, WM 1994, 197; weiter die in Fn. 27 genannten Autoren.

⁷⁶ Wieder einmal; vgl. *Wilhelm* JZ 2001, 861, 864.

⁷⁷ BT-Drucks. 11/5462, S. 18.

2. Hypothekenbanken ohne Filialnetz

Unsauber bzw. suggestiv ist die Gesetzesbegründung, soweit sie sich zu Kreditinstituten ohne eigenes Filialnetz äußert. Richtig ist natürlich, dass es solche Institute gibt. Nach dem Gesamtzusammenhang der Gesetzesbegründung geht es aber darum, dass Bank und Verkäufer zu Lasten des Immobilienerwerbers zusammenwirken. Man müsste also – dies ist nämlich in der Gesetzesbegründung nicht mehr deutlich ausgesprochen – weiter denken und annehmen, dass derartigen Kreditinstituten ohne eigenes Filialnetz die Kunden durch gezielte Werbung seitens des Immobilienverkäufers zugeführt werden. Wenn aber der Verkäufer tatsächlich einmal – über

den bloßen Tipp hinaus⁸⁴ – dem Kreditinstitut Kunden zuführt und eine solche Kooperation beim typischen Konsumenkredit zur Annahme einer wirtschaftlichen Einheit mit der Folge des Widerrufs- und Einwendungsdurchgriffs ausreicht, ist doch die Frage, warum eine solche werbende Tätigkeit des Verkäufers⁸⁵ für ein bestimmtes Kreditinstitut bei Grundstückskäufen anders bewertet werden soll. Typisch ist diese Tätigkeit des Verkäufers nämlich auch für den Grundstückskauf nicht.

⁸⁴ Ein bloßer Finanzierungstipp des Verkäufers führt nicht zu einer Annahme einer wirtschaftlichen Einheit, s. Fn. 41.

⁸⁵ Der quasi als Handelsvertreter für das Kreditinstitut agiert.

Anhang

I. Rechtslage bis zum 31.12.2001

VerbrKrG

§3. Ausnahmen. (1) Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Kreditverträge und auf Verträge über die Vermittlung oder den Nachweis von Kreditverträgen,

1. bei denen der auszuzahlende Kreditbetrag (Nettokreditbetrag) oder Barzahlungspreis 200 Euro nicht übersteigt;
2. wenn der Kredit für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit bestimmt ist und der Nettokreditbetrag oder Barzahlungspreis 50 000 Euro übersteigt;
3. durch die dem Verbraucher ein Zahlungsaufschub von nicht mehr als drei Monaten eingeräumt wird;
4. die ein Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer zu Zinsen abschließt, die unter den marktüblichen Sätzen liegen;
5. die im Rahmen der Förderung des Wohnungswesens und des Städtebaus auf Grund öffentlich-rechtlicher Bewilligungsbescheide oder auf Grund von Zuwendungen aus öffentlichen Haushalten unmittelbar zwischen der die Fördermittel vergebenden öffentlich-rechtlichen Anstalt und dem Verbraucher zu Zinssätzen abgeschlossen werden, die unter den marktüblichen Sätzen liegen.

(2) Keine Anwendung finden ferner

1. § 4 Abs. 1 Satz 4 und 5, §§ 6, 13 Abs. 3 und § 14 auf Finanzierungsleasingverträge;
2. § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchstabe b und die §§ 7, 9 und 11 bis 13 auf Kreditverträge, nach denen der Kredit von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht und zu für grundpfandrechlich abgesicherte Kredite und deren Zwischenfinanzierung üblichen Bedingungen gewährt wird; der Sicherung durch ein Grundpfandrecht steht es gleich, wenn von einer solchen Sicherung gemäß § 7 Abs. 3 bis 5 des Gesetzes über Bausparkassen abgesehen wird;
3. die §§ 4 bis 7 und 9 Abs. 2 auf Kreditverträge, die in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes gerichtliches Protokoll aufgenommen oder notariell beurkundet sind, wenn das Protokoll oder die notarielle Urkunde den Jahreszins, die bei Abschluss des Vertrags in Rechnung gestellten Kosten des Kredits sowie die Voraussetzungen enthält, unter denen der Jahreszins oder die Kosten geändert werden können;
4. § 9 auf Kreditverträge, die der Finanzierung des Erwerbs von Wertpapieren, Devisen oder Edelmetallen dienen.

HaustürWG

§5. Umgehungsverbot, Unabdingbarkeit. (1) Dieses Gesetz findet auch Anwendung, wenn seine Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

(2) Erfüllt ein Geschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz¹⁾, nach § 11 des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen, nach § 23 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaf-

ten oder nach § 4 des Gesetzes zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, so sind nur die Vorschriften dieser Gesetze anzuwenden.

(3) Erfüllt ein Geschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Teilzeit-Wohnrechtegesetz²⁾, so sind in Bezug auf das Widerrufsrecht nur die Vorschriften des Teilzeit-Wohnrechtegesetzes anzuwenden.

(4) Von den Vorschriften dieses Gesetzes zum Nachteil des Kunden abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.

II. Rechtslage ab 1.1.2002

BGB

§312a. Verhältnis zu anderen Vorschriften. Unterfällt ein Haustürgeschäft zugleich den Regelungen über Verbraucherdarlehensverträge oder Finanzierungshilfen (§§ 491 bis 504) oder über Teilzeit-Wohnrechteverträge (§§ 481 bis 487) oder erfüllt ein Haustürgeschäft zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach § 11 oder § 15 h des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen, nach § 23 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften oder nach § 4 des Gesetzes zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, so finden nur die Vorschriften über diese Geschäfte Anwendung.

§58. Verbundene Verträge. (1) Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung durch einen Unternehmer gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Vertrag verbundenen Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden.

(2) ¹Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Verbraucherdarlehensvertrag verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden. ²Kann der Verbraucher die auf den Abschluss des verbundenen Vertrags gerichtete Willenserklärung nach Maßgabe dieses Untertitels widerrufen, gilt allein Absatz 1 und sein Widerrufsrecht aus § 495 Abs. 1 ist ausgeschlossen. ³Erklärt der Verbraucher im Fall des Satzes 2 dennoch den Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrags, gilt dies als Widerruf des verbundenen Vertrags gegenüber dem Unternehmer gemäß Absatz 1.

(3) ¹Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Verbraucherdarlehensvertrag sind verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. ²Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Fall der Finanzierung durch einen Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient.

(4) ¹§ 357 gilt für den verbundenen Vertrag entsprechend. ²Im Fall des Absatzes 1 sind jedoch Ansprüche auf Zahlung von Zinsen und Kosten aus der Rückabwicklung des Verbraucherdarlehensvertrags gegen den Verbraucher ausgeschlossen. ³Der Darlehensgeber tritt im Verhältnis zum Verbraucher hinsichtlich der Rechtsfolgen des

Widerrufs oder der Rückgabe in die Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem verbundenen Vertrag ein, wenn das Darlehen dem Unternehmer bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist.

(5) Die erforderliche Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht muss auf die Rechtsfolgen nach den Absätzen 1 und 2 Satz 1 und 2 hinweisen.

§491. Verbraucherdarlehensvertrag. (1) Für entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer (Verbraucherdarlehensvertrag) gelten vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 ergänzend die folgenden Vorschriften.

(2) Die folgenden Vorschriften finden keine Anwendung auf Verbraucherdarlehensverträge,

1. bei denen das auszahlende Darlehen (Nettodarlehensbetrag) 200 Euro nicht übersteigt;
2. die ein Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer zu Zinsen abschließt, die unter den marktüblichen Sätzen liegen;
3. die im Rahmen der Förderung des Wohnungswesens und des Städtebaus auf Grund öffentlich-rechtlicher Bewilligungsbescheide oder auf Grund von Zuwendungen aus öffentlichen Haushalten unmittelbar zwischen der die Fördermittel vergebenden öffentlich-rechtlichen Anstalt und dem Darlehensnehmer zu Zinssätzen abgeschlossen werden, die unter den marktüblichen Sätzen liegen.

(3) Keine Anwendung finden ferner

1. die §§ 358, 359, 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2, §§ 495, 497 Abs. 2 und 3 und § 498 auf Verbraucherdarlehensverträge, bei denen die Gewährung des Darlehens von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird und zu Bedingungen erfolgt, die für grundpfandrechtl. abgesicherte Darlehensverträge und deren Zwischenfinanzierung üblich sind; der Sicherung durch ein Grundpfandrecht steht es gleich, wenn von einer solchen Sicherung gemäß § 7 Abs. 3 bis 5 des Gesetzes über Bausparkassen abgesehen wird;
2. § 358 Abs. 2, 4 und 5 und die §§ 492 bis 495 auf Verbraucherdarlehensverträge, die in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes gerichtliches Protokoll aufgenommen oder notariell beurkundet sind, wenn das Protokoll oder die notarielle Urkunde den Jahreszins, die bei Abschluss des Vertrags in Rechnung gestellten Kosten des Darlehens sowie die Voraussetzungen enthält, unter denen der Jahreszins oder die Kosten geändert werden können;
3. § 358 Abs. 2, 4 und 5 und § 359 auf Verbraucherdarlehensverträge, die der Finanzierung des Erwerbs von Wertpapieren, Derivaten oder Edelmetallen dienen.

§492. Schriftform, Vertragsinhalt. (1) ¹Verbraucherdarlehensverträge sind, soweit nicht eine strengere Form vorgeschrieben ist, schriftlich abzuschließen. ²Der Abschluss des Vertrags in elektronischer Form ist ausgeschlossen. ³Der Schriftform ist genügt, wenn Antrag und Annahme durch die Vertragsparteien jeweils getrennt schriftlich erklärt werden. ⁴Die Erklärung des Darlehensgebers bedarf keiner Unterzeichnung, wenn sie mit Hilfe einer automatischen Einrichtung erstellt wird. ⁵Die vom Darlehensnehmer zu unterzeichnende Vertragserklärung muss angeben

1. den Nettodarlehensbetrag, gegebenenfalls die Höchstgrenze des Darlehens;
2. den Gesamtbetrag aller vom Darlehensnehmer zur Tilgung des Darlehens sowie zur Zahlung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen, wenn der Gesamtbetrag bei Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags für die gesamte Laufzeit der Höhe nach feststeht. Ferner ist bei Darlehen mit veränderlichen Bedingungen, die in Teilzahlungen getilgt werden, ein Gesamtbetrag auf der Grundlage der bei Abschluss des Vertrags maßgeblichen Darlehensbedingungen anzugeben. Kein Gesamtbetrag ist anzugeben bei Darlehen, bei denen die Inanspruchnahme bis zu einer Höchstgrenze freigestellt ist;
3. die Art und Weise der Rückzahlung des Darlehens oder wenn eine Vereinbarung hierüber nicht vorgesehen ist, die Regelung der Vertragsbeendigung;
4. den Zinssatz und alle sonstigen Kosten des Darlehens, die, soweit ihre Höhe bekannt ist, im Einzelnen zu bezeichnen, im Übri-

gem dem Grunde nach anzugeben sind, einschließlich etwaiger vom Darlehensnehmer zu tragender Vermittlungskosten;

5. den effektiven Jahreszins oder, wenn eine Änderung des Zinssatzes oder anderer preisbestimmender Faktoren vorbehalten ist, den anfänglichen effektiven Jahreszins; zusammen mit dem anfänglichen effektiven Jahreszins ist auch anzugeben, unter welchen Voraussetzungen preisbestimmende Faktoren geändert werden können und auf welchen Zeitraum Belastungen, die sich aus einer nicht vollständigen Auszahlung oder aus einem Zuschlag zu dem Darlehen ergeben, bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses verrechnet werden;
6. die Kosten einer Restschul- oder sonstigen Versicherung, die im Zusammenhang mit dem Verbraucherdarlehensvertrag abgeschlossen wird;
7. zu bestellende Sicherheiten.

(2) ¹Effektiver Jahreszins ist die in einem Prozentsatz des Nettodarlehens anzugebende Gesamtbelastung pro Jahr. ²Die Berechnung des effektiven und des anfänglichen effektiven Jahreszinses richtet sich nach § 6 der Verordnung zur Regelung der Preisangaben.

§495. Widerrufsrecht. (1) Dem Darlehensnehmer steht bei einem Verbraucherdarlehensvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu.

(2) ¹Hat der Darlehensnehmer das Darlehen empfangen, gilt der Widerruf als nicht erfolgt, wenn er das Darlehen nicht binnen zwei Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahlt. ²Dies gilt nicht im Fall des § 358 Abs. 2. Die erforderliche Belehrung über das Widerrufsrecht muss auf die Rechtsfolge nach Satz 1 hinweisen.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf die in § 493 Abs. 1 Satz 1 genannten Verbraucherdarlehensverträge, wenn der Darlehensnehmer nach dem Vertrag das Darlehen jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne zusätzliche Kosten zurückzahlen kann.

§506. Abweichende Vereinbarungen. ¹Von den Vorschriften der §§ 491 bis 505 darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. ²Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

III. Rechtslage nach In-Kraft-Treten des OLG VertrÄndG

OLG VertrÄndG

(1) Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Juli 2002 (BGBl. I S. 2674), wird wie folgt geändert:

3. § 312a wird wie folgt gefasst:

§ 312a

Verhältnis zu anderen Vorschriften

Steht dem Verbraucher zugleich nach Maßgabe anderer Vorschriften ein Widerrufs- oder Rückgaberecht nach § 356 oder § 356 dieses Gesetzes, nach § 11 oder § 15h des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile oder nach § 23 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften zu, ist das Widerrufs- oder Rückgaberecht nach § 312 ausgeschlossen.“

4. § 312d wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 2 werden die Wörter „§ 355 Abs. 2 Satz 2 findet keine Anwendung“ gestrichen.
- b) Folgender Absatz 5 wird angefügt:

(5) Das Widerrufsrecht besteht ferner nicht bei Fernabsatzverträgen, bei denen dem Verbraucher bereits auf Grund der §§ 499 bis 507 ein Widerrufs- oder Rückgaberecht nach § 355 oder § 356 zusteht. Bei solchen Verträgen gilt Absatz 2 entsprechend.“

6. § 355 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 2 wird Satz 2 wie folgt gefasst:

„Wird die Belehrung nach Vertragsschluss mitgeteilt, beträgt die Frist abweichend von Absatz 1 Satz 2 einen Monat.“

- b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:
(3) Das Widerrufsrecht erlischt spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss. Bei der Lieferung von Waren beginnt die Frist nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger. Abweichend von Satz 1 erlischt das Widerrufsrecht nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist.“
7. Dem § 353 Abs. 3 wird folgender Satz angefügt:
Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts ist eine wirtschaftliche Einheit nur anzunehmen, wenn der Darlehensgeber selbst das Grundstück oder das grundstücksgleiche Recht verschafft oder wenn er über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinaus den Erwerb des Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts durch Zusammenwirken mit dem Unternehmer fördert, indem er sich dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu Eigen macht, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernimmt oder den Veräußerer einseitig begünstigt.“
10. § 491 Abs. 3 wird wie folgt geändert:
a) Nummer 1 wird gestrichen,
b) die bisherigen Nummern 2 und 3 werden die neuen Nummern 1 und 2.
11. § 492 wird wie folgt gefasst:
a) Absatz 1 Satz 5 Nr. 2 wird wie folgt gefasst:
2. den Gesamtbetrag aller vom Darlehensnehmer zur Tilgung des Darlehens sowie zur Zahlung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen, wenn der Gesamtbetrag bei Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags für die gesamte Laufzeit der Höhe nach feststeht, bei Darlehen mit veränderlichen Bedingungen, die in Teilzahlungen getilgt werden, einen Gesamtbetrag auf der Grundlage der bei Abschluss des Vertrags maßgeblichen Darlehensbedingungen.“
b) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 1a eingefügt:
(1a) Abweichend von Absatz 1 Satz 5 Nr. 2 ist kein Gesamtbetrag anzugeben bei Darlehen, bei denen die Inanspruchnahme bis zu einer Höchstgrenze freigestellt ist, sowie bei Immobiliendarlehensverträgen. Immobiliendarlehensverträge sind Verbraucherdarlehensverträge, bei denen die Zurverfügungstellung des Darlehens von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird und zu Bedingungen erfolgt, die für grundpfandrechtl. abgesicherte Darlehensverträge und deren Zwischenfinanzierung üblich sind; der Sicherung durch ein Grundpfandrecht steht es gleich, wenn von einer Sicherung gemäß § 7 Abs. 3 bis 6 des Gesetzes über Bausparkassen abgesehen wird.“
12. In § 494 Abs. 2 Satz 2 wird die Angabe (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2)“durch die Angabe (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2, Abs. 1a)“ ersetzt.
13. § 495 wird wie folgt geändert:
a) Absatz 2 wird aufgehoben.
b) Der bisherige Absatz 3 wird neuer Absatz 2; in ihm werden die Wörter Die Absätze 1 und 2 finden“durch die Wörter Absatz 1 findet“ersetzt.
14. § 498 wird wie folgt geändert:
a) Absatz 1 Satz 1 wird wie folgt gefasst:
Soweit der Darlehensnehmer mit Zahlungen, die er auf Grund des Verbraucherdarlehensvertrags schuldet, in Verzug kommt, hat er den geschuldeten Betrag nach § 288 Abs. 1 zu verzinsen; dies gilt nicht für Immobiliendarlehensverträge.“
b) Folgender Absatz 4 wird angefügt:
(4) die Absätze 2 und 3 Satz 1, 2, 4 und 5 gelten nicht für Immobiliendarlehensverträge.“
15. Dem § 498 wird folgender Absatz 3 angefügt:
(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Immobiliendarlehensverträge.“

16. § 506 wird wie folgt geändert:

§ 506

Abweichende Vereinbarungen

(1) Von den Vorschriften der §§ 491 bis 505 darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

(2) Durch besondere schriftliche Vereinbarung kann bestimmt werden, dass der Widerruf als nicht erfolgt gilt, wenn der Verbraucher das empfangene Darlehen nicht binnen zwei Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahlt. Dies gilt nicht im Falle des § 358 Abs. 2 sowie bei Haustürgeschäften.

(3) Das Widerrufsrecht nach § 495 kann bei Immobiliendarlehensverträgen, die keine Haustürgeschäfte sind, durch besondere schriftliche Vereinbarung ausgeschlossen werden.

(4) Die Vereinbarungen nach den Absätzen 2 und 3 können in die Vertragserklärung nach § 492 Abs. 1 Satz 5 aufgenommen werden, wenn sie deutlich hervorgehoben werden.“

(2) § 506 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42), das zuletzt geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

§ 506

Abweichende Vereinbarungen

Von den Vorschriften der §§ 491 bis 505 darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.“

(3) Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494, 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 19. Juli 2002 (BGBl. I S. 2674), wird wie folgt geändert:

1. Dem Artikel 229 wird folgende Vorschrift angefügt:

§ 8

Überleitungsvorschrift

zum OLG-Vertretungsänderungsgesetz
vom 23. Juli 2002

(1) Die §§ 312a, 312d, 346, 355, 358, 491, 492, 494, 495, 497, 498, 502 und 506 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 1. August 2002 geltenden Fassung sind, soweit nichts anderes bestimmt ist, nur anzuwenden auf

1. Haustürgeschäfte, die nach dem 1. August 2002 abgeschlossen worden sind, einschließlich ihrer Rückabwicklung und
2. andere Schuldverhältnisse, die nach dem 1. November 2002 entstanden sind.

§ 355 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der in Satz 1 genannten Fassung ist jedoch auch auf Haustürgeschäfte anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2001 abgeschlossen worden sind, einschließlich ihrer Rückabwicklung.

(2) § 355 Abs. 2 ist in der in Absatz 1 Satz 1 genannten Fassung auch auf Verträge anzuwenden, die vor diesem Zeitpunkt geschlossen worden sind, wenn die erforderliche Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht erst nach diesem Zeitpunkt erteilt wird.“

Artikel 34

In-Kraft-Treten

Dieses Gesetz tritt vorbehaltlich der Sätze 2 und 3 am Tag nach der Verkündung in Kraft. Artikel 1 Nr. 2 tritt am ersten Tag des auf die Verkündung folgenden Kalendermontags in Kraft. Artikel 25 Abs. 2 tritt am 1. Juli 2005 in Kraft.

Gläubigeranfechtung gegen den Einzelrechtsnachfolger – Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus notarieller Sicht –

Von Notarassessor *Michael Schillig*, Coburg

Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen ist im vergangenen Jahr um 14 % auf über 32.000 gestiegen. Für das laufende Jahr wird erneut ein starker Anstieg um etwa 25 % auf 40.000 Insolvenzen erwartet. Nach Angaben des Deutschen Industrie- und Handelskammertages (DIHK) meldet rechnerisch alle 15 Minuten ein kleines oder mittelständisches Unternehmen Insolvenz an.¹

Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit bevorstehenden Insolvenzen geraten daher noch mehr als bisher in den Blickpunkt der notariellen Beurkundungs- und Beratungstätigkeit. Im Vordergrund stehen hierbei Rechtsgeschäfte, die der Insolvenzanfechtung unterliegen.

Durch die Verschärfung des Anfechtungsrechts der InsO wird in Zukunft in zunehmendem Maße auch die Anfechtung gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger, der über einen oder mehrere Zwischenerwerber einen Gegenstand aus der späteren Insolvenzmasse erwirbt, eine Rolle spielen.

Hierbei sind die Voraussetzungen, unter denen die Anfechtbarkeit auch gegen den Einzelrechtsnachfolger geltend gemacht werden kann, aus § 145 II InsO noch vergleichsweise eindeutig zu entnehmen. Dagegen bereitet die Bestimmung der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen die für Dreiecksverhältnisse typischen Schwierigkeiten. Die nachfolgende Darstellung versucht, für diese Fallgestaltungen ein Problembewusstsein zu schaffen und die Auswirkungen auf Beurkundung und Belehrung zu beleuchten.

Die Einzelgläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz spielt zwar für die notarielle Beurkundungspraxis eine geringere Rolle, da deren allgemeine Voraussetzungen – Titel gegen den Schuldner und Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung in das Schuldnervermögen, § 2 AnfG – für den Notar weit schwerer erkennbar sind.² Gleichwohl wird, wegen des engen sachlichen Zusammenhangs, jeweils im Anschluss auch kurz auf die Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz eingegangen werden.

A. Voraussetzungen

I. Die Anfechtung nach § 145 II InsO

Das Anfechtungsrecht der InsO hat die Aufgabe, den Bestand des den Gläubigern haftenden Schuldnervermögens zu sichern, indem Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden, die der spätere Insolvenzschuldner insbesondere in der Zeit der Krise vor Verfahrenseröffnung zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen hat.³ Dabei leuchtet ohne weiteres ein, dass gegenüber einem Gesamtrechtsnachfolger die gegen seinen Rechtsvorgänger begründete Anfechtung möglich sein muss⁴. Die Anfechtungsmöglichkeit gegen den Einzelrechtsnachfolger hat demgegenüber einen Ausgleich konfligierender Interessen zu bewerkstelligen⁵: einerseits gilt es, die Insolvenzgläubiger davor zu schützen, durch eine Weiterübertragung der anfechtbaren Leistung jede Möglichkeit der Rückgewähr in Natur zu verlieren; andererseits ist dem Interesse des Rechtsverkehrs am Bestand formal wirksamer Vermögensverschiebungen Rechnung zu tragen.

Vom Standpunkt der sogenannten Dinglichkeitstheorie⁶ und der Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit⁷ aus

begrenzt § 145 II InsO die ansonsten unbeschränkte Haftung. Nach der für die Praxis allein maßgeblichen, von der Rechtsprechung⁸ und herrschenden Meinung im Schrifttum⁹ vertretenen schuldrechtlichen Theorie¹⁰, bewirkt § 145 II InsO dagegen eine Erweiterung der Haftung und schafft eigenständige Anfechtungstatbestände.

Zur Verdeutlichung der Problematik sollen die folgenden Beispielfälle dienen:

Fall 1: Der Unternehmer U überträgt unentgeltlich einen Bauplatz auf seinen Sohn S. In der Folgezeit errichtet S zusammen mit seiner Ehefrau F auf dem Bauplatz ein Wohnhaus. Innerhalb der Anfechtungsfrist des § 134 InsO wird Eröffnungsantrag gestellt und das Insolvenzverfahren über das Vermögen des U eröffnet.

Einige Zeit später erscheint S zusammen mit seiner Frau F in den Kanzleiräumen des Notars und bittet um Beurkundung eines Ehevertrages. Vereinbart werden soll der Güterstand der Gütertrennung. Zum Ausgleich eines tatsächlich erzielten Zugewinns des S, soll das Hausgrundstück auf F übertragen werden.

Fall 2: U überträgt im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Zweifamilienhaus im Wert von 300.000,- € auf seinen Sohn S. Das Anwesen ist mit einer Grundschuld im Nominalbetrag von 200.000,- € belastet, die noch in Höhe von 100.000,- € valutiert. Diese Grundschuld samt zugrunde liegender Verbindlichkeit wird von S übernommen. Später teilt S das Zweifamilienhaus in zwei Wohnungseigentumseinheiten auf, die Teilung wird im Grundbuch vollzogen.

Wiederum innerhalb der Frist des § 134 InsO wird der Eröffnungsantrag gestellt und das Insolvenzverfahren über das Vermögen des U eröffnet.

¹ Quelle: Spiegel Online – 6.4.2002: www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,190635,00.html.

² *Röll*, DNotZ 1974, 453 (479).

³ *HK-Kreft*, InsO, § 129 Rdnr. 1.

⁴ *Gottwald-Huber*, InsRHdb, § 51, Rdnr. 47.

⁵ *Jaeger/Lent*, KO, 8. Auflage, § 40 Rdnr. 7: eine durch Zweckmäßigkeitserwägungen gerechtfertigte Eigentümlichkeit.

⁶ *Marotzke*, KTS 1987, 569, 573 ff., 578: Nach der heute noch vertretenen Version ist eine anfechtbare Rechtshandlung gegenüber jedermann unwirksam, sachlich begrenzt allerdings durch das Befriedigungsinteresse der Insolvenzgläubiger.

⁷ *Paulus AcP* 155, 277 ff., 319 ff.; *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, 1969, 177 ff.: Die angefochtene Rechtshandlung ist danach nicht dinglich unwirksam, wohl aber haftungsrechtlich; es wird also nicht die rechtliche Zuordnung des weggegebenen Vermögensgegenstandes, sondern nur sein Ausscheiden aus der Haftung durch Wiederherstellung der Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters rückgängig gemacht.

⁸ BGHZ 128, 184 (194); BGHZ 106, 127 (129).

⁹ *HK-Kreft*, InsO, § 129 Rdnr. 66, *FK-Dauernheim*, InsO, § 129 Rdnr. 9.

¹⁰ Danach folgt aus dem Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr der weggegebenen Leistung.

Sodann erscheinen in den Kanzleiräumen des Notars S und K. K möchte eine der beiden Eigentumswohnungen zum Preis von 150.000,- Euro erwerben. In Höhe des vom Grundpfandrechtsgläubiger beanspruchten Ablösebetrags will S seinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises erfüllungshalber an diesen abtreten.

1. Allgemeine Voraussetzungen

a) Einzelrechtsnachfolge

aa) Sonstiger Rechtsnachfolger¹¹ i.S.d. § 145 II InsO ist, wer einen anfechtbar weggegebenen Gegenstand von dessen ursprünglichem Erwerber – oder dessen Rechtsnachfolger – in anderer Weise als durch Gesamtrechtsnachfolge erwirbt.¹² Rechtsnachfolge ist damit zunächst jeder abgeleitete Erwerb eines Rechts durch Rechtsübertragung (translativer Erwerb)¹³, wobei unerheblich ist, ob der Erwerb vor oder nach Insolvenzeröffnung stattfand.¹⁴ Die Übertragung kann durch rechtsgeschäftliche Verfügung, etwa Übereignung oder Abtretung, aber auch kraft Gesetzes¹⁵ oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen.¹⁶

Eine Ausnahme gilt dabei für die Zwangsvollstreckung von Einzelgläubigern des späteren Insolvenzschuldners aufgrund des Anfechtungsgesetzes: gemäß § 16 II AnfG erfolgt hier die Anfechtung unmittelbar nach § 130 InsO, für § 145 II InsO ist daneben kein Raum.¹⁷

bb) Nicht den Voraussetzungen des § 145 II InsO unterworfen, sondern direkt nach §§ 130–136 InsO anfechtbar ist der Erwerb in den Fällen einer mittelbaren Zuwendung.¹⁸ Danach können zwei rechtlich getrennte Geschäfte nach der für die Gläubigeranfechtung maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise dann als eine einheitliche Rechtshandlung des Schuldners bewertet werden, wenn dessen Wille von Anfang an darauf gerichtet ist, aus seinem Vermögen einen Leistungsgegenstand auf dem Umweg über die Mittelsperson im Endergebnis dem Anfechtungsgegner zuzuwenden.¹⁹ Auf die innere Einstellung der Mittelsperson kommt es nicht an.²⁰ Da die Anfechtbarkeit nach § 145 II InsO voraussetzt, dass gegenüber jedem Vorerwerber die Anfechtbarkeit noch besteht²¹, könnte andernfalls durch Einschaltung eines gutgläubigen Mittlers u.U., insbesondere bei den Tatbeständen der §§ 130, 132 und 133 InsO, die Anfechtbarkeit überhaupt vereitelt werden.

¹¹ Rechtsnachfolger kann auch der Insolvenzschuldner selbst sein, allerdings ist eine Anfechtung meist nicht mehr erforderlich, da nach § 35 InsO nunmehr auch der Neuerwerb in die Insolvenzmasse fällt; MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 17; vgl. zur früheren Rechtslage: Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 40.

¹² MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 17.

¹³ Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 27.

¹⁴ Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 5.

¹⁵ Erfasst wird daher etwa auch das anfechtbar bestellte Sicherungsrecht, das der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, gemäß §§ 774, 412, 401 BGB erhält; ausführlich dazu Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 33ff.

¹⁶ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 17ff.; FK-Dauernheim, InsO, § 145 Rdnr. 7ff.; Kuhn/Uhlenbruck, InsO, § 40 Rdnr. 4ff.; Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 27ff.; Gottwald-Huber, InsRHdb, § 51 Rdnr. 48.

¹⁷ FK-Dauernheim, InsO, § 145 Rdnr. 11; MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 21.

¹⁸ Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 8; FK-Dauernheim, InsO, § 145 Rdnr. 6; Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 27, 44.

¹⁹ BGH NJW 1992, 834 (835); missverständlich Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 8, die eine mittelbare Zuwendung nur dann annehmen wollen, wenn die Mittelsperson nicht selbst erwirbt.

²⁰ BGH NJW 1992, 834 (835).

²¹ Vgl. dazu unten c).

cc) Rechtsnachfolge scheidet schon begrifflich aus in den Fällen originären Erwerbs, also insbesondere Verbindung, Vermischung, Verarbeitung aber auch Erwerb durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung²² oder nach einer Enteignung.²³

b) (Teil-)Identität von ersterworbenem und weiterübertragenem Gegenstand

§ 145 II InsO setzt voraus, dass der anfechtbar weggegebene Gegenstand selbst ganz oder teilweise weiter übertragen wird.²⁴ Daran fehlt es etwa dann, wenn aus dem fraglichen Gegenstand beim Vorgänger durch Verarbeitung eine neue Sache entsteht, die weiter übertragen wird. Selbst, wenn dadurch eine Wertersatzschuld des Vorgängers ausgelöst wird, gibt es keine Rechtsnachfolge in diese.²⁵

Im Fall 1 bleibt das ursprünglich zugewendete Grundstück trotz der Bebauung mit einem Wohnhaus und der damit verbundenen Umgestaltung seiner Identität nach erhalten. Eine Rechtsnachfolge liegt damit bei Übertragung ohne weiteres vor.

Ausreichend ist allerdings auch, dass der Rechtsnachfolger an einem vom Vorgänger anfechtbar erworbenen Recht ein neues Recht erwirbt (konstitutive Rechtsnachfolge). Hierher gehören die Fälle, in denen der Ersterwerber seinem Nachfolger beispielsweise Grundpfandrechte oder -dienstbarkeiten an dem anfechtbar erworbenen Gegenstand einräumt.²⁶ Das erworbene Recht muss dabei aber nicht notwendig ein dingliches sein.²⁷

Auch die Veräußerung einer neu gebildeten Wohnungseigentumseinheit auf dem anfechtbar erworbenen Grundstück in Fall 2 führt zur Anwendung des § 145 II InsO. Wohnungs- oder Teileigentum ist rechtlich ein besonders ausgestaltetes Miteigentum am Grundstück, wobei der jeweilige Miteigentumsanteil durch Sondereigentum verstärkt und durch die Sondereigentumsrechte der anderen Miteigentümer geschmälert wird.²⁸ Insoweit ist der Fall nicht anders zu behandeln als die Einräumung eines Miteigentumsanteils nach § 1008 BGB oder die Weiterveräußerung eines durch Teilung beim Ersterwerber erst entstandenen Grundstücks.

c) Anfechtbarkeit des Ersterwerbs und etwaiger Zwischenerwerbe

Für § 145 II Nr. 1 und 2 InsO ergibt sich diese Voraussetzung²⁹ unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut, denn der Rechtsnachfolger muss die Anfechtbarkeit des Erwerbs seines Vorgängers gekannt haben. Der gutgläubige unentgeltliche Erwerber nach § 145 II Nr. 3 InsO darf dann nicht schlechter stehen.³⁰

²² Im Gegensatz etwa zu Pfändung und Überweisung einer Forderung (vgl. vorstehend aa)), ist der Ersterher nicht Rechtsnachfolger des früheren Eigentümers, Thomas/Putzo, ZPO, § 817 Rdnr. 10.

²³ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 18.

²⁴ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 18, FK-Dauernheim, InsO, § 145 Rdnr. 7, HK-Kreft, InsO, § 145 Rdnr. 6.

²⁵ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 18.

²⁶ Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 28, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

²⁷ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 22: auch der Besitzer, dem eine anfechtbar weggegebene Sache aufgrund eines schuldrechtlichen (Miet-, Pacht- oder Treuhand-)Vertrages übergeben wurde, ist Rechtsnachfolger im Sinne des § 145 II InsO.

²⁸ BGH DNotZ 1968, 417f.; RGRK-Augustin, WEG, § 1, Rdnr. 9; Weitmaier, WEG, § 3 Rdnr. 1; vgl. zum Theorienstreit: Bärmann/Pick/Merle-Pick, WEG, Einleitung Rdnr. 5ff.

²⁹ FK-Dauernheim, InsO, § 145 Rdnr. 19; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 11; Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 47; HK-Kreft, InsO, § 145 Rdnr. 9.

³⁰ Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 47.

Dabei ist unerheblich, auf welchem Anfechtungstatbestand der §§ 130–136 InsO die Anfechtbarkeit beruht und welchen Inhalt sie hat³¹, solange sie nur gegen den Ersterwerber und sämtliche Zwischenerwerber begründet ist. Ein einmal unanfechtbarer Erwerb kann nicht durch eine Weiterveräußerung erneut oder erstmals anfechtbar werden.³²

Wäre in Fall 2 das Grundstück wertausschöpfend mit Grundpfandrechten belastet gewesen, wobei es nicht auf den Nennbetrag, sondern die tatsächliche Valutierung ankommt, käme bereits eine Anfechtung des Ersterwerbs mangels Gläubigerbenachteiligung nicht in Betracht.³³ Auch gegen K könnte die Anfechtbarkeit daher nicht geltend gemacht werden.

Einer tatsächlichen Geltendmachung der Anfechtbarkeit gegen den Rechtsvorgänger bedarf es dagegen nicht.³⁴ Diese hemmt allerdings den Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist ab Verfahrenseröffnung nach § 146 I InsO auch für die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger.³⁵ Es genügt aber, wenn die Verjährungsfrist nur dem Rechtsnachfolger gegenüber rechtzeitig gehemmt wird.

d) Gläubigerbenachteiligung

Die Weiterübertragung des anfechtbar Erlangten auf den Nachfolger muss schließlich die Insolvenzgläubiger wenigstens mittelbar im Sinne von § 129 I InsO benachteiligen.³⁶ Das Fortbestehen der ursprünglichen Gläubigerbenachteiligung ist dabei ausreichend. Die Rechtsnachfolge selbst kann nicht zu einem Wegfall der einmal eingetretenen Benachteiligung führen. Fällt diese jedoch auf andere Weise vor oder nach der Rechtsnachfolge weg, etwa dadurch, dass vom Vorgänger als Gegenleistung hingegebene Aktien im Wert steigen, kommt dies auch dem Rechtsnachfolger zugute.³⁷

2. Die Tatbestände im Einzelnen

a) § 145 II Nr. 1 InsO: Kenntnis des Nachfolgers

Gegen den Rechtsnachfolger kann die Anfechtbarkeit geltend gemacht werden, wenn er zur Zeit seines Erwerbs die Umstände kannte, welche zur Anfechtbarkeit des Erwerbs seines unmittelbaren Rechtsvorgängers geführt haben. Erforderlich ist positive Kenntnis von Tatsachen. Fahrlässige oder grob fahrlässige Unkenntnis reicht nicht aus, andererseits ist aber auch die Kenntnis der Rechtsfolge der Anfechtbarkeit als solcher nicht erforderlich.³⁸ Tatsachen in diesem Sinne sind insbesondere auch die zur Anfechtbarkeit nötige innere Einstellung der Beteiligten, etwa Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit bei § 130 I Nr. 1 InsO oder des Benachteiligungsvorsatzes bei § 133 I InsO.³⁹

Für das Vorliegen dieser Merkmale trägt nach allgemeinen Regeln der Insolvenzverwalter die Beweislast.⁴⁰ Beweiserleichterungen eines dem Rechtsvorgänger gegenüber in Betracht kommenden Anfechtungstatbestandes, etwa nach §§ 130 III, 131 II S. 2, 132 III, 133 II S. 2 InsO, gelten auch im Rahmen des § 145 II Nr. 1 und 2 InsO.⁴¹

Die Kenntnis des Rechtsnachfolgers von den die Anfechtbarkeit begründenden Umständen muss grundsätzlich im Zeitpunkt der Vollendung seines Rechtserwerbs vorliegen, die Modifizierungen dieses Grundsatzes durch § 140 InsO gelten selbstverständlich auch hier.⁴²

In Fall 2 beruht die Anfechtbarkeit des Ersterwerbs ausschließlich auf dessen (teilweiser) Unentgeltlichkeit. Kennt K lediglich die Unentgeltlichkeit, so ist dies nach dem Wortlaut des § 145 II Nr. 1 InsO ausreichend, um die Anfechtbarkeit auch ihm gegenüber zu bejahen. Dagegen lässt sich zweierlei geltend machen: Zum einen rechtfertigt die Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs die erleichterte Anfechtung nur bis zum Empfänger der unentgeltlichen Leistung, hier also dem Ersterwerber S. Hat der Rechtsnachfolger seinerseits eine angemessene Gegenleistung erbracht, ist er dagegen schutzwürdig.⁴³ Zum anderen: Hätte der Schuldner vor Verfahrenseröffnung selbst zu den gleichen Bedingungen verkauft, käme eine Anfechtung nur unter den erschwerten Voraussetzungen des § 142 InsO in Betracht.

Eine Korrekturmöglichkeit wäre, zusätzlich die Kenntnis um die Anfechtbarkeit der Schenkung zu fordern.⁴⁴

Das Problem stellte sich jedoch bereits nach der KO, entsprechend hatte der Erste Kommissionsbericht⁴⁵ vorgeschlagen, als weitere Voraussetzung die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags einzuführen. Der Gesetzgeber ist dem jedoch nicht gefolgt. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist zu respektieren.⁴⁶

Denkbar wäre weiterhin, bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Bargeschäftes gemäß § 142 InsO⁴⁷ im Verhältnis des unentgeltlich erwerbenden Ersterwerbers zu seinem Rechtsnachfolger letzterem durch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift zu helfen.⁴⁸ Dem Begriff des Bargeschäftes liegt jedoch der Gedanke zu Grunde, dass die Gläubiger nicht durch Geschäfte benachteiligt werden, bei denen dem Vermögen des späteren Insolvenzschuldners ein entsprechender Gegenwert zufließt.⁴⁹ Denn dann liegt keine Vermögensverschiebung zu Lasten des Schuldnervermögens, sondern eine bloße Vermögensumschichtung vor. Dementsprechend gewährleistet § 142 InsO, dass der Schuldner in der Krise nicht praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen ist.⁵⁰ Diese Rechtsge-

³¹ RGZ 103, 113 (117).

³² Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 47.

³³ BGH NJW 1996, 3147 (3149); Wegen des Absonderungsrechts der Grundpfandgläubiger würde das Grundstück ohnehin nicht zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger herangezogen werden können, § 49 InsO.

³⁴ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 5; Die Rechtskraft einer Entscheidung im Anfechtungsprozess zwischen dem Insolvenzverwalter und einem Zwischenerwerber ist für den Sonderrechtsnachfolger nicht bindend, das gilt auch für eine Veräußerung erst nach Rechtshängigkeit, §§ 265, 325, 727 ZPO sind nicht anwendbar; zur Begründung vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40, Rdnr. 14 f.

³⁵ OLG Düsseldorf, ZIP 1996, 185.

³⁶ Zum Begriff der Gläubigerbenachteiligung: HK-Kreft, InsO, § 129 Rdnr. 36ff.

³⁷ Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 46.

³⁸ FK-Dauernheim, InsO, § 145 Rdnr. 14; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 17; Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 51; HK-Kreft, InsO, § 145 Rdnr. 10.

³⁹ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 25.

⁴⁰ Gottwald-Huber, InsRHdb, § 41 Rdnr. 53.

⁴¹ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 27, 40.

⁴² MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 27; FK-Dauernheim, InsO, § 145 Rdnr. 14.

⁴³ Gottwald-Huber, InsRHdb § 51, Rn 54, Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 16.

⁴⁴ Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 16.

⁴⁵ Leitsatz 5.14 Abs. 2 Nr. 1, 2. HS; Begründung S. 430f.

⁴⁶ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 26; bereits zur KO: Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 50.

⁴⁷ Vgl. zu den Voraussetzungen etwa FK-Dauernheim, InsO, § 142 Rdnr. 1 ff.

⁴⁸ So Gottwald-Huber, InsRHdb, § 51, Rdnr. 54; noch unentschieden aber wohl in diese Richtung tendierend: Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 16; HK-Kreft, InsO, § 145 Rdnr. 10; MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 26; vgl. auch Gerhard/Kreft, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 167.

⁴⁹ Gottwald-Huber, InsRHdb, § 46 Rdnr. 54.

⁵⁰ FK-Dauernheim, InsO, § 142 Rdnr. 1.

danken treffen auf die hier interessierende Fallgestaltung allerdings nicht zu: Die erfolgte Verkürzung der Masse wird durch Erbringung einer Leistung an eine andere Person als den Schuldner nicht kompensiert. Auch ist der Vorgänger nicht faktisch vom Rechtsverkehr ausgeschlossen. § 142 InsO und die dahinter stehenden Rechtsgedanken sind auf eine unmittelbare Beteiligung der Insolvenzmasse zugeschnitten. Eine entsprechende Anwendung des § 142 InsO auf die hier interessierende Fallgestaltung dürfte daher abzulehnen sein.

b) § 145 II Nr. 2 InsO: nahestehende Personen

Mit der Ausweitung des Kreises der nahestehenden Personen durch § 138 InsO nimmt die Bedeutung des § 145 II Nr. 2 InsO weiter zu. Danach wird die Kenntnis der die Anfechtbarkeit des Erwerbs seitens des Rechtsvorgängers begründenden Tatsachen vermutet, wenn der Rechtsnachfolger zur Zeit des Erwerbs zu den Personen gehört, die dem Schuldner – also nicht etwa dem Ersterwerber oder dem unmittelbaren Rechtsvorgänger – nach § 138 InsO nahe stehen⁵¹. In diesem Fall obliegt dem Rechtsnachfolger der Beweis seiner Unkenntnis. Dies gilt selbst für solche Umstände, die die Anfechtbarkeit eines Zwischenerwerbs begründen, auch wenn der Rechtsnachfolger keine dem Zwischenerwerber nahestehende Person ist.⁵² Denn hier besteht der Verdacht, dass der Zwischenerwerber nur eingeschaltet wurde, um etwa die Beweislastregel des § 130 III InsO zu umgehen.⁵³

Das Angehörigenverhältnis muss im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtsnachfolge bestehen. Nicht erforderlich ist, dass es schon zur Zeit des Ersterwerbs, nicht genügend, dass es zu der Zeit, zu der die Anfechtung geltend gemacht wird, besteht.⁵⁴

c) § 145 II Nr. 3 InsO: Unentgeltlicher Erwerb⁵⁵

Der Begriff der Unentgeltlichkeit entspricht dem des § 134 InsO⁵⁶, und bedarf zum Schutz der Gläubiger einer weiten Auslegung.⁵⁷ Eine Leistung ist unentgeltlich, wenn der Erwerb des Empfängers in seiner Endgültigkeit vereinbarungsgemäß nicht von einer ausgleichenden Zuwendung abhängen soll.⁵⁸ Eine Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit als solche i.S.v. § 516 BGB ist dagegen nicht nötig.⁵⁹ Entscheidend für die Unentgeltlichkeit ist weniger die Vermögensminderung beim Schuldner, sondern vielmehr das Vermögensopfer des Leistungsempfängers.⁶⁰ Nur weil es an einem ausgleichenden

Vermögensopfer des Erwerbers fehlt, ist der unentgeltliche Erwerber weniger schutzwürdig. Dieser Grundgedanke kommt aber auch in den Fällen nicht zum Tragen, in denen der Erwerber mit Einverständnis des Schuldners eine ausgleichende Gegenleistung an einen Dritten erbringt.

Ob der Zuwendung aus dem Schuldnervermögen eine ausgleichende Leistung gegenüber steht, beurteilt sich vorrangig nach objektiven Kriterien.⁶¹ Zu prüfen ist also zunächst, ob der Empfänger objektiv eine werthaltige Gegenleistung erbracht hat.⁶² Als Gegenleistung geeignet ist dabei jeder wirtschaftliche Vorteil und jedes wirtschaftliche Interesse, das sich wertmäßig im Vermögen des Schuldners oder bestimmungsgemäß im Vermögen eines Dritten abbilden kann.⁶³

Erst wenn nach diesen Grundsätzen objektiv eine Gegenleistung vorliegt, sind die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten von Bedeutung, wenn es darum geht, ob sie die Gegenleistung als Entgelt angesehen haben oder ob mit der Verfügung des Schuldners Freigiebigkeit, wenn auch nur zum Teil, bezweckt war.⁶⁴ Bei der Beurteilung, ob die Gegenleistung dem Wert der Leistung entspricht, steht den Beteiligten ein Beurteilungsspielraum zu, der dann überschritten ist, wenn sich die Beurteilung von den objektiven Gegebenheiten unangemessen weit entfernt.⁶⁵

In Fall 1 erfüllt S mit der Zuwendung eine eigene Verbindlichkeit. Da die Erfüllung einer Verbindlichkeit allein weder entgeltlich noch unentgeltlich ist, sind Grund- und Erfüllungsgeschäft in eine Gesamtbetrachtung einzubeziehen.⁶⁶ Wurde die Verbindlichkeit durch einen entgeltlichen Vertrag rechtswirksam begründet, so ist zugleich deren Erfüllung entgeltlich, dies gilt auch bei Leistungen erfüllungshalber oder an Erfüllungs statt.⁶⁷ Verträge über die Änderung eines ehelichen Güterstandes sind regelmäßig entgeltlich und damit der Schenkungsanfechtung entzogen⁶⁸; nur dann, wenn das Vollzugsgeschäft eine einseitige, ungerechtfertigte Bevorzugung eines der Ehepartner enthält, ist insoweit Unentgeltlichkeit gegeben.⁶⁹ Dies wäre etwa der Fall, wenn im Rahmen einer Gütertrennung ein Ausgleich des Zugewinns vereinbart wird, der vom tatsächlich erzielten Zugewinn erheblich abweicht. Da in unserem Fall tatsächlich ein Zugewinn erzielt worden war, zu dessen Ausgleich das Grundstück hingegeben wurde, ist insoweit Entgeltlichkeit gegeben. Eine Anfechtbarkeit nach § 145 II Nr. 2 InsO ist aber gleichwohl möglich.

Der Prototyp der unentgeltlichen Leistung ist die Schenkung nach § 516 BGB. Gerade in der notariellen Praxis häufig sind allerdings teilentgeltliche Verträge. So werden bei Übergabe- oder Überlassungsverträgen regelmäßig Gegenleistungen vereinbart⁷⁰. Eine gemischte Schenkung liegt dabei dann vor, wenn der Wert der Gegenleistung des Erwerbers den Wert der Leistung des Schuldners bzw. Rechtsvorgängers unterschreitet und beide Parteien wissentlich und übereinstimmend wol-

⁵¹ FK-Dauernheim, InsO, § 145 Rdnr. 16.

⁵² HK-Kreft, InsO, § 145 Rdnr. 11.

⁵³ Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 52.

⁵⁴ Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 53; Eine Ausnahme gilt für den Ehegatten des Schuldners gemäß § 138 I Nr. 1 InsO, ausreichend ist danach, dass die Eheschließung bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz des Anfechtungsprozesses erfolgt ist bzw. nicht früher als ein Jahr vor dem Erwerb aufgelöst wurde. Vgl. auch HK-Kreft, InsO, § 138 Rdnr. 7.

⁵⁵ Das Erlangte ist im Sinne des § 145 II Nr. 3 InsO auch dann zugewendet worden, wenn der Erwerb nicht auf aktiver Mitwirkung des Schuldners oder des Rechtsvorgängers beruht, ausreichend ist insoweit irgendein Erwerb, der auch auf einem Eingriff des Erwerbers selbst, insbesondere auf Vollstreckungsmaßnahmen, beruhen kann. Im Rahmen des § 145 II Nr. 3 InsO ist dies einhellige Meinung, vgl. MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 29. Für den Bereich des § 134 InsO vgl. MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 134 Rdnr. 11 einerseits und HK-Kreft, InsO, § 134 Rdnr. 6; FK-Dauernheim, InsO, § 134 Rdnr. 6 ff. andererseits.

⁵⁶ HK-Kreft, InsO, § 145 Rdnr. 12; MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 29.

⁵⁷ BGH WM 1975, 1182 (1184).

⁵⁸ MüKo-Kirchhof, InsO, § 134 Rdnr. 17 m.w.N.

⁵⁹ BGHZ 113, 98 (102 f.).

⁶⁰ BGH ZIP 1992, 1089 (1092).

⁶¹ BGHZ 113, 98 (102); 113, 393 (397).

⁶² Gottwald-Huber, InsRHdb, § 49, Rdnr. 11; dort wird allerdings ungenau auf den Erhalt der Gegenleistung beim Schuldner abgestellt.

⁶³ FK-Dauernheim, InsO, § 134 Rdnr. 11, Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 32 Rdnr. 5 m.w.N.; a.A.: HK-Kreft, InsO, § 134 Rdnr. 9.

⁶⁴ Gottwald-Huber, InsRHdb, § 49 Rdnr. 11.

⁶⁵ HK-Kreft, InsO, § 134 Rdnr. 10; FK-Dauernheim, InsO, § 134 Rdnr. 12.

⁶⁶ FK-Dauernheim, InsO, § 134 Rdnr. 9 m.w.N.

⁶⁷ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 134 Rdnr. 24.

⁶⁸ Huber, AnfG, § 4 Rdnr. 33.

⁶⁹ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 134 Rdnr. 36.

⁷⁰ BeNotHdb-Jerschke, A V Rdnr. 131 ff.; HdbNotVertrG-Albrecht, Rdnr. 683 ff.

len, dass der überschießende Wert freigiebig zugewendet wird⁷¹ oder die Parteien den ihnen zustehenden Bewertungsspielraum überschritten haben.⁷²

Liegt danach eine gemischte Schenkung vor und ist die weggegebene Leistung unteilbar, wie regelmäßig bei Grundstücksübertragungen, so herrscht über deren Anfechtbarkeit Uneinigkeit.⁷³

Während eine Ansicht die Grundsätze über die Behandlung einer gemischten Schenkung im übrigen Zivilrecht heran zieht und eine Anfechtung nach §§ 134, 145 II Nr. 3 InsO nur dann zulässt, wenn der Hauptzweck des Geschäfts auf Freigiebigkeit gerichtet ist⁷⁴, lässt die Gegenmeinung die Anfechtung bei Teilentgeltlichkeit stets zu, da die zu § 516 BGB entwickelten Grundsätze über gemischte Schenkungen wegen des gläubigerschützenden Zwecks der §§ 134, 145 II Nr. 3 InsO hier allenfalls eingeschränkt anwendbar seien.⁷⁵

Aus Gründen des Gläubigerschutzes scheint in der Tat die auf den Hauptzweck abstellende Alles-oder-Nichts-Lösung in diesen Fällen wenig sachgerecht. Der Erwerber ist eben nur insoweit schutzwürdig, als er tatsächlich eine Gegenleistung erbracht hat. Ein überschießender Wert der Leistung sollte den Gläubigern zugute kommen. Eine flexible, schutzwürdige Interessen des Erwerbers berücksichtigende Lösung kann auf der Rechtsfolgenseite erzielt werden⁷⁶.

Nicht anfechtbar nach § 145 II Nr. 3 InsO (und § 134 InsO) ist die von einem Elternteil einem Kind gewährte Ausstattung gemäß § 1624 BGB, wenn sie den Umständen nach das den Vermögensverhältnissen des entsprechenden Elternteils entsprechende Maß nicht übersteigt.⁷⁷

Anfechtungsfrei im Rahmen des § 145 II Nr. 3 InsO sind, ebenso wie nach § 134 II InsO, gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke geringen Wertes.⁷⁸

II. Die Anfechtung nach § 15 II AnfG

Die Einzelgläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, sich unter bestimmten Voraussetzungen den zwangsweisen Zugriff auf Gegenstände zu erschließen, die der Anfechtungsgegner weggeben hat.⁷⁹ Die Voraussetzungen, unter denen die Anfechtbarkeit auch gegen einen Einzelrechtsnachfolger gemäß § 15 II AnfG geltend gemacht werden kann, entsprechen denen des § 145 II InsO.⁸⁰

Eine kleine Besonderheit enthält § 15 III AnfG: Da die Anfechtbarkeit gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger voraussetzt, dass der Ersterwerb und jeder Zwischenerwerb anfechtbar sind, muss grundsätzlich auch der erste Erwerb innerhalb der Anfechtungsfristen liegen. Diese werden vom

Zeitpunkt der Erhebung der Anfechtungsklage zurückgerechnet, § 7 I AnfG. Nach § 7 II AnfG besteht die Möglichkeit, mit Hilfe einer schriftlichen Anfechtungsankündigung die Rückrechnung auf den Zeitpunkt des Zugangs dieser Mitteilung vor zu verlagern und so eine Fristverlängerung zu erreichen.

Nach § 15 III AnfG genügt zur Erstreckung der verlängerten Fristen des § 7 II AnfG auf den Rechtsnachfolger die Anfechtungsankündigung diesem gegenüber. Diese wirkt dann zwar zu Lasten aller weiteren Nachfolger, nicht aber gegenüber Vorgängern.⁸¹ So kann der Fall eintreten, dass der Ersterwerb wegen Fristablaufs nicht mehr anfechtbar ist, der Erwerb des Rechtsnachfolgers aber wegen der Anfechtungsankündigung anfechtbar bleibt.⁸²

B. Auswirkungen auf das Beurkundungsverfahren

Steht danach die Anfechtbarkeit des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts im Raum, stellt sich für den Notar die Frage nach seinen Pflichten im Rahmen des Beurkundungsverfahrens.

1. Ablehnung der Beurkundung, § 4 BeurkG, § 14 II BNotO

Gemäß § 4 BeurkG hat der Notar die Beurkundung abzulehnen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Die Anfechtbarkeit als solche löst dabei keine Amtsverweigerungspflichten aus.⁸³ Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen⁸⁴:

Weder InsO noch AnfG bestimmen die Unwirksamkeit der anfechtbaren Leistung, lediglich eine Rückgewährpflicht zur Masse hinsichtlich des weggegebenen Vermögensgegenstandes wird statuiert. Wenn aber der Gesetzgeber solchen Geschäften grundsätzlich nicht die Wirksamkeit versagt, kann für den Kreis der beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäfte nicht über § 4 BeurkG das Gegenteil gelten.

Zu dem Anfechtungstatbestand müssen deshalb noch weitere Umstände hinzutreten, um dem Rechtsgeschäft einen unredlichen Charakter zu geben.⁸⁵

Ist ein Rechtsgeschäft sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB oder wird es nur zum Schein eingegangen, § 117 BGB, und ist dies für den Notar erkennbar, hat er die Beurkundung abzulehnen.⁸⁶ Insoweit gelten keine anfechtungsspezifischen Besonderheiten. Sittenwidrigkeit kann insbesondere dann vorliegen, wenn Schuldner, Ersterwerb und Rechtsnachfolger bewusst zusammenwirken, um Gläubiger zu schädigen oder Rechte Dritter zu vereiteln.⁸⁷

Un erlaubt und damit abzulehnen ist ein Rechtsgeschäft insbesondere dann, wenn es einen der Straftatbestände der §§ 283 ff. StGB erfüllt. Dies dürfte in den hier interessierenden Konstellationen einer Weiterveräußerung jedoch nur ausnahmsweise der Fall sein.

So wie § 283 I Nr. 1 StGB voraussetzt, dass der Schuldner Bestandteile seines Vermögens beiseite schafft, muss nach § 283 c

⁷¹ FK-Dauernheim, InsO, § 134 Rdnr. 14.

⁷² HK-Kreft, InsO, § 134 Rdnr. 10.

⁷³ Ist der Zuwendungsgegenstand teilbar, beschränkt sich die Anfechtbarkeit auf den die Gegenleistung übersteigenden Teil, FK-Dauernheim, InsO, § 134 Rdnr. 14; allgemein zur Teilanfechtung: FK-Dauernheim, InsO, § 129 Rdnr. 35.

⁷⁴ Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 32 Rdnr. 11; BGHZ 57, 123 (127).

⁷⁵ MünchKommK Kirchhof, InsO, § 134 Rdnr. 41; FK-Dauernheim, InsO, § 134 Rdnr. 14.

⁷⁶ Vgl. unten Teil D. 2. c).

⁷⁷ FK-Dauernheim, InsO, § 134 Rdnr. 21.

⁷⁸ Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 20; FK-Dauernheim, InsO, § 145 Rdnr. 17; HK-Kreft, InsO, § 145 Rdnr. 12.

⁷⁹ Huber, MittBayNot 1999, 113 (123).

⁸⁰ Nerlich/Niehus, AnfG, § 15 Rdnr. 10 ff.; Huber, AnfG, § 15 Rdnr. 8 ff.

⁸¹ Huber, AnfG, § 15 Rdnr. 25.

⁸² Huber, AnfG, § 15 Rdnr. 25.

⁸³ Eylmann/Vaasen-Frenz, BNotO § 14 Rdnr. 34; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, § 4 Rdnr. 35.

⁸⁴ Diese gehen zurück auf Röhl, DNotZ 1974, 453 (467 ff.).

⁸⁵ Röhl, DNotZ 1974, 453 (469).

⁸⁶ Eylmann/Vaasen-Frenz, BNotO § 14 Rdnr. 34; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, § 4 Rdnr. 36.

⁸⁷ Palandt-Heinrichs, BGB, § 138 Rdnr. 61, 101.

StGB gerade der Schuldner eine Sicherheit gewähren. Und auch bei § 283 d StGB muss sich die Tathandlung auf Gegenstände des Schuldnervermögens beziehen. In den Fällen der Rechtsnachfolge ist jedoch begriffsnotwendig nur das Vermögen des Ersterwerbers betroffen, so dass eine Strafbarkeit allenfalls in Betracht kommt, wenn der Ersterwerber selbst in Insolvenz gerät. Die Anfechtbarkeit beim Ersterwerber bewirkt nicht, dass der Gegenstand noch zum Schuldnervermögen gehört.⁸⁸

Da zudem in allen Fällen Voraussetzung der Strafbarkeit die Zahlungseinstellung, Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Ablehnung mangels Masse ist, §§ 283 VI, 283 c III, 283 d IV StGB und für den Notar die Strafbarkeit zweifelsfrei feststehen muss⁸⁹, kommt eine Ablehnung der Beurkundung nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht.

2. Belehrungspflicht, § 17 BeurkG

Hat der Notar Zweifel daran, ob der bezweckte rechtliche Erfolg eines Geschäftes eintreten kann, so muss er die Beteiligten hierüber gemäß § 17 BeurkG belehren.⁹⁰

Eine Belehrung kommt hier von vornherein nur dann in Betracht, wenn dem Notar die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 II Nr. 2 InsO bekannt geworden ist. Aufgrund der hier vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachung, §§ 23, 30 InsO, kann der Notar über das Vorliegen dieser Voraussetzungen sichere Kenntnis erlangen. Auch im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht bestehen keine Bedenken, obwohl der Schuldner selbst am Beurkundungsverfahren nicht beteiligt ist.

Um die bloße Zahlungseinstellung oder auch die Stellung des Eröffnungsantrags kann der Notar jedoch nicht mit Sicherheit wissen, er bleibt hier auf Vermutungen und Anhaltspunkte angewiesen. Ermittlungen und Erkundigungen kann der Notar außerhalb der Amtshandlung nicht anstellen. Seinen bloßen Verdacht der Zahlungseinstellung sollte er daher nicht in der Verhandlung zur Sprache bringen.⁹¹ Gleiches gilt für die Anfechtung nach § 15 II AnfG: ob ein Dritter gegen den Schuldner, der selbst nicht am Beurkundungsverfahren beteiligt ist, einen vollstreckbaren Schuldtitel hat und die Zwangsvollstreckung nicht zu einer Befriedigung geführt hat, kann der Notar kaum zuverlässig beurteilen.

Sodann gilt: Ist ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, § 145 II Nr. 3 InsO, zu beurkunden und steht beim Ersterwerb die Anfechtbarkeit im Raum, so hat der Notar über die möglicherweise bestehende Anfechtbarkeit auch des Nachfolgeerwerbs zu belehren. Dabei genügt der konkrete Verdacht für das Vorliegen eines Anfechtungstatbestandes beim Vorerwerber.⁹²

Ein differenziertes Bild ergibt sich dagegen bei den Tatbeständen des § 145 II Nr. 1 und Nr. 2 InsO. Das Problem stellt sich etwa in Fall 2: Ist der Erwerber gutgläubig und belehrt

nun der Notar, wird der gute Glaube zerstört und ein dauerhafter Rechtserwerb vereitelt. Aufgabe des Notars kann es aber nicht sein, eine Bestandsgefährdung des Rechtsgeschäfts durch Belehrung erst herbeizuführen. Belehren sollte der Notar deshalb nur dann, wenn er konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass der Erwerber die maßgeblichen Umstände kennt. Denn nur in diesem Fall besteht ein konkreter Verdacht für das Vorliegen eines Anfechtungstatbestandes auch im Verhältnis zum Rechtsnachfolger.

Da der Notar nicht die Möglichkeit hat, wie ein Gericht Beweis zu erheben, dürften insoweit an das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für die Kenntnis des Erwerbers strenge Anforderungen zu stellen sein. Eine Bösgläubigkeit des Erwerbers muss, vergleichbar den Fällen des § 145 II Nr. 2 InsO, den Umständen nach nahe liegen. Dies wäre etwa zu sagen, wenn zwischen Veräußerer und/oder Insolvenzschuldner und dem Erwerber länger dauernde freundschaftliche oder geschäftliche Beziehungen bestehen oder eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung vorliegt, ohne dass die Voraussetzungen des § 138 II InsO gegeben wären.

Wieder anders ist die Rechtslage bei § 145 II Nr. 2 InsO. Wegen der dort geregelten Beweislastumkehr liegt der Verdacht eines Anfechtungstatbestandes immer schon dann vor, wenn Rechtsnachfolger eine nahestehende Person des Schuldners ist. Allerdings würde dieser durch eine Belehrung jede Möglichkeit, den Entlastungsbeweis zu führen, abgeschnitten. Eine Lösung, nach der die Risiken des Geschäftes, etwa im Hinblick auf zu erbringende Gegenleistungen, einerseits und die konkrete Wahrscheinlichkeit der Führung des Entlastungsbeweises andererseits, abzuwägen wären, würde den Notar in der konkreten Beurkundungssituation überfordern und wäre in der Praxis äußerst unpraktikabel. Da regelmäßig die Führung des Entlastungsbeweises mit vielfältigen Unwägbarkeiten behaftet sein dürfte, erscheint hier stets die Belehrung geboten.

C. Rechtsfolgen der Anfechtung

I. §§ 143, 144 InsO

Nach der für die Praxis allein maßgeblichen schuldrechtlichen Theorie folgt aus dem Anfechtungsrecht der InsO ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr der weggegebenen Leistung. Der Rechtsnachfolger unterliegt dabei selbstständig der Rückgewährpflicht aus § 143 InsO, haftet also nicht anstelle des Vorgängers, sondern neben ihm, wenn auch infolge der Weiterübertragung die Haftung des Rechtsvorgängers regelmäßig auf Wertersatz gerichtet sein wird, § 143 I S. 2 InsO.⁹³

1. Grundsätze des § 143 InsO

Nach § 143 I InsO ist zur Insolvenzmasse zurück zugewähren, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist. Grundsätzlich hat daher die Rückgewähr in Natur zu erfolgen: ein Grundstück oder eine bewegliche Sache ist zu übereignen, eine Forderung abzutreten, eine erlassene Forderung zu erfüllen.⁹⁴ Der Insolvenzverwalter könnte sich allerdings – a maiore ad minus – auch darauf beschränken, die Duldung der Zwangsvollstreckung in den anfechtbar weggegebenen Gegenstand zu verlangen.⁹⁵

Der Einzelrechtsnachfolger haftet immer nur so weit, wie sein eigener Erwerb reicht, also in demjenigen Umfang, wie er den

⁸⁸ Dies gilt jedenfalls nach der schuldrechtlichen Theorie und der Theorie von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit, da nach beiden Theorien der betreffende Gegenstand im Hinblick auf die allgemeine Vermögenszuordnung aus dem Schuldnervermögen ausscheidet. Allein die dingliche Theorie kann hier zu einem anderen Ergebnis gelangen, wobei allerdings höchst fraglich ist, ob deren Wertungen auch auf das Strafrecht zu übertragen wären. Wegen der geringen Relevanz dieser Theorie besteht für die Klärung dieser Fragen kein Bedürfnis.

⁸⁹ *Röll*, DNotZ 1974, 453 (470).

⁹⁰ HdbNotVertrG-Reithmann, Rdnr. 136.

⁹¹ *Huhn/v. Schuckmann*, BeurkG, § 17, Rdnr. 210; anders: *Röll*, DNotZ 1974, 453 (459).

⁹² *Röll*, DNotZ, 1974, 453 (459).

⁹³ *MünchKomm/Kirchhof*, InsO, § 145 Rdnr. 33.

⁹⁴ *Gottwald-Huber*, InsRHdb § 52 Rdnr. 5.

⁹⁵ *HK-Kreft*, InsO, § 143 Rdnr. 7.

anfechtbar weggegebenen Gegenstand erlangt hat.⁹⁶ In Fall 1 müsste F daher das Wohnhausgrundstück, in Fall 2 K die Eigentumswohnung an die Masse übereignen.

Ist der zurückzugewährende Gegenstand selbst nicht mehr vorhanden, so schuldet der Anfechtungsgegner Wertersatz gemäß § 143 I S. 2 InsO i. V. m. §§ 819 I, 818 IV, 292, 989, 990 BGB.

Haften Vorgänger und Rechtsnachfolger wegen schuldhaften Untergangs des weggegebenen Gegenstandes beim Rechtsnachfolger beide auf Wertersatz, liegt eine Gesamtschuld gemäß §§ 421 BGB vor.⁹⁷ Regelmäßig⁹⁸ schuldet jedoch der Vorgänger Wertersatz wegen Weitergabe des Gegenstandes, während der Rechtsnachfolger Rückgewähr schuldet. Wird dabei einer der Ansprüche erfüllt, erlischt der andere, soweit sich beide wertmäßig decken.⁹⁹

§ 143 II InsO gewährt dem redlichen Empfänger einer unentgeltlichen Leistung ein Haftungsprivileg: er hat die empfangene Leistung nur insoweit zurückzugewähren, als er durch sie noch bereichert ist. Seine Haftung bestimmt sich nach § 818 I – III BGB. Insbesondere steht ihm also der Entreicherungseinwand offen.

Die Haftungsmilderung des § 143 II S. 1 InsO hängt von der Redlichkeit des Empfängers der unentgeltlichen Leistung in Bezug auf eine Gläubigerbenachteiligung ab, § 143 II S. 2 InsO. Der Einzelrechtsnachfolger haftet nur dann gemildert, wenn er ausschließlich nach § 145 II Nr. 3 InsO in Anspruch zu nehmen ist. Dabei ist die Redlichkeit eines jeden Einzelrechtsnachfolgers aus seiner Person heraus selbstständig zu beurteilen.¹⁰⁰

2. Gegenrechte des Anfechtungsgegners

a) Ersatz von Verwendungen

Nach der Neuregelung des § 143 I InsO mit der Verweisung auf die §§ 819 I, 818 IV, 292 II, 994 II, 683, 670 BGB sind notwendige Verwendungen in vollem Umfang ersatzfähig, soweit sie dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn (abzustellen ist auf den Insolvenzverwalter¹⁰¹) entsprechen. Andernfalls kann nach §§ 684, 812 BGB nur dasjenige herausverlangt werden, was der Insolvenzmasse infolge der Bereicherung tatsächlich verblieben ist. Soweit danach Ansprüche bestehen, begründen sie Masseschulden gemäß § 55 I Nr. 3 InsO und räumen dem Anfechtungsgegner ein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273 II, 1000 BGB ein.

Ob nach der InsO auch für andere als notwendige Verwendungen Ersatzansprüche gegen die Insolvenzmasse geltend gemacht werden können, ist umstritten. Wegen des Grundsatzes, dass die Geltendmachung der Anfechtung nicht zu einer Bereicherung der Insolvenzmasse über das Maß des ihr entzogenen Vermögenswertes hinaus führen soll, seien durch die Begrenzung der Verwendungsersatzansprüche auf notwendige Verwendungen allgemeine Bereicherungsansprüche, die sich insbesondere aus nützlichen Verwendungen ergeben kön-

nen, gegen die Insolvenzmasse nicht ausgeschlossen.¹⁰² Aufgrund der klaren gesetzlichen Regelung in § 143 I S. 2 InsO dürfte de lege lata der Gegenauffassung zu folgen sein, die Ersatzansprüche des Anfechtungsgegners auf notwendige Verwendungen beschränkt.¹⁰³ Bei nützlichen Verwendungen und sonstigen Aufwendungen besteht daher allenfalls ein Wegnahmerecht nach § 997 BGB.¹⁰⁴

Diese Grundsätze gelten zunächst nur, wenn der Anfechtungsgegner, in unserem Fall also der Rechtsnachfolger, Verwendungen getätigt hat. Hat der Ersterwerber bzw. ein Zwischenerwerber ersatzfähige Verwendungen vorgenommen, so kommen diese auch dem Rechtsnachfolger zugute. Durch die Verweisung des § 143 I S. 2 InsO auf die §§ 819 I, 818 IV, 292 BGB ist auch § 999 I BGB anwendbar. Die Vorschrift bewirkt einen Übergang aller Verwendungsersatzansprüche des Vorbesitzers auf den Erwerber.¹⁰⁵ Der Rechtsnachfolger kann mithin im gleichen Umfang wie der Vorgänger und jeder Zwischenerwerber den Ersatz notwendiger Verwendungen im oben beschriebenen Umfang von der Masse verlangen.

Wandelt man Fall 1 dahingehend ab, dass etwa ein bereits vorhandenes Gebäude nur einer notwendigen Reparatur unterzogen wurde, so könnte F dem Rückgewährverlangen des Insolvenzverwalters einen Aufwendungsersatzanspruch mit der Wirkung der §§ 273 II, 1000 BGB entgegenhalten. Ist es dem Insolvenzverwalter nicht möglich, den Abfindungsbetrag aufzubringen, hat er die Möglichkeit einer Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den anfechtbar weggegebenen Gegenstand. Dieser Klage gegenüber besteht kein Zurückbehaltungsrecht¹⁰⁶, denn der Insolvenzverwalter erhält von dem Erlös nur den Betrag, der dem Wert des Gegenstandes ohne die getätigten Verwendungen entspricht.¹⁰⁷ Ein Ablösungsrecht des Anfechtungsgegners dahingehend, dass er, wenn er das Grundstück behalten will, lediglich Wertersatz leistet, wird von der Rechtsprechung abgelehnt.¹⁰⁸ Dem Anfechtungsgegner bleibt nur die Möglichkeit, das Grundstück selbst zu ersteigern.

Der Hausbau in Fall 1 stellt als wesentliche Umbildung des Grundstücks nach der Rechtsprechung schon begrifflich keine Verwendung dar und war sicher keine notwendige Verwendung. Auch außerhalb der InsO kann nach Ansicht der Rechtsprechung wegen der umfassenden Sperrwirkung der §§ 994 ff. BGB kein Ersatz, auch nicht über §§ 812 ff. BGB, verlangt werden.¹⁰⁹ Wegen der Beschränkung der InsO auf den Ersatz nur notwendiger Verwendungen im Rahmen des § 143 I S. 2 InsO dürfte de lege lata das nahezu unerträgliche Ergebnis unvermeidbar sein, dass in solchen Fällen die Masse u.U. einen erheblichen Wertzuwachs erhält ohne dass der Anfechtungsgegner Ausgleich verlangen kann.¹¹⁰ Das Wegnah-

¹⁰²MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 143 Rdnr. 68.

¹⁰³HK-Kreft, InsO, § 143 Rdnr. 20; Gottwald-Huber, InsRHdb, § 52 Rdnr. 10.

¹⁰⁴FK-Dauernheim, InsO, § 143 Rdnr. 25.

¹⁰⁵Palandt-Bassenge, BGB, § 999, Rdnr. 3.

¹⁰⁶MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 143 Rdnr. 69.

¹⁰⁷Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 37, Rdnr. 123.

¹⁰⁸Jaeger/Henckel, InsO, § 37 Rdnr. 123 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

¹⁰⁹Palandt-Bassenge, BGB, Vor. § 994 Rdnr. 15 m.w.N. aus der Rechtsprechung; zu abweichenden Auffassungen vgl. Medicus, BürgR Rdnr. 896.

¹¹⁰A.A. MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 143 Rdnr. 69; die in diesem Zusammenhang häufig zitierte Entscheidung BGH NJW 1984, 2380 betrifft lediglich den Ausbau eines bereits vorhandenen Gebäudes und geht mit keinem Wort auf die Problematik der Ersatzfähigkeit von Verwendungen ein.

⁹⁶ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 32.

⁹⁷ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 143 Rdnr. 32.

⁹⁸ Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Vorgänger den Gegenstand noch rückübereignet und vom Rechtsnachfolger herausverlangen kann.

⁹⁹ Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 62.

¹⁰⁰ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 32; Umstritten ist, ob den Umständen nach wissen muss grobe Fahrlässigkeit verlangt, vgl. HK-Kreft, InsO, § 143 Rdnr. 29 ff., oder auch schon bei leichter Fahrlässigkeit vorliegt, vgl. Gottwald-Huber, InsRHdb § 52 Rdnr. 15; dort auch zur geringen Praxisrelevanz der Streitfrage.

¹⁰¹ MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 143 Rdnr. 65.

merecht nach § 997 I BGB dürfte regelmäßig nach § 997 II 2. Alt. BGB ausgeschlossen sein. Ob die Rechtsprechung dieses Ergebnis über § 242 BGB abmildert¹¹¹, bleibt abzuwarten.

b) Gegenleistung

§ 144 II InsO regelt die Erstattungspflicht der Masse für eine vom Anfechtungsgegner erbrachte Gegenleistung. Die Vorschrift setzt ein anfechtbares gegenseitiges Verpflichtungsgeschäft voraus: Nur die im Rahmen eines solchen anfechtbaren obligatorischen Vertrages erbrachte Gegenleistung kann nach § 144 II InsO zurück verlangt werden.¹¹² Ist dagegen nur das Erfüllungsgeschäft anfechtbar, lebt die Forderung des Anfechtungsgegners nach § 144 I InsO wieder auf.¹¹³

Kann der Anfechtungsgegner Herausgabe seiner Gegenleistung verlangen, weil diese noch in der Masse unterscheidbar vorhanden oder die Masse um deren Wert noch bereichert ist, § 144 II S. 1 InsO, so ist diese Forderung Masseschuldforderung gemäß § 55 I Nr. 3 InsO, die dem Verlangen nach Rückgewähr in Natur im Wege des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB entgegengehalten werden kann bzw. bei Gleichwertigkeit der jeweils geschuldeten Leistung zu einer unmittelbaren Verrechnung führt.¹¹⁴ Andernfalls kann der Erstattungsanspruch nur als Insolvenzforderung geltend gemacht und zur Tabelle angemeldet werden, § 144 II S. 2 InsO.

Der Anspruch aus § 144 II InsO steht allerdings stets dem zu, der die Gegenleistung dem Insolvenzschuldner erbracht, also in die Masse geleistet hat, und dessen Gesamtrechtsnachfolger.¹¹⁵ Ein Sonderrechtsnachfolger, der eine Gegenleistung lediglich an seinen Vormann erbracht hat, kann sich daher nicht wegen dieser auf § 144 II InsO berufen.

Um einen etwaigen Anspruch seines Vormannes aus § 144 II InsO geltend machen zu können, muss der Rechtsnachfolger nach einhelliger Meinung diesen Anspruch pfänden, sich zur Einziehung überweisen oder abtreten lassen.¹¹⁶ Ein Anspruch des Rechtsnachfolgers gegen seinen Vormann, der möglicherweise eine Pfändung des Anspruchs aus § 144 II InsO erlaubt, ergibt sich dabei entweder aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus dem Mängel- bzw. Leistungsstörungenrecht des BGB.¹¹⁷ Wegen der mit dessen Geltendmachung u.U. verbundenen Schwierigkeiten kann die Masse im Einzelfall durchaus von einer Weiterübertragung profitieren.

Eine Sonderkonstellation ergibt sich, wenn man Fall 2 dahingehend abwandelt, dass S nur die Grundsuld, nicht aber das Darlehen übernommen hat. Mit der Zahlung des K an den Gläubiger wird die Masse dann von einer Verbindlichkeit befreit. War diese Verbindlichkeit werthaltig, so ist die Masse insoweit bereichert. Diese „Gegenleistung“ wurde zwar nicht gegenüber der Masse erbracht, der Wortlaut des § 144 II InsO setzt dies aber nicht voraus. Man könnte daher überlegen,

§ 144 II InsO, notfalls analog, anzuwenden und dem Rechtsnachfolger insoweit das mit § 144 II InsO verbundene Zurückbehaltungsrecht zugeben. Dies dürfte jedoch mit der hergebrachten bereicherungsrechtlichen Dogmatik der Rückabwicklung in Mehrpersonenverhältnissen unvereinbar sein.¹¹⁸

c) Insbesondere die Gemischte Schenkung

Oben wurde dargelegt, dass der Erwerb im Wege einer gemischten Schenkung stets, also auch dann, wenn der Hauptzweck nicht in der Freigiebigkeit der Zuwendung besteht, der Anfechtung unterliegt.

Ist die höherwertige, vom Insolvenzschuldner erbrachte Leistung nicht teilbar, ist diese gleichwohl grundsätzlich in Natur zurückzugewähren, allerdings nur Zug um Zug gegen Erstattung der erbrachten Gegenleistung. Für diese gelten die Beschränkungen des § 144 II InsO nicht.

Für den gutgläubigen unentgeltlichen Erwerber folgt dieses Ergebnis bereits aus §§ 143 II S. 1 InsO, 818 III BGB, da der Erwerber in Höhe der erbrachten Gegenleistung entreichert ist.¹¹⁹ Doch selbst wenn nach § 143 II S. 2 InsO die Privilegierung des Satzes 1 wegfällt, kann für die erbrachte Gegenleistung nichts anderes gelten, denn soweit keine anderen Anfechtungstatbestände eingreifen, ist die erleichterte Anfechtbarkeit über § 134 InsO nur insoweit gerechtfertigt, als der Anfechtungsgegner keine Gegenleistung erbracht hat.¹²⁰

Ist der weggegebene Gegenstand nur wertmäßig für die Masse interessant, wird ganz überwiegend dem Anfechtungsgegner das Recht eingeräumt, durch Zahlung der Wertdifferenz in die Masse den Rückgewähranspruch abzulösen.¹²¹

Für den hier interessierenden Bereich des § 145 II Nr. 3 InsO gilt dagegen Folgendes: Der gutgläubige unentgeltliche Erwerber haftet nach § 143 II S. 1 InsO beschränkt auf die noch vorhandene Bereicherung. Eine an den Vorgänger erbrachte Gegenleistung kann er der Masse aber nicht entgegenhalten, da nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen im Rahmen des § 818 III BGB eine an einen Dritten erbrachte Gegenleistung nicht zu einem Wegfall der Bereicherung führt.¹²² Dies führt zu dem Ergebnis, dass insoweit der Rechtsnachfolger einer weitergehenden Haftung unterliegt als ein Ersterwerber.

Die Anfechtbarkeit nach § 145 II Nr. 3 InsO würde so aber entgegen Sinn und Zweck des Gesetzes auf den entgeltlichen Teil eines Geschäftes ausgedehnt. Dieser soll aber nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 145 II Nr. 1 und 2 InsO anfechtbar sein. Dem Rechtsnachfolger könnte beispielsweise geholfen werden, indem man ihm in allen Fällen ein Ablösungsrecht durch Zahlung der Wertdifferenz einräumt bzw. ihn von vornherein nur auf die Wertdifferenz haften lässt. Letzteres hätte allerdings zur Konsequenz, dass der Anfechtungsgegner nicht nur mit dem erworbenen Gegenstand, sondern mit seinem gesamten Vermögen haftet. Dies dürfte kaum den Interessen des Anfechtungsgegners entsprechen. Zu favorisieren ist daher der erste Weg: Der Anfechtungsgegner kann den Rückgewähranspruch durch Zahlung der Wertdifferenz ablösen, selbst dann, wenn ein erhebliches Interesse der Masse an dem Gegenstand selbst besteht. Eine ungerech-

¹¹¹So in BGHZ 41, 157 (164 ff.).

¹¹²Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 38 Rdnr. 2.

¹¹³Hat der Anfechtungsgegner dem Schuldner ein Darlehen gewährt und wurde dieses kurz vor Insolvenzeröffnung anfechtbar zurückbezahlt, besteht wertungsmäßig kein Unterschied zu dem Fall, in dem der Anfechtungsgegner als Verkäufer vorleistet und kurz vor Insolvenzeröffnung anfechtbar Befriedigung erhält. In beiden Fällen hat der Anfechtungsgegner Kredit gewährt und hätte ohne die anfechtbare Deckung vor Insolvenzeröffnung lediglich eine ungesicherte Insolvenzforderung, Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 38 Rdnr. 3.

¹¹⁴Gottwald-Huber, InsRHdb, § 52 Rdnr. 16.

¹¹⁵Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 38 Rdnr. 17; FK-Dauernheim, InsO, § 144 Rdnr. 10.

¹¹⁶FK-Dauernheim, InsO, § 144 Rdnr. 10; Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 38 Rdnr. 17; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 38 Rdnr. 6.; MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 144 Rdnr. 4.

¹¹⁷Vgl. näher unten bei 3.

¹¹⁸Es liegt ein unechter Vertrag zu Gunsten des Schuldners vor, der Versprechende K kann sich nur an den Versprechensempfänger S halten, vgl. etwa Medicus, Bürgerliches Recht, Rdnr. 680.

¹¹⁹Palandt-Sprau, BGB, § 818 Rdnr. 50.

¹²⁰FK-Dauernheim, InsO, § 134 Rdnr. 14.

¹²¹MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 134 Rdnr. 42; Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 32 Rdnr. 21; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 32 Rdnr. 11; FK-Dauernheim, InsO, § 134, Rdnr. 14.

¹²²Palandt-Sprau, BGB, § 818 Rdnr. 43.

fertigte Benachteiligung der Masse liegt hierin nicht. Die Beschränkung der Anfechtbarkeit folgt vielmehr aus § 145 II Nr. 3 InsO selbst, der eben Unentgeltlichkeit voraussetzt, die hier aber nur teilweise vorliegt.

3. Regress des Rechtsnachfolgers beim Vorgänger

Oben wurde bereits dargelegt, dass der Rechtsnachfolger eine an seinen Vormann erbrachte Leistung dem Rückgewähranspruch der Masse nicht entgegenhalten kann. Er muss sich insoweit an seinen unmittelbaren Vormann halten.

Fraglich erscheint dabei zunächst die Anspruchsgrundlage für einen Regressanspruch. In Betracht kommen zum einen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung.¹²³ Zu denken ist aber auch an vertragliche Ansprüche, insbesondere nach Mängel- oder allgemeinem Leistungsstörungenrecht.¹²⁴ Teilweise wird angenommen, dass beide Ansprüche nebeneinander bestehen.¹²⁵

Richtigerweise dürfte im Einklang mit den Grundsätzen zu § 144 I und II InsO zu differenzieren sein:

Ist neben dem Erfüllungsgeschäft auch das Verpflichtungsgeschäft anfechtbar, so entfällt mit Erfüllung der Rückgewährpflicht nach § 143 InsO im Verhältnis zum Vorgänger der rechtliche Grund. Der Rechtsnachfolger hat dann den Anspruch aus § 812 I S. 1 2. Alt. BGB.¹²⁶ Dieser ist regelmäßig nicht durch § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen, da die Anfechtbarkeit allein weder einen Gesetzes- noch einen Sittenverstoß begründet.¹²⁷ Zudem dürfte der Vorgänger in aller Regel gemäß § 819 I BGB¹²⁸ verschärft haften.

In Fall 2 kann sich K auch wegen des an den Gläubiger geleisteten Ablösebetrages nur an S halten. Die Abtretung einer Forderung aus einem mangelhaften Kausalverhältnis begründet nach herrschender Meinung in Rechtsprechung¹²⁹ und Literatur¹³⁰ die Kondiktion allein gegen den Zedenten, vorliegend also S. Eine Direktkondiktion beim Zessionar ist nur in, hier nicht vorliegenden, Ausnahmefällen möglich. Dass sich der Zessionar in unserem Fall als der zahlungskräftigere Schuldner erweist, ist reiner Zufall und rechtfertigt kein Abgehen von den hergebrachten Grundsätzen.

Fehlt es an der Anfechtbarkeit auch des Verpflichtungsgeschäftes, etwa wenn die geforderte Kenntnis erst im Zeitpunkt des Erfüllungsgeschäftes vorlag oder eine Verbindlichkeit begründet wurde, die sich nicht speziell auf die weggegebene Sache bezog, sind vertragliche Ansprüche gegeben.

Liegt ein entgeltliches Geschäft vor, begründet die Anfechtbarkeit einen Rechtsmangel im Sinne des § 435 BGB, da sie als obligatorischer Anspruch dem Insolvenzschuldner ein Besitzrecht einräumt und den Käufer in der Nutzung des Kaufgegenstandes beeinträchtigt.¹³¹ Der Rechtsnachfolger kann grundsätzlich gemäß §§ 346 I, 323, 326 V, 437 Nr. 2, 435, 433 I BGB vom Vertrag zurücktreten und die erbrachte Gegenleistung zurückfordern oder, unter der weiteren Voraussetzung des Verschuldens, daneben, § 325 BGB, gemäß §§ 280 I, 283, 437 Nr. 3, 435, 433 I BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Diese Ansprüche sind jedoch ausgeschlossen, falls der Käufer

die Anfechtbarkeit bei Vertragsschluss kannte oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kannte und der Verkäufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen oder eine Garantie abgegeben hat, § 442 I BGB. Kenntnis heißt hier ebenso wie bei § 145 II Nr. 1 InsO positives Wissen um die die Anfechtbarkeit begründenden Tatsachen.¹³² Mängelrechte können daher nur dann bestehen, wenn im Rahmen des § 145 II Nr. 2 InsO der nahestehenden Person der Entlastungsbeweis misslingt, während der beweispflichtige Verkäufer im Rahmen des § 442 I BGB die Kenntnis seinerseits nicht zu beweisen vermag.¹³³

Diese Grundsätze gelten auch im Fall 1, denn bei der Hingabe eines Gegenstandes an Erfüllung statt, hat der Schuldner wie ein Käufer Gewähr zu leisten, § 365 BGB. Gerade hier scheint es nun aber nicht angemessen, der F neben dem Grundstück auch noch den Zugewinnausgleichsanspruch zu nehmen. Denn dieser besteht grundsätzlich unabhängig von der anfechtbaren Grundstückübertragung.¹³⁴ Zu erwägen ist in solchen Fällen die Anwendung von § 144 I InsO mit der Folge, dass die Zugewinnausgleichsforderung im Zeitpunkt der Rückgewähr des anfechtbar erlangten Gegenstandes wieder auflebt.¹³⁵

Wegen § 442 BGB besteht dafür auch durchaus ein Bedürfnis.¹³⁶

II. §§ 11, 12 AnfG

Entsprechend dem Zweck der Einzelgläubigeranfechtung nach dem AnfG statuiert § 11 I AnfG primär einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den anfechtbar weggegebenen Gegenstand.

Wegen der Verweisung in § 11 I S. 2 AnfG gilt für den Sekundäranspruch auf Wertersatz und etwaige Gegenansprüche des Anfechtungsgegners auf Verwendungsersatzes das zu § 143 InsO Gesagte entsprechend.

Gemäß § 12 AnfG kann schon der Ersterwerber im Verhältnis zum Anfechtungsgläubiger erbrachte Gegenleistungen in keiner Weise in Ansatz bringen.¹³⁷ Gleiches muss dann für den Rechtsnachfolger gelten: er kann sich nur an seinen Vormann halten. Für Regressansprüche zwischen Rechtsnachfolger und Vorgänger sind wiederum die oben dargestellten Grundsätze maßgeblich.¹³⁸

D. Ausblick

Die Anfechtung gegen den Einzelrechtsnachfolger führt in Literatur und Rechtsprechung bisher ein Schattendasein. Die Verschärfung des Anfechtungsrechts der InsO, insbesondere die Verlängerung der Anfechtungsfristen, die Beweiserleichterungen bei den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen und die Erweiterung des Kreises der nahestehenden Personen nach § 138 InsO, bewirkt jedoch eine Erleichterung der Anfechtbarkeit auch gegen den Einzelrechtsnachfolger. Dies – und die steigende Zahl der Insolvenzen – dürfte zwangsläufig dazu führen, dass auch zu dieser Problematik in Zukunft vermehrt Fälle auftreten werden.

Dabei darf man auf die Klärung der angesprochenen Zweifelsfragen durch die obergerichtliche Rechtsprechung gespannt sein.

¹²³Gerhard/Kreft, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 168: „Natürlich.“

¹²⁴MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 145 Rdnr. 35; Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 63; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 23.

¹²⁵Huber, AnfG, § 12 Rdnr. 4.

¹²⁶So für die vergleichbare Situation nach § 12 AnfG: Huber, AnfG, § 12 Rdnr. 4.

¹²⁷Nerlich/Niehus, AnfG, § 12 Rdnr. 5.

¹²⁸Dieser gilt für alle Bereicherungsansprüche, Palandt-Sprau, BGB, § 819 Rdnr. 1.

¹²⁹BGHZ 105, 365 (369); BGHZ 122, 46 (50).

¹³⁰Vgl. statt aller Staudinger-Lorenz, BGB, § 812 Rdnr. 41.

¹³¹Palandt-Putzo, BGB, § 435 Rdnr. 10.

¹³²Palandt-Putzo, BGB, § 442 Rdnr. 7.

¹³³Vgl. zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 63.

¹³⁴Es sei denn, er wäre selbst anfechtbar, zur Anfechtbarkeit von Eheverträgen vgl. oben Teil B 2. c).

¹³⁵So auch FK-Dauernheim, InsO, § 145 Rdnr. 21; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 40 Rdnr. 23.

¹³⁶Dieses verneinen Jaeger/Henckel, KO, 9. Auflage, § 40 Rdnr. 63.

¹³⁷Huber, AnfG, § 12 Rdnr. 6.

¹³⁸Huber, AnfG, § 12 Rdnr. 4.

Die Übertragung und Zurückbehaltung von Einzelwirtschaftsgütern

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 11.12.2001 – VIII R 58/98 –¹

Von Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim

Der BFH bestätigt mit seinem Urteil eine jahrzehntelange Rechtsprechung, wonach die teilentgeltliche Übertragung betrieblicher Wirtschaftsgüter auf eine Personengesellschaft hinsichtlich des unentgeltlichen Teils erfolgsneutral und hinsichtlich des entgeltlichen Anteils erfolgswirksam erfolgt. Auch der weitere Hinweis, dass die Übernahme von Schulden, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den eingebrachten aktiven Einzelwirtschaftsgütern stehen, eine gewinnwirksame Gegenleistung darstellt, entspricht der ständigen Rechtsprechung. Da das Unternehmenssteuer-Fortentwicklungsgesetz, das unter dem Stichwort „Wiederherstellung des Mitunternehmererlasses“ bekannt wurde, zum 1.1.2002 wesentliche Neuerungen mit sich gebracht hat, gibt das Urteil Anlass, die Gestaltungsmöglichkeiten bei der Übertragung und Zurückbehaltung von betrieblichen Einzelwirtschaftsgütern im Überblick zu erörtern.

I. Rückblick

1.

Die Gesetzgebung der letzten Jahre ähnelt einer Geisterbahnfahrt: Nach einer Fahrt durch Dunkelheit, immer wieder durch unheimliche Geistererscheinungen unterbrochen, gelangt man nach zahlreichen ruckartigen Wendungen wieder an den Ausgangsort zurück. Das erste, noch von Finanzminister Lafontaine produzierte Schreckgespenst war das am 1.1.1999 in Kraft getretene sog. Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, das die Horrorvision der permanenten Gewinnrealisierung aufscheinen ließ. In § 6 Abs. 6 EStG wurde der Grundsatz aufgenommen, dass der Rechtsträgerwechsel immer mit Gewinnrealisierung verbunden ist. Der Jahrzehnte von der Finanzverwaltung angewandte Mitunternehmererlass (BStBl. 1978 I 8) wurde ausdrücklich aufgehoben. Damit wurden Umstrukturierungen mit der Strafe der Aufdeckung aller stillen Reserven belegt. Einzelne Wirtschaftsgüter konnten nicht mehr gewinnneutral übertragen werden. Lediglich die Änderung der Unternehmensform mit Hilfe der §§ 20 und 24 UmwStG war noch unter Buchwertfortführung möglich. Auch die Neubegründung von Betriebsaufspaltungen wurde damit aus den steuerneutralen Gestaltungsmodellen gestrichen. Lediglich die **Überführung** (ohne Rechtsträgerwechsel) von Betriebsvermögen aus einem Betrieb des Steuerpflichtigen in ein anderes Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen wurde ohne Gewinnrealisierung in § 6 Abs. 5 Satz 1 und 2 EStG zugelassen. Der hiermit verbundene Gestaltungsspielraum war damit sehr begrenzt.

2.

Diese Umstrukturierungsblockade wurde durch das Steuerentlastungsgesetz 2001 partiell aufgehoben. Allerdings waren die nunmehr in § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten so undifferenziert formuliert, dass ein großes Rätselraten über den Anwendungsbereich dieser Vorschrift einsetzte².

3.

Auch die Rechtsprechung trug zu einer fundamentalen Neubeurteilung der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter bei. Durch das Urteil des VIII. Senats BStBl. 2000 II, 230 wurde die Einbringung von Wirtschaftsgütern in ein Personenunternehmen aus dem Bereich der Einlage ausgeklammert und den

Veräußerungsgeschäften zugeordnet. Danach stellt die Übertragung eines Wirtschaftsgutes auf eine Personengesellschaft unter Gewährung von Gesellschaftsrechten einen tauschähnlichen Vorgang mit Gewinnrealisierung dar. Diese Rechtsfolge gilt nicht nur für die Einbringung betrieblicher Wirtschaftsgüter, sondern auch für Vermögensgegenstände des Privatvermögens³.

Aus dem Urteil des VIII. Senats, wonach die *Einbringung* von Wirtschaftsgütern in eine Personengesellschaft unter Gewährung von Gesellschaftsrechten einen tauschähnlichen Vorgang darstellt, folgt, dass auch die Einbringung in eine vermögensverwaltende Gesellschaft, die kein Betriebsvermögen aufweist, einen *Veräußerungsvorgang* darstellt, so dass der nunmehr außerordentlich weit gefasste § 23 EStG in vielen Fällen zum Verhängnis werden kann. Unklar war bisher, ob die mit der Einbringung eines Grundstückes in eine Personengesellschaft verbundene unentgeltliche Gewährung von Gesellschaftsrechten zu Gunsten Dritter ebenfalls einen Veräußerungsvorgang beinhaltet. Tz. 8 BMF-Schreiben zu § 23 EStG⁴ scheint ein Beleg für diese Befürchtung zu sein. Die OFD München⁵ hat jedoch klargestellt, dass diese *unentgeltliche* Gewährung von Gesellschaftsrechten keinen Veräußerungsvorgang darstellt.

4.

Bei der Einbringung von Gegenständen des Betriebsvermögens in eine Personengesellschaft kann die Gewinnrealisierung nunmehr aufgrund des durch das Unternehmenssteuer-Fortentwicklungsgesetzes neugefassten § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG vermieden werden. Danach sind die nachfolgend in Abschnitt II. aufgeführten Übertragungen unter Buchwertfortführung möglich. Eine oft nicht bedachte Steuerfalle ergibt sich jedoch daraus, dass nur *unentgeltliche* Übertragungen oder Übertragungen gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten steuerneutral sind. Sofern die mit der Anschaffung des Gegenstandes verbundenen Schulden auf den Erwerber mitübertragen werden, liegt wiederum ein *entgeltliches* Veräußerungsgeschäft vor, wie das zu besprechende Urteil des VIII. BFH-Senats zeigt.

5.

Eine weitere Erschwerung ist durch den von der Rechtsprechung⁶ entdeckten Grundsatz der *Synchronübertragung* auf-

¹ MittBayNot 2002, 412 (in diesem Heft).

² Vgl. Spiegelberger/Wikholz DStR 2001, 1093.

³ Vgl. BMF BStBl. 2000 I, 462.

⁴ BStBl. 2000 I 1383.

⁵ MittBayNot 2001, 338.

⁶ DStR 2000, 1768 und BStBl. 2001 II, 26.

getreten. Danach ist grundsätzlich eine Übertragung des Teils eines Mitunternehmeranteils nur unter quotaler Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens möglich. Dieser Grundsatz, der in einem Spannungsverhältnis zu der Regelung in § 6 Abs. 5 EStG steht, ist in der Vertragspraxis stark umstritten. Während *Brandenberg*⁷ weiterhin an diesem Gestaltungsprinzip festhalten will, sehen die BFH-Richter *Kempermann*⁸ und *Wendt*⁹ das Erfordernis quotaler Mitübertragung von Sonderbetriebsvermögen nur als ein Erfordernis an, das bis zum Veranlagungszeitraum 2001 bestand. Es ist zu hoffen, dass die Rechtsprechung zu der bisherigen Betrachtung zurückkehrt¹⁰.

6.

Aufgrund der mit dem Unternehmenssteuer-Fortentwicklungsgesetz eingetretenen Änderung des § 6 b Abs. 10 EStG, die wieder zur *gesellschaftsbezogener* Reinvestition zurückführt, kann der Gefahr der Gewinnrealisierung durch *entgeltliche* Gestaltungen mit Bildung einer Reinvestitionsrücklage gem. § 6 b EStG begegnet werden. Danach kann die Veräußerung eines Wirtschaftsgutes aus einem Betriebsvermögen unter gleichzeitiger Anschaffung in einem anderen Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen gewinnneutral gestaltet werden, vgl. unten III.

II. Der unentgeltliche Transfer von Einzelwirtschaftsgütern

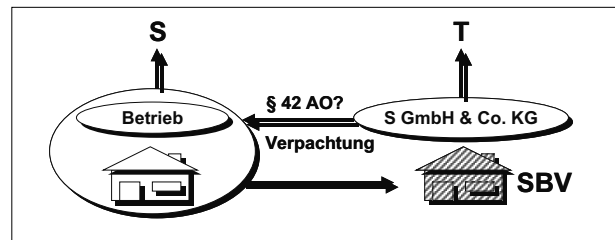
Der durch das Lafontaine'sche Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 in das EStG eingefügte § 6 Abs. 6 EStG, wonach die Übertragung eines einzelnen Wirtschaftsgutes im Wege des Tausches einen Veräußerungs- und Anschaffungsvorgang darstellt, hat betriebliche Umstrukturierungen erheblich erschwert. Der mit der Aufhebung des Mitunternehmererlasses verbundene Grundsatz, dass jeder Rechtsträgerwechsel grundsätzlich zur Gewinnrealisierung führt, behindert nach wie vor sinnvolle Umstrukturierungen; z. B. führt der mit der Begründung einer Betriebsaufspaltung verbundene Rechtsträgerwechsel zur Aufdeckung der stillen Reserven bei den übertragenen Wirtschaftsgütern trotz des Unternehmenssteuer-Fortentwicklungsgesetzes, so dass *Schmidt*¹¹ zu Recht fordert, dass die Verwaltung von sich aus zu der früheren Betrachtung wieder zurückkehren soll. Es mag sein, dass die modellhafte und systematisch konzipierte steuerfreie Übertragung stiller Reserven auf Dritte unterbunden werden muss; die sinnvolle Umstrukturierung sollte aber nicht behindert werden.

Das Unternehmensteuer-Fortentwicklungsgesetz zeigt, dass der rot-grüne Gesetzgeber durch learning by doing weitgehend zu jahrzehntelang bewährten Grundsätzen zurückgekehrt ist. § 6 Abs. 5 EStG n. F.¹² erlaubt die nachfolgend aufgeführten Gestaltungen:

1. Überführung (ohne Rechtsträgerwechsel)

Beispiel: Vater V will sein Baugeschäft im Wege der vorweggenommenen Erbfolge seinem Sohn S übertragen und gleichzeitig ein im Betriebsvermögen befindliches bebautes Grundstück, das an eine Supermarktkette vermietet ist, seiner Tochter T zukommen lassen. Auf Anraten des Steuerberaters

wird 1999 eine GmbH & Co. KG errichtet, an die V – unter Zustimmung des Supermarktbetreibers – das Grundstück mit Gebäude verpachtet, so dass die Nutzungsüberlassung an den Supermarktbetreiber als Unterpachtverhältnis fortgeführt wird.



Die Verpachtung des Supermarktgebäudes an die neu errichtete GmbH & Co. KG stellt eine *Überführung* gem. § 6 Abs. 5 Satz 2 EStG dar.

Wird ein einzelnes Wirtschaftsgut von einem Betriebsvermögen in ein anderes Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen überführt, ist gem. § 6 Abs. 5 Satz 1 EStG bei der Überführung der Wert anzusetzen, der sich nach den Vorschriften über die Gewinnermittlung ergibt, sofern die Besteuerung der stillen Reserven sichergestellt ist (Buchwertfortführung).

Fraglich ist jedoch, ob diese Vorbereitungshandlung zu einer Übertragung eines Wirtschaftsgutes auf T nicht rechtsmissbräuchlich i. S. des § 42 AO ist, da betriebliche Gründe für die Gestaltung nicht ersichtlich sind. Diese Bedenken bestünden nicht, wenn die GmbH & Co. KG auf dem Supermarktgrundstück selbst einen Gewerbebetrieb unterhalten würde.

Bei der *Überführung* ist nur eine Person beteiligt. Die Frage einer entgeltlichen oder unentgeltlichen Übertragung stellt sich hier nicht. Das Gesetz ordnet zwingend Buchwertfortführung an. Folgende drei Tatbestände sind zu unterscheiden:

- Überführung zwischen verschiedenem Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen, wenn die Besteuerung der stillen Reserven sichergestellt ist, § 6 Abs. 5 Satz 1 EStG;
- Überführung des Steuerpflichtigen aus einem eigenen Betriebsvermögen in dessen Sonderbetriebsvermögen und umgekehrt, § 6 Abs. 5 Satz 2 EStG;
- Überführung zwischen verschiedenen Sonderbetriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen bei verschiedenen Mitunternehmenschaften, § 6 Abs. 5 Satz 2, 2. Halbs. EStG.

2. Übertragung (mit Rechtsträgerwechsel)

Beispiel: Herr König hat sein Einzelunternehmen König's Bettenmarkt in eine mit seinem Sohn S errichtete KG eingebracht. Gleichzeitig wurde im Wege der vorweggenommenen Erbfolge das Betriebsgrundstück auf den Sohn übertragen, der das Grundstück weiterhin der Kommanditgesellschaft als Sonderbetriebsvermögen zur Nutzung überlässt. Da die Ehe des Sohnes S kinderlos bleibt, soll Vorsorge dafür getroffen werden, dass beim Ableben des Sohnes sowohl der Kommanditanteil als auch das Sonderbetriebsvermögen auf seine Schwester T, ersatzweise auf deren Kinder, übergeht. Welche Gestaltungen sind denkbar?

Während die entgeltliche Übertragung zu einer Gewinnrealisierung führt, sind die unentgeltliche Übertragung sowie die Übertragung gegen Gewährung oder Minderung von Gesellschaftsrechten gem. § 6 Abs. 5 Satz 3–6 EStG begünstigt, allerdings unter folgenden Einschränkungen:

- 1) Einhaltung einer Sperrfrist von drei Jahren oder Aufstellen einer Ergänzungsbilanz; der Übergang von stillen Reserven auf einen anderen Rechtsträger kann nämlich verhindert

⁷ NWB Fach 3 S. 12038.

⁸ GmbHR 2002, 203.

⁹ In *Herrmann/Heuer/Raupach* Jahresband 2002 § 6 EStG Rdnr. J 01-15.

¹⁰ Vgl. *Spiegelberger* MittBayNot 2001, 21.

¹¹ EStG 21. Aufl. 2002 § 15 Rdnr. 877 a.E.

¹² Zur Übergangsregelung vgl. *Brandenberg* NWB Fach 3 S. 12044.

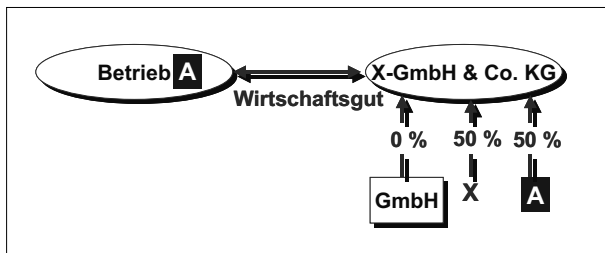
werden, wenn für den Einbringenden eine Ergänzungsbilanz erstellt wird, in die die stillen Reserven aufgenommen und im Lauf der Jahre durch Abschreibungen abgebaut werden;

2) der Anteil einer Körperschaft (Kapitalgesellschaft) darf nicht unmittelbar oder mittelbar oder in den folgenden sieben Jahren erhöht oder begründet werden. Mit der Regelung in § 6 Abs. 5 Sätze 5 und 6 EStG soll der Übergang ins Halbeinkünfteverfahren, bei dem stille Reserven nur zur *Hilfe* steuerlich erfasst werden, verhindert oder jedenfalls lange Jahre hinausgeschoben werden.

Im Einzelnen sind folgende Tatbestände zu unterscheiden:

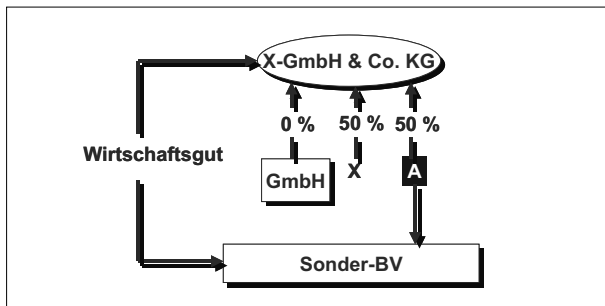
(1) § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 EStG

Übertragung eines Wirtschaftsgutes aus einem *Betriebsvermögen* des Mitunternehmers in das *Gesamthandsvermögen* einer Mitunternehmerschaft und umgekehrt,



(2) § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG

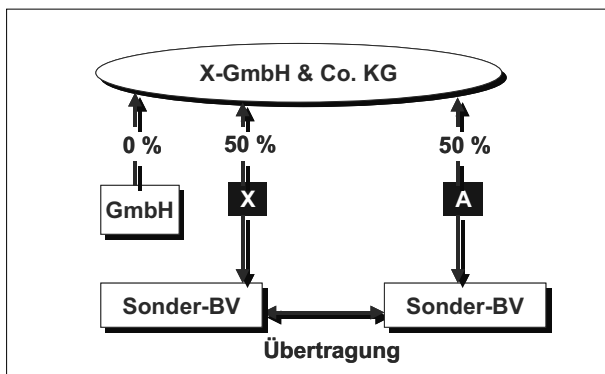
Übertragung aus dem *Sonderbetriebsvermögen* in das *Gesamthandsvermögen* derselben Mitunternehmerschaft oder einer anderen Mitunternehmerschaft, an der der Übertragende beteiligt ist und umgekehrt,



(3) § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG

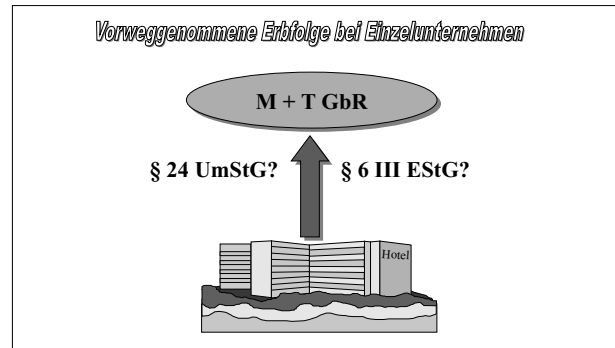
Unentgeltliche Übertragung zwischen den jeweiligen *Sonderbetriebsvermögen verschiedener Mitunternehmer* derselben Mitunternehmerschaft.

Nicht begünstigt ist die unmittelbare Übertragung zwischen Schwestergesellschaften.



3. Synchronübertragung?

Beispiel: M will ihre Tochter T in ihren Hotelbetrieb als Gesellschafterin aufnehmen und das Hotelgrundstück als Sonderbetriebsvermögen in ihrem Alleineigentum zurückbehalten. Ist dies unter Buchwertfortführung möglich?



Der Gesetzgeber hat – u. a. auch auf Antrag der Bundesnotarkammer¹³ – im Unternehmersteuer-Fortentwicklungsgesetz den § 6 Abs. 3 EStG neu gefasst.

Die Gesetzesneufassung erlaubt die bisher in der Praxis geübten Gestaltungen, errichtet aber neue Hürden und Steuerfallen.

Überblick über die Tatbestände des § 6 Abs. 3 EStG

- **§ 6 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbs. EStG**
 - Unentgeltliche Übertragung eines Betriebs-, Teilbetriebs oder Anteil eines Mitunternehmers
- **§ 6 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbs. EStG**
 - Unentgeltliche Aufnahme einer natürlichen Person in ein Einzelunternehmen
 - Unentgeltliche Übertragung eines Teils eines Mitunternehmeranteils auf eine natürliche Person
- **§ 6 Abs. 3 Satz 2 EStG**

Zurückbehaltung von wesentlichen Betriebsgrundlagen (Sonderbetriebsvermögen) bei

 - Übertragung von Teilen von Mitunternehmeranteilen oder
 - bei Aufnahme einer natürlichen Person in ein Einzelunternehmen
 - Behaltefrist von fünf Jahren für den Übernehmer

Fraglich ist, ob

– in § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG die *Synchronübertragung* unausgesprochen als Rechtsgrundsatz *vorausgesetzt* und als *Ausnahme* die Unschädlichkeit der Zurückbehaltung von Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens für den Fall angeordnet wird, dass der Rechtsnachfolger den übernommenen Mitunternehmeranteil über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren nicht veräußert oder aufgibt oder ob

– die Zurückbehaltung von Sonderbetriebsvermögen grundsätzlich erlaubt ist und die fünfjährige Sperrfrist nur Missbrauchsgestaltungen verhindern soll.

Aus der Neuregelung in § 6 Abs. 5 EStG ergibt sich, dass Sonderbetriebsvermögen isoliert – *ohne Gesellschaftsanteil* – beliebig, ja sogar zu 100 % ohne Gewinnrealisierung unentgeltlich übertragen werden kann.

Ungeregelt ist der Fall, dass über- oder unterproportional Sonderbetriebsvermögen mit einem Mitunternehmeranteil übertragen wird. Nach der ratio legis ist in allen genannten Fällen von der Buchwertfortführung auszugehen.

¹³ Vgl. Spiegelberger MittBayNot 2001, 18.

Beispiele:

Vorhandener Mitunternehmeranteil von z. B. 40 % wird unentgeltlich übertragen i. H. v. %	Sonderbetriebsvermögen wird unentgeltlich übertragen i. H. v. %	Rechtsfolge
50 %	50 %, Quotale Übertragung	● Buchwertfortführung (§ 6 Abs. 3 EStG)
50 %	0 %, SBV wird zurückbehalten	● Buchwertfortführung ist zulässig, wenn der Rechtsnachfolger den übertragenen Teil des Mitunternehmeranteils fünf Jahre fortführt (§ 6 Abs. 3 Satz 2 EStG)
50 %	10 %, Unterquotale Übertragung	● Buchwertfortführung ist zulässig. Behaltefrist?
50 %	100 %, Überquotale Übertragung)	● Buchwertfortführung hinsichtlich des Mitunternehmeranteils und des quotale übertragenen Sonderbetriebsvermögens (50 %) ● Überquotale übertragene Sonderbetriebsvermögen nach Maßgabe des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG Buchwertfortführung, allerdings Sperrfrist von 3 Jahren ; innerhalb von 7 Jahren nach Übertragung darf sich ferner Anteil einer Körperschaft nicht erhöhen
0 %	100 %	● kein Fall des § 6 Abs. 3 EStG, aber § 6 Abs. 5 S. 3 letzte Alt. EStG, wenn Erwerber bereits Mitunternehmer; Sperrfrist von 3 Jahren

Mit der Regelung in § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG, wonach Wirtschaftsgüter bei der Übertragung eines Teils eines Mitunternehmeranteils unter Buchwertfortführung zurückbehalten werden können und durch § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG, der die isolierte Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern, ohne dass ein Mitunternehmeranteil übertragen wird erlaubt, hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die vom BFH erfundene Synchrontheorie nur eine Rolle spielt, wenn es um die Aufdeckung aller stillen Reserven zur Erlangung von Tarif- und Freibetragsbegünstigungen i.S.d. § 16 Abs. 4 und 34 EStG geht. Im Übrigen bestehen keine Übertragungsschranken.

4. Anknüpfung von § 13 a ErbStG an das EStG

Die Vergünstigungen des § 13 a ErbStG werden bei der Übertragung von Betriebsvermögen im einkommensteuerlichen Sinn gewährt. Gem. R 51 Abs. 3 ErbStR muss das Betriebsvermögen im Zusammenhang mit dem Erwerb eines ganzen Gewerbebetriebes, eines Teilbetriebes oder einer Beteiligung an einer Personengesellschaft auf den Erwerber übergehen. Diese Begriffe sind nach ertragsteuerlichen Grundsätzen abzugrenzen. Andere Teilübertragungen eines Gewerbebetriebes oder die Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens sind nicht begünstigt. Dies gilt insbesondere, wenn der Schenker wesentliche Betriebsgrundlagen zurück behält oder auf andere Erwerber überträgt. Der Erwerb einzelner Wirtschaftsgüter aus dem Sonderbetriebsvermögen des

Gesellschafters einer Personengesellschaft ist begünstigt, wenn er unmittelbar mit dem Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung verbunden ist.

H 51 Abs. 3 ErbStH stellt auf die bisherigen Rechtsgrundsätze ab. Danach waren bisher die Vergünstigungen des § 13 a ErbStG auch dann zu gewähren, wenn mit dem Sonderbetriebsvermögen nur ein Anteil der Gesellschaftsbeteiligung übertragen wurde. Aufgrund der Gesetzesänderung ist davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung die Vergünstigungen des § 13 a ErbStG künftig im Rahmen des § 6 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 Satz 3 EStG gewährt^{13a}.

III. Entgeltliche Übertragungen**1. Mitunternehmeranteil mit Sonderbetriebsvermögen**

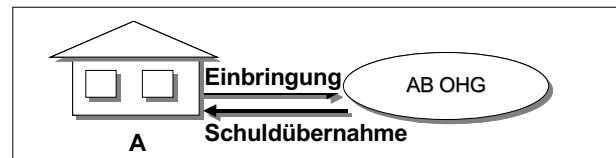
Der Mitunternehmeranteil umfasst sowohl den Gesellschaftsanteil als auch das Sonderbetriebsvermögen. Nur wenn der *gesamte* Mitunternehmeranteil mit dem gesamten Sonderbetriebsvermögen veräußert wird, liegt eine tarifbegünstigte Veräußerung vor. Durch das Unternehmenssteuer-Fortentwicklungsgesetz wurde in § 16 Abs. 1 folgender Satz 2 angefügt:

Gewinne, die bei der Veräußerung eines Teils eines Anteils i. S. von Abs. 1 Nr. 2 oder 2 erzielt werden, sind laufende Gewinne.“

Ebenso ist Gewerbesteuerfreiheit somit nur gegeben, wenn der *gesamte* Mitunternehmeranteil mit dem *Sonderbetriebsvermögen* veräußert wird. Das sog. Zweistufenmodell ist somit gestorben.

2. Schuldübernahme als Gegenleistung

Beispiel: Einzelunternehmer A bringt ein mit einem Kredit finanziertes Grundstück in die AB OHG ein, die der Schuld des A beiträgt.



Aufgrund des entgeltlichen Rechtsträgerwechsels tritt bei dem Übertragenden eine Gewinnrealisierung ein, die sich aus der Differenz zwischen dem Teilwert (nicht notwendig Veräußerungserlös) und dem Buchwert ergibt. Es gilt die sog. *Trennungstheorie*. Der Vorgang stellt für den Erwerber eine Anschaffung dar. In der Praxis wird gelegentlich übersehen, dass auch die Übernahme von *Verbindlichkeiten* bei der Übertragung eines Einzelwirtschaftsgutes eine Gegenleistung darstellt und somit eine Gewinnrealisierung eintritt.

Die Rechtsprechung hat schon immer die entgeltliche Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens als gewinnrealisierend behandelt und zwar auch dann, wenn die Gegenleistung in einer Schuldübernahme besteht, wobei – wie der BFH in dem dieser Besprechung zugrunde liegenden Urteil wiederum hervorhebt – auch Verbindlichkeiten schädlich sind, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den eingebrachten aktiven Einzelwirtschaftsgütern stehen.

Die Schuldübernahme wird in den geschilderten Fällen meistens erwogen, um den Schuldzinsenabzug weiterhin zu gewährleisten. Sofern nämlich ein Wirtschaftsgut ohne die bei der Anschaffung oder Herstellung eingegangenen Verbindlich-

^{13a}Vgl. FinMin Baden-Württemberg, DStR 2002, 678.

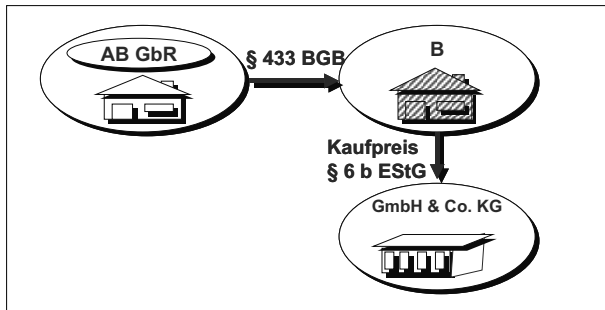
keiten übertragen wird, geht grundsätzlich der *Finanzierungszusammenhang* verloren, der den Schuldzinsenabzug als Betriebsausgabe rechtfertigt. Bei Übertragungen der geschilderten Art könnte entgegen werden, dass das übertragene Wirtschaftsgut die Beteiligung des Übertragenden an der übernehmenden Personengesellschaft erhöht, so dass jedenfalls ein mittelbarer Zusammenhang zwischen den ursprünglich mit der Herstellung oder Anschaffung des Wirtschaftsgutes verbundenen Verbindlichkeiten bestehen bleibt und den Schuldzinsenabzug weiterhin rechtfertigt¹⁴. Wer diese Überlegung als nicht tragend empfindet, wird versuchen, den Schuldzinsenabzug durch andere Gestaltungen zu sichern. Hier kommen insbesondere folgende Alternativen in Betracht:

- der Übertragende behält sich den Nießbrauch an dem übertragenen Gegenstand vor und gestattet die Nutzung durch die übernehmende Personengesellschaft gegen Entgelt oder
- die Übertragung erfolgt entgeltlich unter Bildung einer Reinvestitionsrücklage, die auf das übertragene Wirtschaftsgut übertragen wird.

Da die Begründung von Nießbrauchsrechten an betrieblich genutzten Wirtschaftsgütern nur dann unbedenklich ist, wenn der Nießbrauchsberechtigte zugleich Mitunternehmer der erwerbenden Gesamthand ist, so dass sich der Nießbrauch nur als Änderung der Gewinnverteilungsabrede auswirkt, wird in der Praxis häufig die § 6 b EStG-Gestaltung bevorzugt werden.

3. Die Reinvestitionsvergünstigung des § 6 b EStG

1. Beispiel: Notare A und B haben gemeinsam die Notariatsräume als GbR erworben. Bei der Pensionierung von B will dieser seinen GbR-Anteil an den verbleibenden Sozium veräußern und den Kaufpreis in eine gewerblich geprägte Immobilie (gewerblicher Immobilienfonds) investieren.



a) Rechtslage ab 1.1.1999 (Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002)

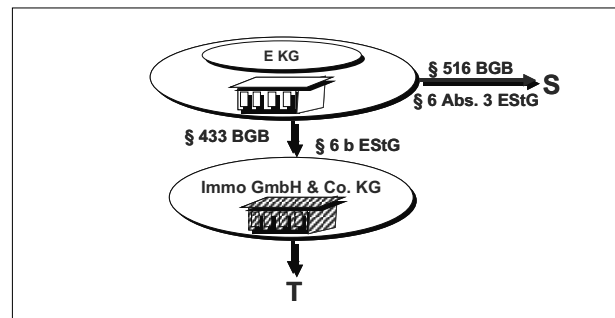
Gem. § 6 b Abs. 10 EStG StEntG trat bei Personengesellschaften und Gemeinschaften an die Stelle des Steuerpflichtigen die Gesellschaft oder die Gemeinschaft, soweit Wirtschaftsgüter zum Gesamthandsvermögen der Gesellschaft oder Gemeinschaft gehörten. Eine Reinvestition durch den ausscheidenden Gesellschafter gem. § 6 b EStG war damit nicht möglich.

b) § 6 b EStG UntStFG

Die vorstehende, durch das Steuerentlastungsgesetz eingeführte Beschränkung ist entfallen, so dass Anspruchsberechtigter für die Rücklage wieder der Steuerpflichtige ist. Damit tritt wieder der bis Ende 1998 geltende Rechtszustand in Kraft¹⁵. Notar B kann einen Betrag bis zur Höhe des bei der

Veräußerung entstandenen Gewinns auf angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens einer inländischen Betriebsstätte, also auch auf einen gewerblichen Immobilienfonds, übertragen. Die personenbezogene Vergünstigung des § 6 b EStG erlaubt die anteilige Übertragung auf Reinvestitionen im Sonderbetriebsvermögen dieses Gesellschafters oder im Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft¹⁶.

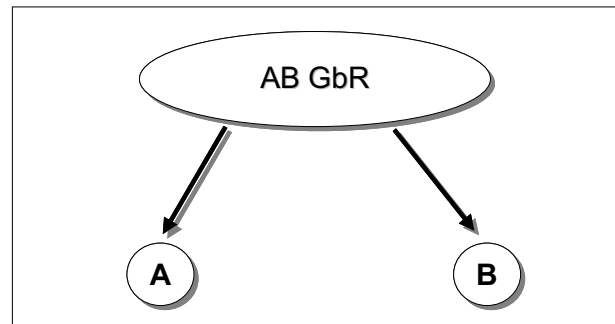
2. Beispiel: Ehegatten E wollen ihren als KG geführten Betrieb (E-KG) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ihrem Sohn S übergeben, vorher aber ein von der Gesellschaft nicht benötigtes Grundstück ihrer Tochter T zukommen lassen. Sie errichten die AB GmbH & Co. KG und veräußern entgeltlich das Grundstück an die AB GmbH & Co. KG, bei der der Erwerb als Reinvestition steuerneutral behandelt wird. Anschließend übertragen sie ihre Anteile an der E-KG im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf ihren Sohn S. Zu einem späteren Zeitpunkt schenken sie ihre Anteile an der AB GmbH & Co. KG ihrer Tochter T.



Bei der Gestaltung ist die Rechtsprechung des BFH zum vorgefassten Plan zu beachten¹⁷. Werden aufgrund einheitlicher Planung und im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Anteilsübertragung wesentliche Betriebsgrundlagen ohne Aufdeckung sämtlicher stiller Reserven aus dem Betriebsvermögen einschließlich Sonderbetriebsvermögen der Personengesellschaft ausgeschieden, liegt nach der Rechtsprechung des BFH BStBl. 2001 II 229 eine Totalentnahme aufgrund vorgefassten Plans vor.

IV. Realteilung

Beispiel: Rechtsanwälte Schlaw und Meier geraten kurze Zeit nach der Zusammenlegung ihrer Kanzleien in eine Sozietät im Jahr 2001 in Streit und wollen sich wieder trennen. Ihr Steuerberater S empfiehlt, die Trennung erst im Jahr 2002 vorzunehmen. Warum?



¹⁴ Vgl. auch Hoffmann GmbHR 2002, 290.

¹⁵ Vgl. R 41 b Abs. 7 EStR 1999; Linklaters, Oppenhoff/Rdler/Benz, DB-Beilage 2002 Nr. 1, S. 20.

¹⁶ Vgl. BFH/NV 1991, 599; BMF BB 1992, 2471; Schmidt/Glanegger EStG 13. Aufl. 1994 § 6 b Anm. 3 b (b); Herrmann/Heuer/Raupach EStG Ergänzungslieferung Mai 1983, 34 aE.

¹⁷ Vgl. auch Spiegelberger in Beck'sches Notarhandbuch 3. Aufl. E. Rdnr. 131.

1. Rechtsentwicklung

a) Rechtslage zwischen 1.1.1999 und 31.12.2001

Bei einer Realteilung wird die bisherige Mitunternehmerschaft beendet, die unternehmerische Tätigkeit von den bisherigen Gesellschaftern aber fortgeführt¹⁸. Nach der Fassung des § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG in der Zeit vom 1.1.1999 bis 31.12.2001 war die Realteilung nur unter Buchwertfortführung möglich, wenn *Teilbetriebe* oder *Mitunternehmeranteile* zugeteilt wurden.

Ein Teilbetrieb wird von den jeweiligen Realteilern nur erworben, wenn ein getrennter abgrenzbarer Mandantenstamm, die entsprechenden Räume nebst Büroeinrichtung und das entsprechende Personal jeweils auf den Realteiler übergehen¹⁹. Die Übernahme eines Mandantenstammes reicht im Allgemeinen nicht aus²⁰.

b) Rechtslage ab 1.1.2002

Durch das Unternehmenssteuer-Fortentwicklungsgesetz wurden in die Realteilung gem. § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG auch *einzelne Wirtschaftsgüter* einbezogen. Somit ist nunmehr die Zuteilung einzelner Wirtschaftsgüter mit Buchwertfortführung möglich. Allerdings sind – wie in § 6 Abs. 5 Sätze 4 und 5 EStG – folgende Einschränkungen bei der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter zu beachten:

- Ansatz des gemeinen Wertes, soweit zum Buchwert übertragener Grund und Boden, übertragene Gebäude oder andere übertragene wesentliche Betriebsgrundlagen innerhalb einer *Sperrfrist von drei Jahren* veräußert oder entnommen werden,
- Ansatz des gemeinen Wertes, soweit die Wirtschaftsgüter unmittelbar oder mittelbar auf eine *Körperschaft* (Kapitalgesellschaft) übertragen werden.

Aufgrund der Gesetzesänderung können Sozietäten unter Buchwertfortführung in der Weise geteilt werden, dass jeder Sozius seine berufliche Tätigkeit allein oder in einer Sozietät fortführt und Wirtschaftsgüter aus der bisherigen Sozietät, z. B. einzelne Mandate, übernimmt.

¹⁸ Vgl. *Schmidt/Wacker* EStG § 16 Rdnr. 530.

¹⁹ Vgl. BFH/NV 1998, 1208.

²⁰ Vgl. *Schulze zur Wiesche* DSStR 2000, 306.

2. Sachwertabfindung

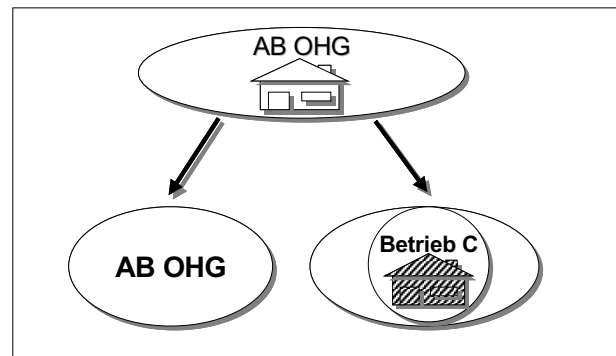
Beispiel: C scheidet aus der ABC-OHG aus und erhält hierfür ein Betriebsgrundstück, das er in die von ihm errichtete C GmbH & Co. KG zum Buchwert einbringt.

a) Sachwertabfindung in ein anderes betriebliches Vermögen

Die Sachwertabfindung bei dem Ausscheiden aus einer Personengesellschaft ist gesetzlich nicht geregelt. Hinsichtlich der einkommensteuerlichen Beurteilung kommt es nicht darauf an, ob das Ausscheiden durch eine Anteilsübertragung oder durch ein schlichtes Ausscheiden aus der Gesamthand mit der Rechtsfolge der Anwachsung erfolgt. Aufgrund der Regelung in § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 EStG i. d. F. des UntStFG ist die Übertragung eines Wirtschaftsgutes aus einem Betriebsvermögen des Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft zum Buchwert möglich²¹.

b) Sachwertabfindung ins Privatvermögen

Überführt der Ausscheidende die erhaltene Sachwertabfindung ins *Privatvermögen*, liegt hierin die Veräußerung eines Mitunternehmeranteils durch den ausscheidenden Mitunternehmer gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG, während die verbleibenden Gesellschafter aufgrund des Anschaffungsvorganges die Buchwerte aufstocken müssen²².



²¹ Ebenso *Schmidt/Wacker* EStG § 16 Rdnr. 536.

²² Vgl. BFH BStBl. 1996 II 196; *Schmidt/Glanegger* § 6 EStG Rdnr. 476; *Dinstüler* RNotZ 2001, 503.

KURZE BEITRÄGE

Die Beteiligung neuer Gesellschafter an einer GmbH gegen Einlage unter dem Verkehrswert als steuerpflichtige Schenkung

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 20.12.2000 – II R 42/99 –¹

Von Notarassessor Dipl.-Kfm. Dr. Andreas Nachreiner, München

Der folgende Beitrag erläutert das Urteil des BFH vom 20.12.2000 – II R 42/99 –, das sich mit folgender Frage befasste: Ist die Übernahme neuer Geschäftsanteile einer GmbH durch Neugesellschafter infolge einer Kapitalerhöhung ein schenkungsteuerbarer Vorgang, wenn deren Wert die zu leistenden Einlagen übersteigt und die Übernehmer keine weiteren Verpflichtungen eingehen? Das Gericht bejahte dies unter der Voraussetzung, dass die Altgesellschafter den Willen haben, die Neugesellschafter unentgeltlich zu bereichern. Dem Urteil wird im Ergebnis, teilweise jedoch nicht in der Begründung gefolgt. Insbesondere vertritt der Verfasser, dass es sich hierbei um eine gemischte Schenkung handelt, die nur insoweit steuerbar ist, als der Wert der übernommenen Geschäftsanteile die Einlageverpflichtung übersteigt.

I. Sachverhalt

Der vorgenannten Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

An einer GmbH mit einem Stammkapital in Höhe von 50.000 DM waren zwei Gesellschafterinnen je zur Hälfte beteiligt. Sie beschlossen eine Erhöhung des Stammkapitals um 150.000 DM gegen Einlage des Nominalbetrags, obwohl die bestehenden Geschäftsanteile einen Wert von 4.119 DM je 100 DM Stammkapital hatten. Zur Übernahme von neuen Stammeinlagen in Höhe von je 49.000 DM ließen die Altgesellschafterinnen ihre Ehemänner zu, Stammeinlagen in Höhe von je 26.000 DM übernahmen sie selbst. Das Finanzamt unterwarf die Übernahme der Geschäftsanteile durch die Ehemänner der Besteuerung mit Schenkungsteuer, wobei es den Wert der Schenkung mit der Differenz zwischen dem Wert der Anteile und der erbrachten Einlagen in Höhe des Nominalbetrags, also mit je $490 \times 4.119 \text{ DM} - 49.000 \text{ DM} = 1.969.310 \text{ DM}$, ansetzte.

II. Schenkungsteuerliche Behandlung

Der Schenkungsteueratbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ist verwirklicht durch jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird²:

1. Freigebige Zuwendung

Mit dem Begriff der freigebigen Zuwendung weicht das Schenkungsteuerrecht von der zivilrechtlichen Begrifflichkeit ab. Objektiv muss es sich jedoch um eine Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB handeln, also um eine Zuwendung unter Lebenden, durch die der Geber auf Kosten seines Vermögens den Empfänger bereichert. Subjektiv hingegen genügt der einseitige Wille des Gebers, dem Empfänger die Bereicherung unentgeltlich zu vermitteln, eine Einigung über die Unentgeltlichkeit ist nicht notwendig².

Schon bisher wurde von der Finanzverwaltung eine freigebige Zuwendung eines Gesellschafter an einen oder mehrere andere Gesellschafter angenommen, wenn eine Leistung zwar direkt an die Gesellschaft erbracht wurde, der Leistende mit seiner Zuwendung jedoch das Ziel verfolgte, den bzw. die anderen Gesellschafter durch die Werterhöhung der Gesellschaftsrechte unentgeltlich zu bereichern³. So wurde insbesondere auch der Erwerb von Geschäftsanteilen infolge einer Kapitalerhöhung gegen zu geringes Aufgeld im Hinblick auf den Nennwert übersteigenden Wert der Anteile als mögliche Schenkung durch die übrigen Gesellschafter angesehen⁴.

2. Zuwendungsgegenstand

Für die Frage, was zugewendet wurde, ist der Wille des Gebers ausschlaggebend, soweit er auch in die Tat umgesetzt und ausgeführt wird⁵. Zuwendungsgegenstand sind im besprochenen Fall daher die neuen Geschäftsanteile selbst, nicht die bloße Wertdifferenz zwischen realem und nominalem Wert der erworbenen Geschäftsanteile, aber auch nicht etwa ein Bezugsrecht, über das die Altgesellschafter durch Teilnahme an dem Zulassungsbeschluss verfügt hätten⁶. Die Wertdifferenz spielt erst eine Rolle für die Frage der Bereicherung⁷. Und ein Bezugsrecht entsteht bei den Altgesellschaftern nicht, soweit der Kapitalerhöhungsbeschluss neben den Altgesellschaftern ausdrücklich Nichtgesellschafter zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile zulässt; dies als die steuerlich relevante Verfügung anzusehen, erscheint konstruiert. Die Altgesellschafter wollten Geschäftsanteile zuwenden, die von den Neugesellschaftern auch übernommen wurden.

3. Beteiligte

Schenker können in den behandelten Fällen nur die Altgesellschafter sein, da die Gesellschaft selbst keine Zuwendung

¹ MittBayNot 2001, S. 497 (Heft 5) = DStRE 2001, S. 817 ff.

² *Meincke*, 12. Aufl., ErbStG, § 7, Rdnr. 9 ff.

³ ErbStR R 18.

⁴ ErbStR H 18.

⁵ *Meincke*, ErbStG, § 7, Rdnr. 14 f.

⁶ So *Gottschalk*, DStR 2002, S. 377/381 f.

⁷ Etwas anderes mag gelten, wenn bereits bestehende Anteile eine Werterhöhung erfahren, vgl. *Viskorf*, DStR 1998, S. 150, auch § 7 Abs. 7 S. 2 ErbStG.

tätigt. Zwar entstehen die neuen Geschäftsanteile – wie der BFH ausführt – durch den Übernahmevertrag mit der Gesellschaft. Dazu ist diese jedoch durch einen von den Altgesellschaftern gefassten Gesellschafterbeschluss ermächtigt worden, der gem. §§ 55 ff. GmbHG notwendiger Bestandteil einer Kapitalerhöhung ist.

4. Bereicherung

Die Bereicherung ist einfachgesetzliche Voraussetzung für die Steuerbarkeit. Sie folgt aber auch aus dem sog. Bereicherungsprinzip⁸, das dem Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht immanent ist und welches das aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitete Leistungsfähigkeitsprinzip als Grundprinzip des Steuerrechts konkretisiert.

Der BFH hat am Ende seiner Entscheidung nebenbei die Behauptung aufgestellt, es läge in dem entschiedenen Fall jedenfalls keine gemischte, sondern eine reine Schenkung vor, weil die Einlageleistung keine teilweise Gegenleistung, sondern Erwerbserwerb gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG darstelle. Die Bereicherung besteht vorliegend jedoch in dem Erwerb des neuen Geschäftsanteils, soweit dieser nicht durch eine Gegenleistung „erkaufte“ wurde.

Zwar ist anerkannt, dass auch bei Schenkungen ebenso wie bei Erwerben von Todes wegen entsprechend dem Nettoprinzip Erwerbsschmälerungen abgezogen werden können. Die Vorschrift des § 10 Abs. 5 ErbStG, wonach die eingetretene Bereicherung zum einen durch Erblasser- und Erbfällschulden und zum anderen durch mit dem Erwerbsvorgang verbundenen Erwerbserwerb gemindert wird, ist daher analog anwendbar⁹. Es muss sich aber um vergleichbare Belastungen handeln. Daher ist zu differenzieren zwischen Gegenleistungen für die erhaltene Zuwendung zum einen sowie Erblasser- und Erbfällschulden vergleichbaren, unmittelbar im Zusammenhang mit der Zuwendung stehenden Lasten¹⁰ und Erwerbserwerb zum anderen. Nur letztere sind im Rahmen des § 10 ErbStG beachtlich. Steht der Zuwendung eine Gegenleistung gegenüber, so tritt schon keine Bereicherung ein¹¹. Nur der unentgeltliche Teil wird vom Steuertatbestand des § 7 ErbStG erfasst. Soweit aufgrund der Gegenleistung keine Bereicherung eingetreten ist, ist der Vorgang also schon nicht steuerbar. Die Frage der Erwerbsschmälerung stellt sich dann nicht mehr.

Die Einlageleistungen bzw. die Übernahme der Einlageverpflichtungen der Neugesellschafter sind Gegenleistung für den Geschäftsanteil, nicht Lasten, die infolge eines gänzlich unentgeltlichen Erwerbs entstehen. Gegenleistungen sind nämlich alle mit der Vermögenshingabe in rechtlichem Zusammenhang stehenden Leistungen des Bedachten, egal ob sie in einem synallagmatischen, konditionalen oder kausalen Verhältnis stehen¹². Die Einlageverpflichtung ist durch den Übernahmevertrag gem. § 55 GmbHG synallagmatisch mit der zu übernehmenden Stammeinlage verbunden, da die Ein-

lage geleistet wird, um den Geschäftsanteil zu erwerben. Dass diese Gegenleistungspflicht gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber den Altgesellschaftern besteht, ist für das Bestehen eines Synallagma ohne Belang¹³. An wen die Gegenleistung zu erbringen ist, ist für die gegenseitige Abhängigkeit der Leistungen nämlich gleichgültig¹⁴. Auch auf einen Zusammenhang mit dem durch die Schenker herbeigeführten Kapitalerhebungsbeschluss kommt es nicht an, da Zuwendungsgegenstand die Geschäftsanteile selbst sind; die Einlageleistung ist unabhängig davon aber auch kausal für den Kapitalerhebungsbeschluss, also auch diesbezüglich Gegenleistung.

Soweit eine Einlage erbracht wird, ist das Vermögen der Neugesellschafter dadurch gemindert und durch die zugewendeten Geschäftsanteile nicht bereichert, die Schenkung daher eine gemischte. Der Wert der Einlage ist also nicht erst bei der Ermittlung des Werts der Bereicherung nach § 10 ErbStG abzuführen¹⁵, sondern schon im Rahmen der Steuerbarkeit nach § 7 ErbStG zu berücksichtigen. § 10 ErbStG ist der Bereicherungsprüfung in § 7 ErbStG nachrangig¹⁶. Folgerichtig hat der BFH die Bereicherung im Erwerb eines Geschäftsanteils gesehen, dessen Wert von Anfang an den Nennwert überstieg¹⁷. Seine später in den Entscheidungsgründen getroffene Schlussfolgerung, die Einlage sei erst im Rahmen des § 10 ErbStG zu berücksichtigender Erwerbserwerb, ist nicht nachvollziehbar.

5. Korrespondierende Entreichung

Die Bereicherung muss auf Kosten des Zuwendenden erfolgt sein. Das Gericht hat daher untersucht, ob es bei den Altgesellschaftern zu einer korrespondierenden Entreichung gekommen ist. Die Gesellschaft habe in Ausführung des Kapitalerhebungsbeschlusses den Neugesellschaftern gegenüber nicht über eigenes Vermögen verfügt, sondern die Ausgabe der neuen Geschäftsanteile zum unter dem wahren Wert liegenden Nominalbetrag habe zu Vermögensminderungen bei den Altgesellschaftern geführt. Deren Anteile erfuhren nämlich eine Wertminderung, weil die neuen Geschäftsanteile entsprechend ihrem Nominalbetrag am bisherigen Vermögen der GmbH teilhaben. Außerdem seien die Altgesellschafterinnen quotall geringer beteiligt als vorher.

Die erste Begründung ist stichhaltig, die zweite ist indes nicht hinreichend. Die Wertminderung der Altanteile ist in der Tat Folge der Unterwertausgabe der neuen Anteile. Denn der Wert der Gesellschaft verteilt sich nach der Kapitalerhöhung auf mehr Geschäftsanteile als vorher, ohne dass es zu einer entsprechenden Werterhöhung durch Einlagen der Neugesellschafter gekommen wäre, so dass der Wert jedes Geschäftsanteils nach der Kapitalerhöhung niedriger ist als vorher. Auch wenn ein Geschäftsanteil nicht – wie der BFH ungenau ausdrückt – einen Anteil am Vermögen der Gesellschaft darstellt, so vermittelt er ihn wirtschaftlich dennoch in der Weise, dass sich der Wert eines Anteils aus dem Wert der Gesellschaft ableitet. Durch die bloße Reduzierung der Beteiligungsquote sind die Altgesellschafter jedoch noch nicht entreichert. Die

⁸ Meincke, ErbStG, § 1, Rdnr. 4.

⁹ Meincke, ErbStG, § 10, Rdnr. 20, 31; anders noch BFH BStBl. 1982 II, S. 83/85.

¹⁰ Z. B. Schulden, die mit Grundpfandrechten auf dem geschenkten Grundstück abgesichert sind, vgl. § 12 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG; Steuerberatungskosten, vgl. Meincke, ErbStG, § 10, Rdnr. 46; Duldungs- und Nutzungsaufgaben im Gegensatz zu Leistungsaufgaben, die wie Gegenleistungen behandelt werden, vgl. Troll/Gebel/Jlücher, Stand: 31.3.2002, § 7, Rdnr. 161, § 10, Rdnr. 109.

¹¹ Troll/Gebel/Jlücher, § 7, Rdnr. 144.

¹² Troll/Gebel/Jlücher, § 7, Rdnr. 146.

¹³ So aber Gottschalk, DStR 2002, S. 377/382.

¹⁴ Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., vor § 320 BGB, Rdnr. 5.

¹⁵ Vgl. Meincke, ErbStG, § 7, Rdnr. 7.

¹⁶ Meincke, ErbStG, § 7, Rdnr. 6.

¹⁷ So der BFH; a. A. Gottschalk, DStR 2002, S. 377/382 f., der die Neugesellschafter um den Wert des nach seiner Auffassung zugewendeten Bezugsrechts bereichert sieht und die Einlage als Gegenleistung für den Erwerb der neuen Geschäftsanteile ansieht, weshalb darin ein nichtsteuerbarer Vorgang liege.

Neugesellschafter hätten ja eine Einlage erbringen können in einer Höhe, die dem Wert ihrer Geschäftsanteile entsprochen hätte. Dann wäre der Wert der Beteiligung der Altgesellschafter trotz geringerer Quote gleich geblieben.

6. Wille zur unentgeltlichen Bereicherung

Ob die Altgesellschafter den Neugesellschaftern die Geschäftsanteile (teilweise) unentgeltlich zuwenden wollten, ist Tatfrage. Dabei kommt es nach der richtigen Auffassung des BFH auf die dem Zuwendenden bekannten Umstände an, zu denen auch die Tatsache gehört, dass der Wert der neuen Geschäftsanteile die Einlage der Neugesellschafter übersteigt. In der Rechtsprechung des BFH werden an die Feststellung dieses Willens jedoch geringe Anforderungen gestellt¹⁸ mit der Folge, dass der Wille zur Freigebigkeit objektiv nach dem allgemein Verkehrsüblichen bestimmt wird¹⁹, so dass in diesen Konstellationen im Regelfall vom Vorliegen des Bereicherungswillens ausgegangen werden kann.

Der besprochene Fall war insoweit untypisch, als die Altgesellschafterin irrtümlich der Meinung gewesen war, aufgrund eines früher abgegebenen bindenden Angebots auf Übertragung ihres Geschäftsanteils stattdessen auch zur Ausgabe von neuen Geschäftsanteilen unter Wert verpflichtet zu sein. Freilich hat das Gericht festgestellt, dass die Übernahme der neuen Geschäftsanteile nicht als Annahme eines solchen Angebots angesehen werden kann, weil es sich um unterschiedliche Vorgänge handelt. Deshalb wurde die Sache an das Instanzgericht zurückverwiesen, um zu klären, ob das Angebot auf Übertragung der Geschäftsanteile, das die Altgesellschafterin vermeintlich erfüllen wollte, freigebig begründet worden war.

III. Folgen für die notarielle Praxis

Bei jeder Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses einer GmbH, bei der Nichtgesellschafter zugelassen werden, ist aufgrund der nunmehrigen Rechtsprechung des BFH Vorsicht geboten. Die Beteiligten sind an den Steuerberater zu verweisen, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass die Einlageverpflichtungen den Wert der neuen Geschäftsanteile unter-

schreiten. Dieser hat die Werte zu ermitteln und die Bereicherung zu berechnen. Denn die Differenz ist schenkungsteuerpflichtige Zuwendung der Altgesellschafter.

Gleiches gilt – wie schon bisher aufgrund der Ansicht der Finanzverwaltung – auch bei Kapitalerhöhungen, die zu Quotenverschiebungen zwischen Gesellschaftern führen oder bei Einlagen eines Gesellschafters ohne eine dem Wert der Einlage entsprechende Erhöhung seiner Beteiligung. Prinzipiell findet das Vorgesagte auch Anwendung auf Kapitalerhöhungen bei Aktiengesellschaften, wobei freilich eine Unterpariemission bei Bezugsrechtsausschluss gemäß § 186 Abs. 2 AktG nur im Rahmen des § 255 Abs. 2 AktG zulässig ist²⁰.

Der einen solchen Kapitalerhöhungsbeschluss oder Einbringungsvertrag beurkundende Notar hat gemäß § 34 Abs. 2 Nr. 3 ErbStG i. V. m. § 8 Abs. 1 ErbStDV dem zuständigen Finanzamt das Rechtsgeschäft durch Übersendung einer beglaubigten Abschrift anzuzeigen. Denn die Anzeige- und die damit verbundene Hinweis- und Nachfragepflicht besteht gemäß § 8 Abs. 2 ErbStDV auch für der Form nach entgeltliche Rechtsgeschäfte, wenn nur Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Schenkung im Sinne des ErbStG vorliegt²¹. Von einer Anzeige wird der Notar jedoch dann absehen können, wenn Neu- und Altgesellschafter fremde Dritte sind und ein Aufgeld vereinbart wird, da in einem solchen Fall davon ausgegangen werden kann, dass Leistung und Gegenleistung nach dem Marktüblichen ausgehandelt wurden.

Eine eigene schenkungsteuerliche Beratungs- und Belehrungspflicht trifft den Notar freilich nicht, es besteht lediglich eine Hinweispflicht²². Eine steuerliche Beratung ist ihm auch aus tatsächlichen Gründen nicht möglich, da ihm der Zugang zu den relevanten Daten fehlt. Er kann jedoch seine steuerrechtliche Kompetenz den Beteiligten gegenüber durch Hinweis auf die Problematik darstellen, ohne ein Haftungsrisiko einzugehen. Gerade bei Nichtverwandten kann in den aufgezeigten Fällen wegen geringer Freibeträge und ungünstiger Steuerklassen eine hohe Steuerbelastung entstehen. Die Beteiligten werden dem Notar daher im Regelfall die Anregung zur steuerlichen Prüfung danken.

²⁰ *Hffer*, AktG, 4. Aufl., Rdnr. 23.

²¹ vgl. *Troll/Gebel/Jlicher*, § 34, Rdnr. 11.

²² *Keidel/Kuntze/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil B, BeurkG, 13. Aufl., § 17, Rdnr. 71 m.w.N.

¹⁸ *Meincke*, ErbStG, § 7 Rdnr. 11.

¹⁹ *Meincke*, ErbStG, § 7 Rdnr. 91 mit Rspr.-Hinw.

Nachträgliche Korrekturmöglichkeiten im Registerverfahren bei Gesellschaftsvertragsänderungen

– Zugleich Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 20.12.2001 – 15 W 378/01 –¹

Von Notarassessor *Alexander Krafka*, Würzburg

Das Registerrecht ist nicht zuletzt durch die zunehmend erfolgende Umstellung auf die maschinelle Führung der Rechtsträgerregister und die begleitend hierzu ergangenen gesetzgeberischen Maßnahmen² in Bewegung geraten. Dass bei der Fortentwicklung des Registerrechts auch die obergerichtliche Rechtsprechung nicht zurückstehen möchte, zeigt die vorliegende Entscheidung des OLG Hamm, die Anlass gibt, über verschiedene allgemeine Grundsätze des Registerrechts nachzudenken.

1. Grundsatz I: Keine Registeranmeldung künftiger Tatsachen

Ein ungeschriebener Grundsatz des Registerrechts besagt, dass eine Anmeldung zukünftiger oder bedingter Tatsachen unzulässig ist³. Letztlich handelt es sich hierbei um eine spezielle Ausformung des allgemeinen Verbots der verfahrensmäßigen Antragstellung unter einer Bedingung oder Befristung, das auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung findet⁴.

Zum Beispiel kann eine Anmeldung zur Eintragung eines mit Wirkung ab 1.3.2003 bestellten Geschäftsführers grundsätzlich erst ab diesem Zeitpunkt erfolgen, wobei hierfür überwiegend auf den Zugang der Anmeldung bei Gericht abgestellt wird⁵. Die Registergerichte zeigen sich oftmals kulant, indem sie eine bereits wenige Tage vor dem Termin zugegangene Anmeldung liegen lassen⁶ und sie sodann zeitnah nach dem fraglichen Termin vollziehen, sofern sie von bereits im Zugangszeitpunkt vertretungsbefugten Personen unterschrieben ist.

Abzugrenzen ist dieser „Graubereich“ des Registerverfahrensrechts von der unzweifelhaften Zulässigkeit der Nachreichung fehlender Unterlagen bzw. der Korrektur behebbarer Fehler der angemeldeten Tatsachen⁶. Hier handelt es sich nicht um einen Antrag, künftige Tatsachen im Register einzutragen, sondern vielmehr um die ggf. angekündigte Beibringung von Anlagen bzw. Erklärungen, welche die Darlegung der angemeldeten Umstände so vervollständigt, dass die Anmeldung durch das Registergericht vollzogen werden kann.

Deutlich wird dies anhand der Entscheidung des OLG Hamm, wenn dort, in Übereinstimmung mit der allgemeinen Auffas-

sung⁷, angemerkt wird, die Anmeldung einer Gesellschaftsvertragsänderung bei einer GmbH nach § 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG bedürfe der Einreichung einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift der notariellen Niederschrift über die zu Grunde liegende Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung. Zwar ist dies nicht ausdrücklich in den Vorschriften des GmbHG angeordnet, ergibt sich aber letztlich aus der Verpflichtung zur Amtsermittlung nach § 12 FGG. Wurden die entsprechenden Unterlagen nicht zusammen mit der Anmeldung eingereicht, so hat das Gericht den Beteiligten nach § 26 S. 2 HRV durch Erlass einer Zwischenverfügung Gelegenheit zur späteren Einreichung zu geben.

Die Beibringung dieser Unterlagen dient der Überprüfung der materiellen Wirksamkeit des zu Grunde liegenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung⁸. Im Rahmen der allgemeinen Plausibilitätsprüfung des Registergerichts hat dieses auch das Vorliegen ersichtlicher Nichtigkeitsgründe hinsichtlich des gefassten Beschlusses festzustellen. Jedoch sind weitere Ermittlungen nur veranlasst, wenn begründete Verdachtsmomente vorliegen, dass der Beschluss unwirksam sein könnte⁹. Nichtige oder unwirksame Beschlüsse darf das Registergericht nicht im Handelsregister eintragen¹⁰ und damit auch nicht ggf. entsprechend § 242 Abs. 1 und 2 AktG zur Heilung der etwaigen Beschlussmängel beitragen¹¹. Das Registergericht hat im Übrigen bei der Prüfung einer angemeldeten Gesellschaftsvertragsänderung nach Auffassung des BayObLG¹² den gesamten Gesellschaftsvertrag zu überprü-

¹ MittBayNot 2002, S. 408 (in diesem Heft).

² Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation – ERJuKoG vom 10.12.2001, BGBl. I S. 3422 (hierzu *Gustavus*, NotBZ 2002, 77; *Servatius* NZG 2002, 456); Verordnung zur Erleichterung der Registerautomation vom 11.12.2001, BGBl. I S. 3688.

³ BayObLG DNotZ 1993, 197; OLG Düsseldorf MittBayNot 2000, 242 (= MittRhNotK 2000, 77 = ZNotP 2000, 200 = Rpfleger 2000, 218 = FGPrax 2000, 72 = GmbHR 2000, 232); *Schaub* in Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 12 Rdnr. 34; *Büwaldt* GmbHR 2000, 421; *Waldner* ZNotP 2000, 188.

⁴ Vgl. BayObLG DNotZ 1993, 197; *Kahl* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 14. Aufl. 1999, § 11 Rdnr. 32.

⁵ *Auer* DNotZ 2000, 498 (500); *Britz* MittRhNotK 2000, 197 (200); *Waldner* ZNotP 2000, 188 (189); anders *Böcker* MittRhNotK 2000, 61, der auf die Abgabe der Anmeldungserklärung abstellt.

⁶ *Waldner* ZNotP 2000, 188 (189 f.); *Schaub* in Ebenroth/Boujong/Joost, a.a.O. (Fn. 3), § 12 Rdnr. 34.

⁷ Siehe *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 54 Rdnr. 3; *Ulmer* in Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 54 Rdnr. 14; *Zimmermann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 54 Rdnr. 10; *Keidel/Schmatz/Stöber*, Registerrecht, 5. Aufl. 1991, Rdnr. 740.

⁸ Vgl. allgemein hierzu *Keilbach* MittRhNotK 2000, 365 (370 ff.).

⁹ OLG Hamm ZNotP 2002, 74 (= Rpfleger 2002, 32 = NZG 2001, 1038); *Ulmer* in Hachenburg, a.a.O. (Fn. 7), § 54 Rdnr. 41; *Zimmermann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, a.a.O. (Fn. 7), § 54 Rdnr. 17; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 54 Rdnr. 18.

¹⁰ BayObLGZ 1972, 126 (= DB 1972, 1015); OLG Köln MittBayNot 1993, 170 (= Rpfleger 1993, 71); *Lutter/Hommelhoff*, a.a.O. (Fn. 7), § 54 Rdnr. 7; *Priester* in Scholz, GmbHG, § 54 Rdnr. 35; *Ulmer* in Hachenburg, a.a.O. (Fn. 7), § 54 Rdnr. 43 ff.; *Zimmermann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, a.a.O. (Fn. 7), § 54 Rdnr. 19; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, a.a.O. (Fn. 9), Anh. § 47 Rdnr. 32.

¹¹ Vgl. BGHZ 144, 365 (= NJW 2000, 2819 = MittRhNotK 2000, 349); BGH NJW 1996, 257 (= MittBayNot 1996, 48 = DNotZ 1996, 684); BGHZ 80, 212 (= NJW 1981, 2125).

¹² BayObLGZ 2001, 137 (= MittBayNot 2002, 201 = RNotZ 2001, 401 = Rpfleger 2001, 500); a.A. etwa *Zimmermann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, a.a.O. (Fn. 7), § 54 Rdnr. 15; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, a.a.O. (Fn. 9), § 54 Rdnr. 18.

fen, also nicht nur die geänderten Bestimmungen, und zwar ohne Berücksichtigung der Prüfungsbeschränkung nach § 9 c Abs. 2 GmbHG.

Behebbarer Fehler bei Beschlussfassungen stehen einer ordnungsgemäßen Registeranmeldung nicht entgegen, so dass eine Zwischenverfügung des Gerichts zur Korrektur des Mangels (§ 26 S. 2 HRV) angezeigt ist. Hat sich z.B. der nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Vertreter des Alleingesellschafters einer GmbH zu deren Geschäftsführer bestellt, so kann der vorliegende Fehler mittels nachträglicher Gestattung seitens des Alleingesellschafters behoben werden¹³. Bei korrigierbaren Beschlussmängeln kommt demgemäß eine Zurückweisung des Eintragungsantrags nach § 26 S. 1 HRV nicht ohne weiteres in Betracht.

Auch das OLG Hamm greift diese allgemeinen Erkenntnisse nicht an. Der entscheidende Senat hält zu Recht den zunächst gefassten Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrags aufgrund der fehlenden notariellen Beurkundung entsprechend § 241 Nr. 2 AktG für nichtig. Insoweit wird auch die eingereichte Anmeldung für nicht vollziehbar gehalten.

2. Grundsatz II: Keine Eintragung ohne Anmeldung

Vielmehr sieht der Senat den zeitlich nach Einreichung der Anmeldung gefassten Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrags als ohne erneute Registeranmeldung eintragbar an. Eröffnet wird damit ein Konfliktfeld zu einem weiteren Grundsatz des Registerrechts: Eintragungen in Rechtsträgerregistern erfolgen auf Grund entsprechender Anmeldungen der Beteiligten und nur ausnahmsweise, sofern gesetzlich angeordnet (siehe v.a. §§ 141 ff. FGG), ohne Anmeldung von Amts wegen¹⁴.

Allerdings kennt auch das Registerrecht von diesem Grundsatz eine nicht selten angewandte Ausnahme: Bei der Gründung einer GmbH ist für eine nach Einreichung der Erstanmeldung vereinbarte Abänderung des Gesellschaftsvertrags keine gesonderte Handelsregisteranmeldung erforderlich. Ausreichend ist vielmehr, dass die erforderliche notarielle Niederschrift in gehöriger Form von den anmeldeberechtigten Geschäftsführern (§ 78 GmbHG) oder von bevollmächtigten Personen vorgelegt wird¹⁵. Zur Begründung heißt es, dass für Änderungen des Gesellschaftsvertrags in diesem Stadium die Vorschriften der §§ 53 f. GmbHG noch keine Anwendung finden. Jedoch wird auch eine erneute Erstanmeldung nach § 8 Abs. 1 GmbHG für überflüssig erachtet, da das bereits eröffnete Verfahren zur Ersteintragung der Gesellschaft regulär weiterläuft. Die Registerpraxis hält auch dann eine erneute Anmeldung für entbehrlich, wenn die geänderten Regelungen solche sind, die in § 10 Abs. 1 und 2 GmbHG genannt werden, also z.B. die Firma von der Änderung betroffen ist.

Erstmals sieht nun das OLG Hamm eine offensichtlich vergleichbare Sachlage bei der Anmeldung einer Änderung des Gesellschaftsvertrags nach Eintragung der Gesellschaft. Auch hier soll die Anmeldung als Verfahrenseröffnungsakt fortwir-

ken und eine spätere Eintragung auf Grund einer nachträglich erst erstellten wirksamen Grundlage ermöglichen.

3. Abgrenzungen zu der vorliegenden Entscheidung des OLG Hamm

Allerdings legt die Entscheidung in ihrer Begründung zugleich ihre Grenzen fest: Die Verbindung der erfolgten Anmeldung mit der neuen Beschlussfassung wird nur deshalb für zulässig erachtet, weil die Wirksamkeit des Gesamtvorgangs der Gesellschaftsvertragsänderung erst mit Eintragung im Handelsregister eintritt (§ 54 Abs. 3 GmbHG). Für sämtliche deklaratorischen Eintragungen, insbesondere also für Änderungen der Geschäftsführung (§ 39 Abs. 1 GmbHG), hat es also dabei sein Bewenden, dass weder eine nachträgliche Korrektur durch eine neue Beschlussfassung möglich, noch eine Anmeldung erst künftig eintretender Rechtstatsachen zulässig ist¹⁶.

Im Übrigen scheidet auch bei bestimmten konstitutiven Eintragungen eine nachträgliche Erstellung der zugrundeliegenden Beschlüsse aus: So bedürfen Kapitalmaßnahmen wie z.B. Kapitalerhöhungen stets besonderer Versicherungserklärungen der Geschäftsführer in der Registeranmeldung (§ 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Dasselbe gilt im Rahmen der regulären Kapitalherabsetzung für deren Anmeldung nach Ablauf der Jahresfrist gemäß § 58 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG. Angesichts der Vorschrift des § 16 Abs. 2 S. 1 UmwG kann auch bei Umwandlungsvorgängen (vgl. §§ 125 S. 1, 198 Abs. 3 UmwG) eine nachträgliche Beschlussfassung nicht erfolgen, da bei der Anmeldung des Umwandlungsvorgangs eine sog. Negativklärung abzugeben ist, die sich stets auf einen konkreten Beschluss bezieht, der bei Abgabe der Erklärung bereits vorliegen muss. Zwar handelt es sich nur um Ordnungsvorschriften¹⁷, sodass auch eine gesonderte Abgabe der Versicherungserklärungen außerhalb der Registeranmeldung möglich ist, gleichwohl lassen diese Regelungen erkennen, dass die Existenz der Beschlussfassung der Anmeldung vorauszugehen hat. Somit verbleiben als Fälle, in welchen unter Berufung auf die vorliegende Entscheidung eine neuerliche Anmeldung unterbleiben kann, beispielsweise Änderungen des Gesellschaftsvertrags betreffend Firma, Sitz bzw. Unternehmensgegenstand.

Das OLG Hamm geht ersichtlich davon aus, dass für die Beteiligten unnötige, scheinbar überflüssige Formalitäten, insbesondere eine inhaltsgleiche erneute Anmeldung, vermieden werden sollen. Zutreffend kann dies aber nur sein, wenn der nachträglich gefasste Beschluss sich hinsichtlich seines Gegenstands mit dem ursprünglich angemeldeten Beschluss deckt. Grundlage ist auch hier die Idee, dass die Handelsregisteranmeldung als Eröffnungsakt ein Verfahren angestoßen hat, dessen Inhalt die Eintragung eines bestimmten Gegenstands betrifft. Wurde beispielsweise zunächst nur eine Firmenänderung einer GmbH beschlossen und angemeldet, so ist eine erneute Anmeldung nur insoweit entbehrlich, als auch der nachträgliche Beschluss eine Firmenänderung betrifft. Wurde nachträglich z.B. zudem eine Änderung des Unternehmensgegenstands beschlossen, so bedarf es hierfür auch nach der Entscheidung des Senats einer weiteren Registeranmeldung, in welcher nach nunmehr allgemein geteilter Auffassung die in

¹³ Siehe BayObLGZ 2000, 325 (= Rpfleger 2001, 184).

¹⁴ Vgl. *Hffer* in Staub, GroßKomm-HGB, 4. Aufl. 1995, § 8 Rdnr. 40 f.

¹⁵ OLG Zweibrücken MittBayNot 2001, 230 (= DNotZ 2001, 411 = Rpfleger 2001, 34 = FGPrax 2000, 253 = GmbHR 2000, 1204); KG MittRhNotK 1997, 32 (= Rpfleger 1997, 168 = GmbHR 1997, 412); BayObLG MittBayNot 1974, 228; *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, a.a.O. (Fn. 9), § 2 Rdnr. 13; *Schmidt-Leithoff* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, a.a.O. (Fn. 7), § 11 Rdnr. 62.

¹⁶ Vgl. hierzu OLG Düsseldorf MittBayNot 2000, 242 (= MittRh-NotK 2000, 77 = ZNotP 2000, 200 = Rpfleger 2000, 218 = FGPrax 2000, 72 = GmbHR 2000, 232).

¹⁷ Vgl. *Zöllner* in Baumbach/Hueck, a.a.O. (Fn. 9), § 57 Rdnr. 7c; *Schwarz* in Widmann/Mayer, UmwG, Stand: März 2002, § 16 Rdnr. 19 f.; *Stratz* in: *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, 3. Aufl. 2001, § 16 Rdnr. 21.

§ 10 Abs. 1 und 2 GmbHG genannten Umstände schlagwortartig hervorzuheben sind¹⁸. Der Grund hierfür ist letztlich darin zu sehen, dass ein Eintragungsverfahren lediglich hinsichtlich des geänderten Satzungsbestandteils eröffnet wurde.

Im Übrigen ist stets erforderlich, dass die Unterlagen über die nachträglich erstellten Beschlussfassungen von den anmeldeberechtigten Personen bei dem Registergericht eingereicht werden. Allerdings kann die Vorlage auch von einem Bevollmächtigten vorgenommen werden, wobei die Registergerichte auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 129 FGG¹⁹ davon ausgehen dürfen, dass der tätig gewordene Notar nicht ohne Vollmacht handelt²⁰.

Nach alledem wird nunmehr die Bedeutung der Registeranmeldung als Akt zur Verfahrenseinleitung deutlich: Das einmal ins Leben gerufene Verfahren kann erfolgreich beendet werden, solange noch keine Erledigung durch eine Zurückweisung eingetreten ist. Hierbei darf die Grundlage der letztlich beantragten Eintragung vollständig ausgewechselt werden, wenn deren Wirksamkeit erst durch den Vollzug des Antrags eintritt, sofern nicht besondere Vorschriften zur Antragstellung entgegenstehen.

4. Folgerungen aus der Entscheidung für die registerliche Rechtspraxis

Für die notarielle und die gerichtliche Rechtspraxis lassen sich aus der Entscheidung des OLG Hamm unterschiedliche Schlussfolgerungen ziehen:

Bei regulären Gesellschaftsvertragsänderungen mit Ausnahme von Kapitalmaßnahmen besteht künftig eine zusätzliche Möglichkeit zur Korrektur: Für den Umfang der Nachbesserungsmöglichkeiten ist der Gegenstand des bereits eröffneten Verfahrens maßgeblich, der sich grundsätzlich nach dem Wortlaut der ursprünglichen Anmeldung richtet. Deutlich wird dies z.B. anhand einer Anmeldung mit dem Wortlaut *Die Firma ist geändert*: Wurde im ursprünglichen Beschluss die Firma von *Alpha München GmbH* in *Beta München GmbH* geändert, so kann der hierzu nachträglich gefasste Beschluss auch dann ohne erneute Anmeldung im Register eingetragen werden, wenn dieser nunmehr vorsieht, dass die Firma in *Gamma München GmbH* geändert wird. Allerdings wird man hierbei großzügig zu verfahren haben, da in der Anmeldung stets auf die jeweilige Beschlussniederschrift Bezug zu nehmen ist²¹, so dass grundsätzlich nicht nur

der Änderungsgegenstand sondern stets ein konkreter Änderungsinhalt in der Anmeldung enthalten ist. Der konkrete Wortlaut der Anmeldung hat jedoch hinsichtlich des Verfahrensgegenstands nur indizielle Bedeutung, da über den Eintragungsinhalt und –wortlaut allein das Registergericht zu entscheiden hat. Daher kann m.E. auch bei einem konkret gefassten Anmeldungstext (*Die Firma ist geändert in Beta München GmbH*) eine nachträglich abweichende Beschlussfassung ohne erneute Anmeldung vollzogen werden. Um derartige Streitfragen zu vermeiden, wird man allerdings in Zukunft allgemeine Bezeichnungen in Registeranmeldungen vorziehen, also den konkreten Beschlussinhalt in der Anmeldung nicht wiederholen²².

Für die Praxis der Registergerichte ergeben sich darüber hinaus nur wenige Veränderungen: Wie gezeigt, besteht nunmehr die Möglichkeit, bei Anmeldungen mit mangelhafter Grundlage Nachbesserungen auch insoweit anzuregen, als die Grundlage der Anmeldung erst nachträglich geschaffen werden soll. Allerdings besteht kein Zwang zu einem derartigen Vorgehen, da der Eintragungsantrag zunächst entscheidungsreif ist und daher ohne weiteres zurückgewiesen werden kann. Nach der Zurückweisung bedarf ein erneuter Beschluss einer weiteren formgerechten Anmeldung zur Eintragung im Register. Nur wenn vor der Zurückweisung ein nachträglich gefasster wirksamer Beschluss vorgelegt wird, muss das Verfahren fortgesetzt und ggf. durch die Eintragung abgeschlossen werden.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass auch nach der Entscheidung des OLG Hamm weder künftige Tatsachen zur Eintragung in Rechtsträgerregistern angemeldet werden können, noch eine Eintragung ohne jede Anmeldung im Register erfolgt, sofern hierfür keine gesetzliche Ermächtigung vorhanden ist.

5. Schlussbemerkung

Die Fortentwicklung des Rechts durch die Judikative ist deren legitime Aufgabe. In der Sache ist auch im vorliegenden Fall kein begründeter Widerspruch zu erheben. Allerdings sei angemerkt, dass die von dem entscheidenden Senat zitierten Literaturstellen sowohl Rechtspraxis als auch Rechtswissenschaft vor unlösbare Rätsel stellen: Die durch das Gericht herangezogene 6. Auflage des Handbuchs des Registerrechts ist bislang noch nicht erschienen. Autoren der 5. Auflagen waren *Keidel/Schmatz/Stöber*. Die Neuauflage wird von dem Autor dieses Beitrags und *Dr. Heinz Willer*, Leiter der Abteilung Registergericht des Amtsgerichts München, verfasst. Der verehrte Kollege *Dr. Karl Winkler* hat sich zwar bekanntermaßen u.a. um das Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit äußerst verdient gemacht²³, war und ist jedoch leider an dem von *Theodor Keidel* begründeten Handbuch des Registerrechts nicht beteiligt.

¹⁸ BGH NJW 1987, 3191 (= MittBayNot 1987, 259 = DNotZ 1988, 182); BayObLGZ 1985, 82 (= MittBayNot 1985, 84); BayObLGZ 1978, 282 (= DNotZ 1979, 52); OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 198 (= NJW-RR 1999, 400).

¹⁹ Vgl. BayObLG MittRhNotK 2000, 173; BayObLG Rpfleger 1978, 143; *Winkler* in *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, § 129 Rdnr. 5.

²⁰ BayObLG MittRhNotK 2000, 173; BayObLGZ 1984, 29 (= DB 1984, 660 = BB 1984, 804).

²¹ BGH NJW 1987, 3191 (= MittBayNot 1987, 259 = DNotZ 1988, 182); OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 198 (= NJW-RR 1999, 400); *Lutter/Hommelhoff*, a.a.O. (Fn. 7), § 54 Rdnr. 3; *Zimmermann* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, a.a.O. (Fn. 7), § 54 Rdnr. 3; *Zöllner*, in *Baumbach/Hueck*, a.a.O. (Fn. 9), § 54 Rdnr. 4 ff.; *Winkler* NJW 1980, 2683.

²² Vgl. OLG Düsseldorf MittRhNotK 1992, 223; *Keilbach* MittRhNotK 2000, 365 (371).

²³ Vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 14. Aufl. 1999; *Bumiller/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. 1999.

Zur Erforderlichkeit eines Ergänzungspflegers bei (Mit-)Testamentsvollstreckung durch den gesetzlichen Vertreter des Erben

– Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Nürnberg
vom 29.6.2001 – 11 UF 1441/01¹ –

Von Notar *Jens Kirchner*, Altdorf

Nach Auffassung des OLG Nürnberg ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen, wenn die Mutter des Erben zugleich als (Mit-)Testamentsvollstreckerin benannt ist. Der Autor legt dar, warum er dies nicht für richtig hält und welche Alternativgestaltungen denkbar sind.

I. Vorbemerkung

Entscheidungsinhalt des Beschlusses des OLG Nürnberg vom 29.6.2001 ist vereinfacht Folgendes:

Der Vater hatte in seiner Verfügung von Todes wegen sein noch minderjähriges Kind zum Erben eingesetzt und die Mutter zur Testamentsvollstreckerin – allerdings *nur zur Mitvollstreckerin* – ernannt.

Das OLG Nürnberg hat in seinem Beschluss vom 29.6.2001 die gerichtliche Bestellung eines Ergänzungspflegers bestätigt, dessen Aufgabe es ist, die Rechte des Kindes gegenüber der Mutter als Testamentsvollstreckerin wahrzunehmen.

II. Bisheriger Meinungs- und Rechtsprechungsstand

Die zentrale Frage, um die es auch in der Entscheidung geht, ist folgende:

Muss bzw. kann zur Kontrolle² des Testamentsvollstreckers, der gleichzeitig der gesetzliche Vertreter des Vollstreckungsunterworfenen ist, ein Ergänzungspfleger auch ohne besonderen Anlass bestellt werden?

Ich habe den Meinungs- und Rechtsprechungsstand ausführlich in meinem Aufsatz, der in MittBayNot 1997, S. 203, veröffentlicht ist, unter Punkt II. 3. dargestellt. Dies sei hier nur nochmals kurz zusammengefasst:

Die bisher hierzu veröffentlichte, von mir gefundene Rechtsprechung (OLG Hamm² und LG Frankfurt³) fordert generell die Ergänzungspflegschaft. Zur Begründung wird auf § 1796 Abs. 2 BGB (*erheblicher* Interessengegensatz) sowie § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB und den Gedanken des § 181 BGB abgestellt. Bei Personenidentität sei die Kontrolle des Testamentsvollstreckers nicht gewährleistet. Niemand könne sein eigener Aufseher sein.

Die Literatur schließt sich dem zu Teil an⁴. *Reimann*⁵ und *Damrau*⁶ jedoch führen gewichtige Argumente gegen eine Ergänzungspflegschaft *ohne besonderen Anlass an*. Insbesondere

der *Reimann* sieht in der frühzeitigen Anordnung der Ergänzungspflegschaft eine unzulässige Beobachtungspflegschaft. Die Frage des Interessengegensatzes müsste vielmehr im Einzelfall konkret geprüft werden. Ohne konkrete Anhaltspunkte für einen Missbrauch fehlt es deshalb an einem für die Pflegerbestellung erforderlichen Fürsorgebedürfnis⁷.

Klargestellt sei hierzu:

Nach allen Meinungen ist die vom Erblasser benannte Person vom Gericht zur Testamentsvollstreckung zu bestellen. Durch die Personenidentität zwischen Vollstreckter und gesetzlichem Vertreter wird dies nicht ausgeschlossen. Auch bleibt der gesetzliche Vertreter grundsätzlich gesetzlicher Vertreter, sei es als Elternteil, sei es als ggf. benannter (§ 1776 BGB) und vom Gericht daher trotz der Doppelstellung zu bestellender Vormund. Lediglich für den Bereich der Überwachung des Testamentsvollstreckers⁸ möchte die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur generell, wie oben aufgezeigt, einen Ergänzungspfleger bestellen.

III. Analyse der konkreten Entscheidung

1. Das Oberlandesgericht hebt in seinen Entscheidungsgründen den Interessengegensatz gem. § 1629 Abs. 2 S. 3 BGB i.V.m. § 1796 BGB ab. Die Mutter als gesetzliche Vertreterin einerseits und Testamentsvollstreckerin andererseits *müsste von sich selbst* für das Kind Auskunft (§ 2218 Abs. 1 i.V.m. § 666 BGB) und jährliche Rechnungslegung (§ 2218 Abs. 2 BGB) verlangen. Es bewegt sich damit auf der Linie der ausführlicheren oben bereits erwähnten Entscheidung des OLG Hamm⁸. Auch den Einwand der unzulässigen Beobachtungspflegschaft lehnt es unter Bezugnahme auf die Überwachungsaufgaben des gesetzlichen Vertreters gegenüber dem Testamentsvollstreckter wie das OLG Hamm ab. Auf die Kritik von *Reimann*⁹ und Ausführungen von *Damrau*¹⁰ geht das Gericht leider nicht weiter ein. Insofern kann man feststellen: Nichts wesentlich Neues, auch nicht in der Begründung. Die Linie der Rechtsprechung wird beibehalten.

2. Der zu entscheidende Sachverhalt weist aber eine Besonderheit auf: Die Mutter als einzige gesetzliche Vertreterin war nicht alleinige Testamentsvollstreckerin, sondern *nur Mitvollstreckerin* (§ 2197 Abs. 1, § 2224 BGB). Über eine Aufteilung der Aufgaben kann dem dargestellten Sachverhalt nichts ent-

¹ MittBayNot 2002, S. 403 (in diesem Heft).

² OLG Hamm, MittBayNot 1994, 53.

³ LG Frankfurt, Rpfleger 1990, 207.

⁴ *Mayer*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Kapitel 5, Rdnr. 363 und *Palandt/Edenhofer* Einf. V. § 2197, Rdnr. 6.

⁵ MittBayNot 1994, 55 und Handbuch der Testamentsvollstreckung Kapitel 2, Rdnr. 188.

⁶ ZEV 94, 1.

⁷ *Meyer-Stolte*, Rpfleger 1990, 207 (208).

⁸ OLG Hamm, MittBayNot 1994, 53 ff.

⁹ *Reimann*, MittBayNot 1994, 55 (56).

¹⁰ ZEV 1994, 1 (4, 5).

nommen werden. Der Testamentsgestalter hat also bereits selbst eine Kontrolle eingebaut, indem er der Mutter eine weitere Person zur Seite stellte und durch die Gesamtestamentsvollstreckung das sogenannte – auch aus Bereichen der Wirtschaft bestens bekannte – ‚Vier-Augen-Prinzip‘ sicherstellte. *Losgelöst von den gesetzlichen Bestimmungen zur gesetzlichen Vertretung* betrachtet hat der Testator also den Schutz seines Kindes selbst in die Hand genommen und privatautonom sinnvoll geregelt. Ergab sich nun aus den gesetzlichen Regelungen der Zwang, eine Ergänzungspflegschaft dennoch anzuordnen? Ich möchte nicht die bereits geführte in Abschnitt I dargestellte Diskussion und die dort zitierten Argumente nochmals allgemein wiederholen. Es geht hier nur um den besonderen Fall.

a) Das Gericht argumentiert (sehr kurz): Weil bei mehreren Mitvollstreckern jeder einzelne zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung verpflichtet ist¹¹, bestünde die Interessenkollision in der Person der Mutter. Hierbei ist sicher richtig, dass niemand sich selbst Rechnung legen kann.

b) Man kann die Sachlage aber auch genau von der anderen Seite betrachten: Das Kind, vertreten durch seine Mutter, ist nicht darauf beschränkt, seine Kontrollrechte (Auskunft/Rechnungslegung) gegenüber seiner Mutter (In-Sich-Geschäft) geltend zu machen, sondern das Kind kann dies durch seine Mutter als gesetzliche Vertreterin *gegenüber dem anderen Mitvollstrecker allein*. Die Wahrnehmung der Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche ist also formal ohne Interessenkollision möglich: Auf der einen Seite steht die Mutter als gesetzliche Vertreterin, auf der anderen Seite der personenverschiedene Mitvollstrecker.

Auch durch die Anwendung des § 2224 Abs. 1 S. 2 BGB – bzw. zumindest dessen Gedanken – kommt man zu diesem Ergebnis: Die Mutter kann sich nicht selbst Rechnung legen. Sie ist somit insoweit verhindert, das Testamentsvollstreckeramt auszuüben. Hierfür ist dann also der andere Vollstrecker alleine zuständig.

c) Die vom Gericht angenommene generelle Interessenkollision leitet es wohl vielmehr – man lese zwischen den Zeilen – aus der Vermutung ab, die Mutter würde die Kontrollrechte gegenüber dem Mitvollstrecker nicht wahrnehmen, da sie faktisch von der Kontrolle auch selbst betroffen sei. Hier begibt sich das Gericht aber, weil es die Besonderheit der Mitvollstreckung nicht richtig würdigt, wirklich in den Bereich der *unzulässigen Beobachtungspflegschaft*. Denn es rechtfertigt die Ergänzungspflegschaft allein aus einer durch keine konkreten Verhaltensweisen der Mutter gestützten allgemeinen Vermutung, sie würde die *gegenüber einer dritten Person* bestehenden Kontrollrechte nicht wirksam für das Kind ausüben.

d) Dreht man zusätzlich die folgende gedankliche Schleife, wird die Haltung des Gerichtes noch angreifbarer: Hätte der Testator nur den Dritten zum Testamentsvollstrecker ernannt, so wäre alles *in Butter*; auch aus Sicht des Gerichts: Testamentsvollstrecker und gesetzlicher Vertreter wären verschiedene Personen. Das Gericht würde ohne konkrete Anhaltspunkte nicht generell vermuten, dass die Mutter die Kontrollrechte nicht ausübt. Allerdings würden sich die Rechte der Mutter als gesetzliche Vertreterin nur auf die Kontrollrechte beschränken.

Nun ist ihre Position, da sie *Mitvollstreckerin* ist, zugunsten des Kindes, wie ich den Willen des Vaters (Testators) unterstelle, erheblich gestärkt. Sie muss sich im Interesse ihres

Kindes *nicht nur auf Auskunft- und Rechnungslegung* beschränken, sie kann die Nachlassverwaltung *vielmehr mitgestalten*. Warum also aus dem Mehr an Rechten zugunsten der Mutter als gesetzlicher Vertreterin, die ihr als Mitvollstreckerin zustehen, die Ergänzungspflegschaft herleiten, wenn sie beim Weniger – nur Stellung als gesetzliche Vertreterin, die auf reine Kontrollrechte beschränkt ist – unzweifelhaft nicht angeordnet wird?

e) Etwa weil der Ergänzungspfleger der gerichtlichen Kontrolle unterliegt?

Aber dies ist – bei genauerem Hinsehen – kein schlüssiges Argument: Man mache sich bewusst, dass der Ergänzungspfleger nur für den Aufgabenkreis ‚Vertretung bei Auskunft- und Rechnungslegungsrechten des Erben gegenüber den Testamentsvollstreckern‘ angeordnet wurde. Dass durch die Testamentsvollstreckung die Genehmigungserfordernisse des Vormundschaftsrechtes (insb. § 1821 und § 1822 BGB), die zum Großteil auch für die Eltern gelten, ausgehebelt¹² werden, ist allgemein akzeptiert. Sie sollten und konnten durch die angeordnete Ergänzungspflegschaft nicht in Kraft gesetzt werden. Vergleichen wir also – auch unter dem Blickwinkel der gerichtlichen Kontrolle – die Situation des entschiedenen Sachverhaltes mit der oben aufgezeigten ergänzungspflegerfreien Konstellation: Wäre der Dritte alleiniger Testamentsvollstrecker, so würden die Kontrollrechte durch die Mutter als gesetzliche Vertreterin ausgeübt. Sie unterläge dabei den allgemeinen Bestimmungen des Familienrechts zur Vermögenssorge, das für das von Todes wegen erworbene Vermögen besondere Vorschriften (§ 1640 BGB – Vermögensverzeichnis) hat, von denen aber z.T. auch Befreiung erteilt werden kann (§ 1640 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Im Übrigen kann und wird das Gericht nur bei besonderem Anlass einschreiten (z.B. § 1667 BGB, Gefährdung des Kindesvermögens). Der Gesetzgeber sieht also keinen Bedarf ohne besonderen Anlass eine besondere beobachtende Kontrolle einzuführen.

Ändert sich die Gefährdungslage dadurch, dass die Mutter Mitvollstreckerin wird?¹² Ich kann nichts erkennen, was darauf hindeutet? Werden dem Gericht dadurch irgendwelche Kontrollmöglichkeiten gegen die Mutter als gesetzliche Vertreterin abgeschnitten? Ich sehe dies nicht. Also rechtfertigt sich die Ergänzungspflegschaft auch nicht unter dem Blickwinkel der gerichtlichen Kontrolle.

f) Aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Regelungen zur Vermögenssorge bei ererbtem Vermögen – wohl als gesetzliche Ausformung der grundgesetzlichen Erbrechtsgarantie im Bereich der gesetzlichen Vertretung – lässt sich Folgendes entnehmen: Der Gesetzgeber lässt dem Erblasser viel Freiraum dabei, *wer* die Vermögenssorge für dieses Vermögen erhält und *wie intensiv* er zu kontrollieren ist. So kann der Erblasser den gesetzlichen Vertreter von der Sorge für das von ihm zugewandte Vermögen ausschließen (§ 1638 BGB) oder ihm Weisungen erteilen (§ 1639 BGB). Der Erblasser kann bestimmen, wer die Vermögenssorge als Pfleger erhält (§ 1917, Abs. 1 BGB). Er kann ihn wie einen befreiten Vormund stellen (§ 1917, Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1852–1854 BGB) und damit die Kontrolle reduzieren. Eine Befreiungsmöglichkeit besteht auch gegenüber den Eltern, wenn sie die Vermögenssorge für das ererbte Vermögen behalten (§ 1640 Abs. 2 Nr. 2 BGB), nämlich die abweichende Anordnung zur Inventarisierung, die auch die Möglichkeit zur Befreiung gibt. Der allgemeine Grundgedanke des Gesetzgebers ist auch im Rahmen

¹¹ So auch *Palandt/Edenhofer*, § 2224, Rdnr. 1.

¹² So im Ergebnis auch *Damrau* a.a.O. S. 2 für die Entgegennahme des Vermögensverzeichnisses.

der Entscheidung über die Pflegerbestellung einzubeziehen: Geeignete Maßnahmen des Erblassers zur Kontrolle der Vermögensverwaltung für den Minderjährigen sind ausreichend, wenn nicht die gesetzlichen Regelungen etwas anderes zwingend erfordern. Die vom testierenden Vater im entschiedenen Fall getroffenen Maßnahmen sind in jedem Fall grundsätzlich genügend, wie oben bereits gezeigt wurde.¹³

g) Nachdem verfassungsrechtliche Argumente immer mehr in das Vormundschaftsrecht Einzug halten, sei dies auch hier gestattet, um das von mir vertretene Ergebnis, nämlich die Unzulässigkeit der Ergänzungspflegschaft im entschiedenen Fall, zu stützen: Eingriffe in das Grundrecht der Eltern aus Art. 6, Abs. 2 GG durch den Staat müssen – wie jeder Grundrechtseingriff – geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Sie dürfen nicht willkürlich sein. Wie oben dargelegt sind die Fälle „Nur Dritter als Alleinvollstrecker“ und „Mutter als Mitvollstreckerin“ von der Gefährdungslage und der Kontrollmöglichkeit für das Gericht völlig gleich. Im Fall Mutter als Mitvollstreckerin hat der Testator die Rechte der Mutter über die gesetzliche Regelung hinaus noch gestärkt. Die Anordnung der Ergänzungspflegschaft kann daher nicht in einem Fall erforderlich sein, im anderen nicht. Dies wäre eine Ungleichbehandlung von Gleichem und stünde damit wohl auch nicht in Einklang mit Art. 3 GG.

IV: Folgerungen für die Praxis

Der Gestalter wird sich auf die grundsätzliche Linie der Rechtsprechung einstellen müssen, wonach gesetzliche Vertretung und Testamentsvollstreckung zwar in einer Hand liegen dürfen, dann aber die Ergänzungspflegschaft zu erwarten ist.

Wen die mögliche Ergänzungspflegschaft nicht stört, der braucht keine Maßnahmen zur Verhinderung der Doppelstellung zu ergreifen.

Wer sie, dem Wunsch der Mandanten entsprechend, vermeiden möchte, muss durch Gestaltung den von der Rechtsprechung angenommenen *erheblichen Interessengegensatz* i.S.d. § 1796 Abs. 2 BGB ausschließen. Hier gibt es verschiedenste Lösungen. Für das Elterntestament, in dem Vormundbenennung und Testamentsvollstreckung kombiniert werden, habe

ich Lösungen vorgeschlagen¹⁴. Diese seien hier kurz wiederholt:

1. Lösung nach *Reimann*¹⁵: Es wird ein Nebenvollstrecker ernannt, der diejenigen Aufgaben zugewiesen erhält, von deren Wahrnehmung der gesetzliche Vertreter wegen seiner gleichzeitigen Stellung als Testamentsvollstrecker ausgeschlossen ist.

2. Oder die Gestaltung erfolgt so, dass gesetzlicher Vertreter und Testamentsvollstrecker verschiedene Personen sind. Hierbei sollte möglichst auch darauf geachtet werden, dass gesetzlicher Vertreter und Testamentsvollstrecker nicht einer der in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB bezeichneten Nähebeziehungen stehen (Ehegatten, Lebenspartner, Verwandte in gerader Linie).

3. Auch gibt es die Möglichkeit, gesetzliche Vertretung und Testamentsvollstreckung hintereinander zu schalten. Man ernannt also den gesetzlichen Vertreter aufschiebend bedingt mit Beendigung dieser Funktion zum Testamentsvollstrecker. Die Problematik der aufschiebend angeordneten Testamentsvollstreckung und der Frage der Surrogation habe ich in dem vorgenannten Aufsatz erörtert.¹⁶

Welche zusätzlichen Varianten bieten sich für die vom OLG Nürnberg entschiedene Konstellation an, wenn also ein Elternteil seine Kinder auch für den Fall seines Erstversterbens bedenkt und die Verwaltung durch den überlebenden Ehegatten über die Volljährigkeit hinaus sicher stellen will?

- Zum einen besteht die Möglichkeit, eine andere Person als den überlebenden Elternteil zum Testamentsvollstrecker zu ernennen, ggf. nur für die Zeit der Minderjährigkeit mit anschließender Testamentsvollstreckung durch den überlebenden Elternteil.

- Möchte man unbedingt den überlebenden Elternteil sofort zum Testamentsvollstrecker bestellen, so gibt es auch die Möglichkeit, diesem dazu die Vermögenssorge für das hinterlassene Vermögen zu entziehen (§ 1638 BGB) – ggf. nur teilweise für die Kontrollrechte – und selbst eine geeignete Person als Pfleger zu benennen (§ 1917 BGB).

- Ich halte aber auch die Gestaltung, über die das OLG Nürnberg zu entscheiden hatte, nach wie vor für geeignet und entgegen der Ansicht des OLG die Ergänzungspflegerbestellung nicht für angezeigt.

¹³ Auch *Meyer-Stolte* a.a.O. misst dem Willen der Eltern, im Interesse des Kindes das vererbte Kindesvermögen durch Personen ihres Vertrauens zu schützen, zu Recht so große Bedeutung zu, dass eine abstrakte Interessenkollision dadurch im konkreten Fall ausgeschlossen werden kann.

¹⁴ *Kirchner*, MittBayNot 1997, 203 (205 ff.).

¹⁵ *Reimann*, MittBayNot 1994, 55.

¹⁶ *Kirchner*, MittBayNot 1997, 203 (207 ff.).

BUCHBESPRECHUNGEN

Langenfeld, Testamentsgestaltung – Einzeltestament, Ehegattentestament, Unternehmertestament, 3. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2002, LVI und 446 Seiten und eine CD-ROM, € 72,80

Wenige Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe legt *Langenfeld* nunmehr die dritte, neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage seines Buches Testamentsgestaltung – Einzeltestament, Ehegattentestament, Unternehmertestament“ vor.

Im ersten Kapitel stellt *Langenfeld* Grundsätze, Ziele und Techniken der Testamentsgestaltung“ dar. Sodann erörtert er im zweiten Kapitel die gesetzliche Erbfolge und besonders umfangreich das damit verbundene Pflichtteilsrecht. Im dritten Kapitel behandelt *Langenfeld* die Instrumente der Testamentsgestaltung“; wobei er insbesondere auf die Vor- und Nacherbschaft und auf Vermächtnisse eingeht.

Kurz gestreift werden im vierten Kapitel Verfügungen von Todes wegen nur eines Erblassers. Umfangreicher sind indes die folgenden Kapitel. Zunächst stellt *Langenfeld* im fünften Kapitel verschiedenste Typen von Ehegattentestamenten vor und beurteilt deren Rechtsfolgen und steuerliche Folgen, macht Vorschläge zur Störfallvorsorge und stellt dar, für welche Fallgruppen die Typen sinnvolle Gestaltungsvarianten sein könnten. Im sechsten Kapitel wird eine Vielzahl von Testaments- bzw. Erbvertragsgestaltungen behandelt, die der Verwirklichung besonderer Ziele dienen können. Die Spannweite ist immens und reicht von alltäglichen Gestaltungsvarianten, wie z. B. Verfügungen beim Vorhandensein von einseitigen Abkömmlingen, bis hin etwa zu Verfügungen, die der Versorgung von Tieren dienen sollen.

Das siebte Kapitel ist dem Unternehmertestament mit all seinen Facetten gewidmet, gestreift werden jedoch auch die Probleme vorweggenommener Erbfolge im Unternehmensbereich. Im achten Kapitel behandelt *Langenfeld* schließlich cursorisch mit Verfügungen von Todes wegen zusammen-

hängende Vereinbarungen unter Lebenden und Vorsorgevollmachten.

Zusammengefasste Formulierungsvorschläge finden sich im neunten Kapitel. Die im Lieferumfang enthaltene CD-ROM ermöglicht deren unkomplizierte Verwendung.

Leider nicht mehr berücksichtigt werden konnten von *Langenfeld* die Änderungen in §§ 2232, 2233 und 2300 BGB und in §§ 22 ff. BeurkG durch das OLGVertrÄndG. Es wäre wünschenswert, wenn insoweit dem Werk ein Nachtrag beigefügt werden könnte.

Vereinzelte Ungenauigkeiten sollten bei einer Neuauflage beseitigt werden: so wurde z. B. in Rdnr. 475 nicht berücksichtigt, dass bereits seit längerer Zeit der Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft nach § 131 HGB nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft führt. In Rdnr. 181 wird ohne weiteren Hinweis vertreten, dass OHG und KG nicht erbfähig seien.

Verbesserungsbedürftig ist auch die Einarbeitung des LPartG. Zwar widmet *Langenfeld* dem Erbrecht des Lebenspartners einen eigenen Paragraphen. Dieser steht jedoch neben den Ausführungen zum gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrecht, statt in diese integriert zu sein und die dadurch entstehenden Probleme zu verdeutlichen. Auch vermisst man Hinweise zu Gestaltungsvarianten, die für Lebenspartner besonders interessant sein könnten.

Das insgesamt sehr positive Bild vermögen diese Kritikpunkte indes nicht zu beeinträchtigen. Das Praktikerhandbuch von *Langenfeld* bietet Rechtsanwälten und Steuerberatern, aber auch Notaren wertvolle Hilfestellung und ist eine wahre Fundgrube für die Gestaltung von letztwilligen Verfügungen. Für eine Vielzahl von in der Praxis auftretenden Beratungssituationen werden durchdachte Lösungsvorschläge unterbreitet und weiterführende Hinweise gegeben. Das Werk sollte daher zur Standardausstattung einer Handbibliothek gehören.

Notarassessor *Martin Walter*, Schweinfurt/Aschaffenburg

Schumann, Erbvertragsrecht; Rudolf Haufe Verlag GmbH & Co. KG, Freiburg; Berlin 2002, 1.200 Seiten, € 79,-

In der Reihe Berliner Kommentare“ sind im Haufe Verlag bislang insgesamt sieben Werke zu verschiedenen Rechtsgebieten veröffentlicht worden. Nach Miet- und Mietprozessrecht (*Kinne/Schach*) sowie Pflichtteilsrecht (*Gottwald*) ist *Schumanns* Erbvertragsrecht“ der dritte Teilkommentar zum BGB.

Schumann legt in seiner Einführung dar, dass der Aufbau des Buches der gesetzlichen Systematik des Erbvertrages folgen soll. Kommentiert werden deshalb § 1941 sowie die §§ 2274 bis 2302 BGB. Da aber § 2279 Abs.1 BGB die Vorschriften über letztwillige Verfügungen auch für vertragsmäßige Verfügungen für anwendbar erklärt, werden dort Vorschriften über Erbinsetzungen, Vermächtnis- und Auflegenzuwendungen

ebenso mitkommentiert wie – im Zusammenhang mit den Vermächtnissen – die Mängelhaftung beim Kaufrecht und einige Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Vorschriften des Allgemeinen Teils sind teilweise bei der Kommentierung des § 1941 BGB, der Definitionsnorm“ des Erbvertrages, mitbehandelt, z.T. im Bereich des § 2281 BGB (Anfechtung des Erbvertrages durch den Erblasser). Leider werden diese Verschachtelungen im Aufbau jedoch nicht auch im Inhaltsverzeichnis angeführt. Da zudem das Sachregister überwiegend sehr allgemein gehaltene Begriffe verwendet, erweist sich die Suche nach konkreten Ansichten *Schumanns* zu erbrechtlichen Spezialproblemen als ausgesprochen mühselig und zeitintensiv.

Die Unübersichtlichkeit des Aufbaus wird forciert, indem materiell-rechtliche Erörterungen zum Miterben- und Pflichtteilsrecht“ als für das Erbvertragsrecht relevant“ in Anhängen zu § 2278 BGB kommentiert werden. Die Ankündigung

des Autors auf Seite 32 mag für sich sprechen: *In weiteren Anhängen folgt eine Kommentierung der Einzelheiten des Eheerbvertrages und der Grundzüge des Ehegüter-, Unternehmensnachfolge- und Gesellschaftsnachfolgevertrages als mögliche Begleitverträge zum Erbvertrag. Desgleichen folgt eine Kommentierung der Grundzüge des Schenkungs-, Übergabe-, Überlassungs und Stiftungsvertrages als weitere Erbvertragszusatzverträge.*“ So überrascht es nicht, dass die Kommentierung zu § 2278 BGB – einschließlich der neun Anhänge – alleine rund 56% des 1.200 Seiten dicken Buches umfasst! Bedauerlicherweise verhindert diese thematische Verbreiterung eine adäquate Vertiefung der erbrechtlichen Probleme. Insoweit bietet Schumann kaum etwas, was man nicht schon den Ausführungen Edenhofers im Palandt entnehmen könnte.

Schumann ist Vorsitzender Richter a.D. am Landgericht Hamburg und nunmehr Rechtsanwalt in Wedel. Soweit er in seinen Vorbemerkungen einige nicht belegte Behauptungen mit Bezug auf die notarielle Tätigkeit aufstellt, muss es daher erlaubt sein, deren Richtigkeit anzuzweifeln:

So wird die geringe Zahl der zum Erbvertrag bisher ergangenen Gerichtsurteile als Beweis dafür herangezogen, dass dieser in der Praxis ein Schattendasein führe (Seite 33). Die mindestens ebenso plausible Erklärung, dass das geringe Streitpotenzial beim Erbvertrag auf die zwingend vorgeschriebene notarielle Beurkundung zurückgeführt werden könnte, wird von Schumann leider nicht in Erwägung gezogen.

Schumann behauptet weiter: *Tenor vieler Notare ist, dass einem jungen Ehepaar nicht zugemutet werden könne, sich früh auf diese Weise langfristig zu binden. Deshalb rät der Notar im allgemeinen zum gemeinschaftlichen Testament.*“ Auch für diese Behauptung bleibt er jedoch einen empirischen Nachweis schuldig.

Leider lassen andere Ausführungen den Schluss zu, dass der Autor nur über unzureichende Kenntnisse des notariellen Berufsrechtes verfügt. So postuliert Schumann (Seite 33), dass bei der Abfassung eines Erbvertrages *zugleich zu den Möglichkeiten der vorweggenommenen Erbfolge mit bestimmten steuer- und zivilrechtlichen Vorteilen beraten werden*“ müsse.

Das Befolgen einiger Gestaltungsvorschläge Schumanns würde den Notar sogar geradewegs in eine Amtspflichtverletzung führen:

Denn beim Problemkreis Sozios des beurkundenden Notars als Testamentsvollstrecker wird – unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH (vgl. MittBayNot 1997, 248) lapidar ausgeführt, die Benennung verstoße in keinem Fall gegen § 27 BeurkG (Seite 412). Die Änderung des § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG im Zuge der BNotO-Novelle wird mit keinem Wort erwähnt. Das Muster 2278-72 (Seite 802 f.) sieht dementsprechend auch den Sozios des Notars als Testamentsvollstrecker vor.

Noch bedenklicher sind allerdings die unmittelbar zuvor gemachten Ausführungen Schumanns: *Der beurkundende Notar selbst kann gem. § 27 BeurkG nicht Testamentsvollstrecker werden, wenn er sich selbst ernannt, am Nachlass selbst gewinnmäßig beteiligt oder sonst bedacht ist. Der beurkundende Notar kann jedoch vom Erblasser benannt werden.*“ Einschränkung wird – insoweit auch nur als a.A. – Reimann (DNotZ 1994, 659) für den Fall angeführt, dass der beurkundende Notar die Ernennung selbst beurkundet hat.“ Die von Schumann als Beleg angeführten Fundstellen betreffen jedoch sämtlich nicht die Ernennung des Notars in einer Verfügung von Todes wegen, sondern eine gemäß § 2200 BGB durch das Nachlassgericht vorgenommene.

Die Hoffnung des Rezensenten, die Ausführungen zur Testamentsvollstreckung seien lediglich missverständlich formuliert, aber richtig gemeint, wurde an anderer Stelle endgültig zunichte gemacht:

Schumann führt auf Seite 407 zwar noch zutreffend aus, die Ernennung des Testamentsvollstreckers könne nicht erbvertraglich vorgenommen werden, wohl aber mit einer Auflage verbunden werden. Dann aber behauptet er, nur auf diese Weise könne verhindert werden, dass der Erbe die Ernennung eines Testamentsvollstreckers widerruft. Das ist schlichtweg falsch, weil das Gesetz nur die Kündigung durch den Testamentsvollstrecker (§ 2226 BGB) bzw. seine Entlassung durch das Nachlassgericht (§ 2227 BGB) aus wichtigem Grund vorsieht. Ein Widerruf oder eine Kündigung durch den Erben ist nicht möglich, weil der Testamentsvollstrecker nach der allgemein anerkannten Amtstheorie“ weder Vertreter des Erblassers noch der Erben ist, sondern als Treuhänder Träger eines privaten Amtes zu eigenem Recht, wenn auch im fremdem Interesse (z.B. BGHZ 13, 203, 205; BGHZ 25, 275, 279).

Mögen unzureichende Kenntnisse vom Wesen der Testamentsvollstreckung auch der Grund dafür sein, dass diese in den Mustern durchweg *im Wege der beiderseitigen Erbvertragsmäßigen Auflage*“ angeordnet wird? Der Versuch, die Testamentsvollstreckung auf dem Umweg über die Auflage verträglich bindend anzuordnen, stellt eine Umgehung des § 2278 BGB und einen Verstoß gegen den erbrechtlichen Typenzwang dar.

Und um noch eins draufzusetzen, heißt es im Muster 2278-24 (Seite 418) weiter: *Ich verpflichte meine Erben, die Testamentsvollstreckerchaft einzuleiten und durchzuführen und den Testamentsvollstrecker nicht vor Ablauf der bestimmten Dauer ohne wichtigen Grund abzurufen. ... Mit der Vollziehung und Durchführung der Testamentsvollstrecker Auflage beauftrage ich den beurkundenden Notar (!), ersatzweise das Nachlassgericht, der bzw. das einen geeigneten Testamentsvollstrecker benennen soll.*“ Über diese Klausel kann man nur das vernichtende Urteil aussprechen, dass ihr Inhalt mit einer Testamentsvollstreckung nach den Vorschriften des BGB nichts gemeinsam hat! Bei Verwendung solcher Muster sollte der pflichtbewusste Notar routinemäßig das Einverständnis der Beteiligten einholen, je eine Abschrift der Urkunde an seinen Haftpflichtversicherer und den aufsichtführenden Landgerichtspräsidenten zur weiteren Veranlassung zu übersenden.

Der vorstehende Themenbereich wurde nur exemplarisch gewählt. Es würde den Rahmen einer Rezension sprengen, alle als Qualitätsmängel empfundenen Punkte des Buches aufzulisten. Eine Kritik an stilistischen Eigenheiten wäre dabei ohnehin unergiebig. Diese mögen – wie auch der Stil des Rezensenten – dem einen gut gefallen, dem anderen weniger und manchem gar nicht. Gleichwohl sollen noch wahllos ein paar der auch auf der mitgelieferten CD-ROM enthaltenen Muster herausgegriffen werden. Sie zeigen, dass Schumann Formulierungen verwendet, die auch inhaltlich nicht immer auf dem neuesten Stand oder unpräzise sind:

Weshalb Schumann den Urkundeneingang seiner Muster durchweg als *Rubrum*“ bezeichnet, bleibt ebenso unklar wie die ausdrückliche Anweisung in seinen Ehevertragsmustern (ab Seite 667), dass der Ehevertrag *unverschlossen in der amtlichen Verwahrung des amtierenden/ beurkundenden Notars verbleiben*“ solle. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, weshalb in fast allen Mustern der Notar so als *unterzeichnender/beurkundender/amtierender*“ bezeichnet wird, als ob hier das Unzutreffende zu streichen sei.

Die Pflichtteilsstrafklausel (Seite 806 f.) ordnet die Enterbung für den Fall der gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen an. Der Begriff des „Geltendmachens“ ist jedoch auslegungsbefähigt, wie Radke (ZEV 2001, 136 ff.) unlängst deutlich gemacht hat. Dessen – vor In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform noch nicht umsetzbarer – Vorschlag, auf ein *den Verzugseintritt begründendes Pflichtteilsverlangen* abzustellen, ist nunmehr vorzuziehen. Stets geklärt werden sollte dabei allerdings, ob die Sanktion auch durch das Einfordern von Pflichtteilsergänzungsansprüchen ausgelöst wird.

Eine sehr fantasievolle Konstruktion wird im Zusammenhang mit einer Auflage zur Pflege eines Haustieres (Muster 2278-20, Seite 395) angeboten: Der Erblasser ordnet an, dass bei einem unnatürlichen Tod des Tieres zu vermuten ist, dieser beruhe auf einer objektiv unsachgemäßen Haltung. Gelingt dem Erben dann nicht der Nachweis, dass der Tod des Tieres nicht in seine Verantwortungssphäre fällt, greift die zur Enterbung führende Verwirkungsklausel (Muster 2278-21, Seite 396).

Entsprechendes gilt bei Verstoß gegen eine Grabpflegeaufgabe, bei der zusätzlich noch der Friedhofsgärtner (ohne genauere Bezeichnung) zum *Auflagenvollstrecker* eingesetzt wird.

Bei seiner Verwirkungsklausel ordnet Schumann ihre entsprechende Anwendung auf die Ersatzberufenen an. Ob er dabei bedacht hat, dass er damit in den Bereich einer bedingten, mehrfach hintereinander geschalteten Nacherbfolge gelangt, ist fraglich. Deren Anordnung dem Erblasser ohne Not anzuraten, wird jedenfalls keinem Praktiker einfallen.

Unzureichend ist die Bezeichnung des Ersatzvermächtnisnehmers in Muster 2278-14 (Seite 387 f.). Dort wird einem bestimmten Tierschutzverein ein Geldvermächtnis zugewandt. Sollte dieser nicht mehr existieren, wird der Betrag *einem gleichwertigen Verein (im selben Ort) oder Umgebung* vermacht. Eine Regelung, wie und von wem der Ersatzberufene bestimmt werden soll, fehlt völlig. Auch die Frage einer Wertesicherung beim Geldvermächtnis oder dessen Begrenzung auf einen bestimmten Teil des Nachlasswertes wird mit keinem Wort problematisiert (hierzu Kornxl ZEV 2002, 142 ff. und 173 ff.).

Muster 2278-22 (Seite 403 f.) kombiniert Erbvertrag und Vorsorgevollmacht samt Patientenverfügung in einer Urkunde. Es enthält aber keinerlei Ausführungen dazu, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang den Bevollmächtigten eine Ausfertigung der Urkunde ausgehändigt werden soll. Will man den Unterhaltungseffekt vermeiden, der sich bei Vorlage einer Vollmachtsurkunde erzielen lässt, welche zugleich sämtliche erbrechtlichen Anordnungen des Vollmacht-

gebers enthält, wäre die Einschränkung auf eine auszugsweise Ausfertigung dringend anzuraten. Geregelt ist in Schumanns Vorsorgevollmacht dagegen der Fall, dass weder der Bevollmächtigte noch der benannte Ersatzbevollmächtigte *bereit oder in der Lage ist, den Vollmachtgeber zu vertreten*, wie auch immer man den Eintritt dieser Bedingung später feststellen mag. Hier soll nämlich *der Präsident des Amts-/Landgerichts (in einem bestimmten Ort) eine geeignete Person zum Bevollmächtigten bestimmen, damit keine gesetzliche Betreuung eingerichtet werden muss*.

Abschließend noch zwei Beispiele aus dem ehevertraglichen Bereich:

Dem Ratschlag Schumanns (Seite 685), beim Ehevertrag sollten *im Interesse eines Unternehmers Vereinbarungen dahingehend getroffen werden, dass ein während der Ehezeit erworbenes Unternehmen einschließlich der ihm zuzurechnenden Betriebsgrundstücke dem Anfangsvermögen zuzurechnen ist*, sollte der pflichtbewusste Notar nicht unreflektiert Folge leisten. Im Gegenteil wird dieser eindringlich auf Manipulationsmöglichkeiten hinweisen, welche mit dem Ausklammern von Betriebsvermögen oder Gesellschaftsbeteiligungen aus dem Zugewinn verbunden sind (vgl. hierzu z.B. N. Mayer, MittBayNot 1993, 342).

Bei einer auf Seite 673 angebotenen Variante der als *Unklarheitenklausel* bezeichneten salvatorischen Klausel beim Ehevertrag (Muster 2278-51) scheint der Name Programm zu sein: Danach soll nämlich an die Stelle einer ungültigen Vereinbarung eine Klausel treten, die der ursprünglichen rechtlich und wirtschaftlich am ehesten entspricht. Die Formproblematik einer solchen Fiktion ist dem Praktiker im Zusammenhang mit salvatorischen Klauseln in GmbH-Satzungen bekannt. Anders als die vereinbarte Pflicht zur Ersetzung einer unwirksamen Bestimmung kann die Fiktion einer wirksamen Klausel unbestimmten Inhaltes das Formerfordernis des § 1410 BGB nicht erfüllen.

Fazit: Es ist zu unterstellen, dass das rezensierte Buch mit den schon auf dem Markt befindlichen Werken in Wettbewerb treten soll. Es stellt aber keine gleichwertige Konkurrenz zu den etablierten Kommentaren oder Praxishandbüchern dar. Dies gilt gleichermaßen in Bezug auf wissenschaftlichen Tiefgang, Praxistauglichkeit und Übersichtlichkeit. Als Hilfsmittel für die notarielle Gestaltung eines Erbvertrages empfiehlt sich deshalb weiterhin der Griff zu *Dittmann/Reimann/Bengel, Nieder, Langenfeld* und anderen bewährten Publikationen. Die Liste der hier aufgezeigten inhaltlichen Mängel in Schumanns Erbvertragsrecht ist lang; sie ließe sich noch beliebig erweitern. Dieses Buch kann zur Anschaffung deshalb nicht empfohlen werden.

Notar Dr. Thomas Kornxl, Nürnberg

Meincke, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 13. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2002, 956 Seiten, € 75,-

Unter den immer zahlreicher werdenden Darstellungen zum Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht gehört der Kommentar von Jens Peter Meincke zu den anerkannten Klassikern, die von Praktikern und Wissenschaftlern gleichermaßen geschätzt werden. Meincke ist es auch in der Neuauflage in bewundernswürdiger Weise gelungen, die Fülle an Gesetzesände-

rungen und neuerer Rechtsprechung umfassend und zuverlässig einzuarbeiten. Der Umfang des Kommentars ist dabei im Vergleich zur Voraufgabe nahezu unverändert geblieben. Im Anhang finden sich weiterhin die wichtigsten Rechtsgrundlagen (u.a. BewG, ErbStDV, ErbStR) sowie ein Verzeichnis der für die Verwaltung der Erbschaft- und Schenkungsteuer zuständigen Finanzämter.

Meincke hat bereits seit längerem darauf hingewiesen, dass die unterschiedliche steuerliche Bewertung der einzelnen Vermögensgegenstände und die besondere Begünstigung von

Betriebsvermögen zu sachlich kaum zu rechtfertigenden Ungleichheiten bei der Besteuerung führt (siehe etwa in der Voraufgabe § 12 Rdnr. 4, § 13a Rdnr. 3). Der Bundesfinanzhof hat diese Bedenken zwischenzeitlich aufgegriffen und die Verfassungsmäßigkeit weiterer Teile des geltenden Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts in Frage gestellt (BFH, Beschluss vom 24.10.2001, II R 61/99, BStBl. II 2001, 834 = MittBayNot 2002, 63 und BFH, Beschluss vom 22.5.2002, II R 61/99 MittBayNot 2002, S. 418 in diesem Heft). *Meincke* bezeichnet die Kritik des Bundesfinanzhofs für *sehr bemerkenswert*, ohne jedoch zum möglichen Ausgang eines verfassungsrechtlichen Verfahrens weitergehend Stellung zu nehmen (§ 12 Rdnr. 6, § 13a Rdnr. 3, § 19 Rdnr. 1 und 12 und Einführung Rdnr. 6). Angesichts der gemeinsamen Bedenken am Gerechtigkeitsgehalt des derzeitigen Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts ist es bemerkenswert, dass *Meincke* die Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesfinanzhofs allgemein kritisiert. Er weist zu Recht darauf hin, dass die Entscheidungen *immer wieder die Bereitschaft zur Förderung der wissenschaftlichen Diskussion durch Auseinandersetzung mit den in der Literatur geäußerten Ansichten vermissen*“ lassen (Einführung Rdnr. 8).

Mit einem Kaufrechtsvermächtnis kann der Erblasser einer Person das Recht auf Leistung eines Nachlassgegenstandes gegen ein bestimmtes Entgelt verschaffen. Nach der neueren Auffassung des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 6.6.2001, II R 76/99, BStBl. II 2001, 605 = MittBayNot 2001, 590 mit Anm. *Wlöhholz*) ist das dem Vermächtnisnehmer zugewandte Erwerbsrecht nicht mit dem Steuerwert, sondern mit dem Verkehrswert des Kaufgegenstandes zu bewerten. Bezieht sich das Kaufrechtsvermächtnis auf ein Grundstück, ist diese Auffassung für den Erben von Vorteil. Obwohl er das zum Nachlass gehörende Grundstück nur mit dem niedrigen Grundstückswert versteuern muss, kann er die Vermächtnisverbindlichkeit in Höhe des Verkehrswerts (abzüglich der Gegenleistung) zum Abzug bringen (§ 3 Rdnr. 44, § 9 Rdnr. 13a, § 10 Rdnr. 38 und § 12 Rdnr. 23). *Meincke* sieht in dieser Rechtsprechung einen weiteren Schritt, mit dem der Verkehrswertermittlung für Grundstücke im Erbschaftsteuerrecht der Boden bereitet wird.

Grundstücksvermächtnisse werden nach allgemeiner Auffassung mit dem niedrigen Grundbesitzwert bewertet (§ 12 Rdnr. 26). Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen möchte *Meincke* daher Grundstücksvermächtnisse auch im Übrigen wie Grundstücke behandeln. Bei einem Vermächtnis, das auf die Übertragung eines im Inland gelegenen Grundstücks gerichtet ist, soll es sich beispielsweise ebenso um Inlandsvermögen handeln wie bei einem im Inland gelegenen Grundstück selbst (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ErbStG; § 121 Nr. 2 BewG). Für eine solche Ausdehnung des internationalen Anwendungsbereichs des deutschen Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts zu Lasten der Steuerpflichtigen fehlt es aber an einer gesetzlichen Grundlage. Der Sachleistungsanspruch kann dem Vermögensgegenstand nicht gleichgestellt werden (in diesem Sinne auch R 25 Abs. 2 Satz 3 ErbStR).

Der Ausgleich des Zugewinns unter Ehegatten ist steuerfrei, wenn der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft in anderer Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet wird (§ 5 Abs. 2 ErbStG). Die Finanzverwaltung geht allerdings davon aus, dass der Zugewinnausgleich dann nicht steuerfrei ist, wenn der Güterstand beibehalten wird (R 12 Abs. 3 ErbStR). *Meincke* weist zu Recht darauf hin, dass es den Ehegatten freisteht, den gesetzlichen Güterstand durch einen Ehevertrag zu beenden, den Zugewinn steuerfrei auszugleichen und anschließend den Güterstand der (modifizierten) Zugewinnsgemeinschaft neu zu begründen. Nach der überzeugenden

Auffassung von *Meincke* muss daher auch der zwischenzeitliche Ausgleich des Zugewinns bei fortbestehendem Güterstand steuerfrei sein (§ 5 Rdnr. 39, 41 und 45).

Angesichts der Kursentwicklung an den internationalen Wertpapiermärkten ist oftmals entscheidend, welcher Bewertungsstichtag für die Besteuerung maßgebend ist. Die Erbschaftsteuer richtet sich grundsätzlich nach dem Wert des Erwerbs am Todestag des Erblassers. Das gesetzliche Stichtagsprinzip kann für den Erben zu unbilligen Härten führen, wenn er Vermögenswerte versteuern muss, die er aufgrund eines nach dem Erbfall eingetretenen Wertverlustes nie realisieren konnte. *Meincke* weist kritisch darauf hin, dass die Rechtsprechung Billigkeitsmaßnahmen in der Regel selbst dann ablehnt, wenn der Erwerber aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gehindert war, im Zeitpunkt des Todes über den Vermögensgegenstand zu verfügen (§ 9 Rdnr. 11, § 11 Rdnr. 5 f.). Um eine rechtzeitige Verfügungsmöglichkeit sicherzustellen, sollte der Erblasser dem Erwerber daher nach Möglichkeit eine entsprechende Vollmacht über den Tod hinaus erteilen.

Noch nicht fällige Ansprüche aus Lebensversicherungen werden unverändert mit zwei Dritteln der eingezahlten Prämien oder dem niedrigeren Rückkaufswert bewertet (§ 12 Abs. 4 BewG). In den ersten (ca. drei) Jahren nach Vertragsabschluss ist in der Regel von einem Rückkaufswert von Null auszugehen. Danach liegt der Rückkaufswert meist über dem Wert von zwei Dritteln der eingezahlten Prämien. Der Vorschlag, die noch nicht fälligen Ansprüche aus Lebensversicherungen generell mit dem Rückkaufswert anzusetzen, ist vom Gesetzgeber bis heute nicht verwirklicht worden (§ 12 Rdnr. 87). Bemerkenswert ist, dass dieses Bewertungsprivileg bislang unter verfassungsgerichtlichen Gesichtspunkten noch nicht beanstandet worden ist. Ein Grund dafür könnte darin zu sehen sein, dass die Bewertung mit zwei Dritteln der eingezahlten Prämien nach der neueren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs wohl nur noch dann in Betracht kommt, wenn der Erwerber die noch nicht fälligen Prämien weiterbezahlt (BFH, Urteil vom 30.6.1999, II R 70/97, BStBl. II 1999, 742 = DStR 1999, 1764 mit Anm. *Viskorf*).

Die Frage nach der Behandlung von latenten Ertragsteuerlasten ist bislang weder im Erbrecht noch im Erbschaftsteuerrecht abschließend geklärt. Im Erbrecht stellt sich im Wesentlichen die Frage, inwieweit latente Steuerlasten den für die Pflichtteilsberechnung maßgeblichen Nachlasswert mindern können (siehe dazu etwa *Reimann*, WPK-Mitt. 2000, 92 [98]). Im Erbschaftsteuerrecht geht es um die Frage, ob eine erst nach dem Erbfall entstehende Steuerschuld vom Erwerber als Nachlassverbindlichkeit abgezogen werden kann. Unter Hinweis auf die andernfalls eintretende wirtschaftliche Doppelbelastung des Erwerbs mit Einkommensteuer und Erbschaftsteuer spricht sich *Meincke* zu Recht für die Abzugsfähigkeit aus (§ 10 Rdnr. 32). Demgegenüber erscheint die formale Betrachtung in älteren Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, wonach die auf die stillen Reserven entfallende Ertragssteuer eine Verbindlichkeit des Erben und nicht des Erblassers darstellt, nicht überzeugend.

Für die Übertragung von Betriebsvermögen zu Lebzeiten wird derzeit ein besonderer Freibetrag in Höhe von 256.000 Euro gewährt, wenn der Schenker dem Finanzamt gegenüber erklärt hat, dass er den Freibetrag für die Schenkung in Anspruch nimmt (§ 13a Abs. 1 Nr. 2 ErbStG). Nachdem eine teilweise Inanspruchnahme des Freibetrags nicht möglich ist (R 59 Abs. 1 Satz 4 ErbStR) und die Inanspruchnahmeerklärung nicht mehr widerrufen werden kann, hat man in der Praxis mit der Abgabe der Erklärung häufig bis zur Bestandskraft des Steuerbescheids abgewartet, um den Steuerwert des

Erwerbs richtig einschätzen zu können. Ist der Schenker allerdings in der Zwischenzeit verstorben, war eine (postmortale) Inanspruchnahme des Freibetrags nach Auffassung der Finanzverwaltung grundsätzlich nicht mehr möglich (R 58 Abs. 1 Satz 3 ErbStR). *Meincke* war demgegenüber seit jeher der Meinung, dass die Erklärung über die Inanspruchnahme des Freibetrags nach dem Tod des Schenkers auch noch vom Erwerber abgegeben werden kann (§ 13a Rdnr. 10). Dieser Auffassung hat sich der Bundesfinanzhof jetzt angeschlossen (BFH, Urteil vom 20.3.2002, II R 53/99, BStBl. II 2002, 441 = ZEV 2002, 245 mit Anm. *Ostertun/Heidemann* = ZErB 2002, 226 mit Anm. *Jlicher*).

Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geht davon aus, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts teilrechtsfähig ist. Demgegenüber gilt im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht unverändert der Grundsatz, dass eine Gesamthand weder Schenker noch Erwerber sein kann. Dieser Standpunkt mag aus Sicht der Vertragspraxis von Vorteil sein, da sich beispielsweise bei der Übertragung von Anteilen an Familienpersonengesellschaften die Steuerklasse nach dem persönlichen Verhältnis zu den Gesellschaftern und nicht nach der ungünstigen Steuerklasse III im Verhältnis zur Gesellschaft richtet. Im Hinblick auf die zivilrechtliche Prägung des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts ist jedoch kaum nachvollziehbar, dass die Gesamthand nicht als Steuersubjekt anerkannt wird. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, dass der Bundesfinanzhof eines Tages seine Rechtsprechung ändert und sich der Auffassung von *Meincke* zur Steuerpflicht der Gesellschaften bürgerlichen Rechts anschließt (§ 20 Rdnr. 4). Dafür spricht insbesondere auch, dass der Gesetzgeber nunmehr sogar nicht rechtsfähige Vermögensmassen (wie zum Beispiel trusts) als Erwerber anerkannt hat (§ 20 Abs. 1 Satz 2 ErbStG).

Die Erbschaft- und Schenkungsteuer knüpft an die durch den Vermögensübergang beim Erwerber eintretende objektive Bereicherung an. In Durchbrechung des Bereicherungsprinzips gilt für Nießbrauchs- und Rentenlasten zugunsten des Schenkers und dessen Ehegatten ein gesetzliches Abzugsverbot (§ 25 ErbStG). Als Ausgleich für das Abzugsverbot wird die auf den Kapitalwert der Belastung entfallende Steuer zinslos gestundet. Die Stundung endet u.a. dann, wenn der Berechtigte vorzeitig auf sein Recht verzichtet. In einem unentgeltlichen Verzicht sieht die Finanzverwaltung eine freigebige, und damit schenkungsteuerpflichtige Zuwendung. Dies soll ungeachtet des Umstands gelten, dass die ursprüngliche Übertragung der Vermögenssubstanz beim Erwerber so be-

steuert wurde, als ob die Belastung mit einem Nutzungs- oder Rentenrecht nicht bestanden hätte (s. H 85 Abs. 4 ErbStR). *Meincke* weist zutreffend darauf hin, dass das Erlöschen einer Belastung nicht zu Lasten des Vermögenserwerbers berücksichtigt werden kann, wenn man die Begründung der Belastung nicht steuermindernd berücksichtigt hat (§ 25 Rdnr. 15, § 10 Rdnr. 51). Demgegenüber sehen die meisten Finanzgerichte in der unterschiedlichen Behandlung keinen Wertungswiderspruch (anders jüngst aber FG Hamburg, Urteil vom 10.10.2001, III 71/01, MittBayNot 2002, 224 = ZEV 2002, 207 mit Anm. *Geck* = ZErB 2002, 162 mit Anm. *Daragen*). Es bleibt zu hoffen, dass der Bundesfinanzhof sich in den anhängigen Revisionsverfahren (Az. BFH II R 65/01 und II R 3/01) der praxisfreundlichen Auffassung von *Meincke* anschließt. Bis dahin sollte ein Verzicht auf Nießbrauchs- und Rentenrechte nur nach umfassender Prüfung der steuerlichen Auswirkungen erfolgen.

Angesichts der zunehmenden Internationalisierung der Lebens- und Vermögensverhältnisse gehören immer öfter auch Vermögenswerte im Ausland zum Nachlass. Nachdem die Beteiligten den ihnen obliegenden Anzeigepflichten nicht in allen Fällen vollständig nachkommen, versucht die Finanzverwaltung den Erwerb von Vermögenswerten im Ausland auf anderem Wege zu erfassen. Unselbstständige Niederlassungen deutscher Kreditinstitute im Ausland sollen daher in gleicher Weise wie Kreditinstitute im Inland anzeigepflichtig sein (siehe BMF, Schreiben vom 13.6.2000, DStR 2000, 1475 und BMF, Schreiben vom 21.3.2001, DB 2001, 1282). Eine Erstreckung der Anzeigepflicht auf ausländisches Hoheitsgebiet erscheint im Hinblick auf den völkerrechtlichen Gedanken der Territorialität bedenklich. In vielen ausländischen Ländern (zum Beispiel der Schweiz) hätte eine Erfüllung der Anzeigepflicht für die Betroffenen wegen der Verletzung des Bankgeheimnisses zudem zivilrechtliche bzw. strafrechtliche Sanktionen zur Folge. Die Anzeigepflicht wird von *Meincke* daher zu Recht auf inländische Kreditinstitute beschränkt (§ 33 Rdnr. 5).

Insgesamt hat es *Meincke* auch in der Neuauflage wieder verstanden, die immer komplizierter werdende Materie des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts verständlich und präzise darzustellen. Der Kommentar von *Meincke* ist unverändert ein Glanzpunkt in der steuerrechtlichen Kommentarliteratur.

Notar *Thomas Wachter*, Osterhofen

Schlieffen/Wegmann (Hrsg.), Mediation in der notariellen Praxis, Carl Heymanns Verlag, Köln/Bonn/Berlin/München 2002, 336 Seiten, € 56,-

Haft/Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, C.H. Beck Verlag, München 2002, 1474 Seiten, € 128,-

Heussen (Hrsg.), Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2002, 1048 Seiten, € 124,-

I.

Die zunehmende Beliebtheit und Bedeutung außergerichtlicher Streitbeilegung spiegelt sich auch in der steigenden

Zahl der Publikationen in diesem Bereich wider. Überlegungen zur „Alternative Dispute Resolution“ (ADR), die in den Vereinigten Staaten entwickelt wurden, werden in Deutschland gerne rezipiert und auch unter dem Begriff der „Alternativen Konfliktbewältigung“ (AKB) geführt. Das bekannteste Verfahren – die Mediation – zeichnet sich, schlagwortartig verkürzt, dadurch aus, dass ein neutraler Dritter zwischen streitenden Parteien vermittelt, um deren eigenverantwortliche Einigung zu fördern, ohne dabei über eigene Entscheidungskompetenz zu verfügen. So elegant die Mediation und andere Verfahren der AKB auf den ersten Blick erscheinen mögen, fällt doch auf, dass das Kind bereits in den Brunnen gefallen ist: die Parteien streiten sich und können den Konflikt nicht alleine lösen. Besser ist es, schon im Vorfeld anzusetzen,

um Streit erst gar nicht entstehen zu lassen. Hier setzt die Streitvermeidung an, die im rechtlichen Bereich durch den Begriff der vorsorgenden Vertragsgestaltung umschrieben werden kann und für den Notar ein noch vertrauterer Gebiet als die Konfliktvermittlung ist. Es kann daher nicht überraschen, dass unter den Autoren der zu besprechenden Werke zahlreiche Notare zu finden sind.

II.

Für den Leserkreis der MittBayNot von besonderem Interesse dürfte das Werk *Mediation in der notariellen Praxis* sein. Das Buch gliedert sich in zwei Hauptteile (allgemeine Beiträge zur Mediation und einzelne Anwendungsfelder der Mediation im Zusammenhang mit der notariellen Tätigkeit) sowie einen Anhang, in dem insbesondere das Statut des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare (SGH) und die Güteordnung der Bundesnotarkammer dokumentiert sind.

Grundlegend ist der Beitrag „Der Notar als Mediator“ von *Rieger/Mihm*. Hier finden sich zuverlässige Informationen über die notarielle Zuständigkeit, rechtliche Vorgaben, Einzelfragen des Berufsrechts sowie die Vergütung. Fazit: Für Interessierte ein geradezu idealer Einstieg in dieses Thema. Nicht zuletzt sind die Ausführungen auch von Bedeutung für die Tätigkeit des Notars als Schlichter im Rahmen des BaySchlG. Zutreffend stellen die Autoren fest, dass die isolierte Durchführung einer Mediation oder eines Schlichtungsverfahrens als Betreuung im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO zu qualifizieren sind. Daher ist der Notar auch nicht verpflichtet, diese Aufgaben nach § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO zu übernehmen. Stellt er seine Erfahrung und Qualifikation jedoch für eine Mediation zur Verfügung, kann er sich im Rahmen des § 19 BNotO nicht auf die Subsidiarität der Haftung berufen. Bei dem Streit, ob für die Gebühren auf § 147 Abs. 2 KostO oder §§ 148, 116 KostO zurückzugreifen ist, legen sich *Rieger/Mihm* nicht fest. Die Notarkasse A.d.ö.R. favorisiert in einem Schreiben, das im Anhang veröffentlicht ist, § 147 Abs. 2 KostO, wobei diese Gebühr für jede Sitzung gesondert zu erheben ist.

In seinem Beitrag „Zum verhandlungstechnischen Leitbild der Notare“ erläutert *Walz* ein realitätsnahes Konzept des Verhandeln, das er neben die beiden Extremmodelle des traditionellen Verhandeln als Kampf um Positionen und dem manchmal zu idealistisch interpretierten Ansatz der Harvard-Schule, das sich durch die Betonung der zu Grunde liegenden Interessen auszeichnet, stellt. Charakterisiert wird dieses Konzept durch den Verzicht auf weltanschauliche Vorgaben, wie Beteiligte verhandeln sollen. Realitätsnahes Verhandeln bedeutet vielmehr, auf verschiedene Situationen und Verhandlungspartner flexibel, d.h. kooperativ oder kompetitiv, zu reagieren. Für den Notar als Mediator zieht *Walz* das Fazit, dass er insbesondere dort, wo seine Dienstleistung durch Formvorschriften gesetzlich erzwungen ist, den Beteiligten kein verhandlungstechnisches Konzept vorschreiben sollte. Gefragt ist eher die verhandlungstechnische Kompetenz des Notars.

Im zweiten Hauptteil des Buchs beschreiben in erster Linie bayerische Notare die einzelnen Anwendungsfelder der Mediation im Rahmen der notariellen Tätigkeit. Die Autoren können dabei aus einem reichen Erfahrungsschatz aus der Praxis schöpfen und verbinden theoretische Konzepte der Mediation mit vielen Beispielen aus der täglichen Arbeit. *Schervier* behandelt Ehe- und Partnerschaftssachen, *Wegmann* die Lösung von betrieblichen Nachfolgeproblemen, *Heckschen* das Gesellschaftsrecht, *Fahr* Mediationsabreden in AGB und *Grziwotz* Bezüge zum Bau- und Nachbarrecht. Schon die Aufzählung dieser namhaften Autoren und das weite Spek-

trum der möglichen Tätigkeitsfelder zeigt, dass die Mediation auch im notariellen Bereich positiv aufgenommen wird.

III.

Das *Handbuch Mediation* ist mit seinen 1.474 Seiten und 62 Autoren ein wahres Kompendium zu den Fragen der Mediation. Der Autorenkreis ist berufsübergreifend zusammengesetzt. Es finden sich darunter Notare, Rechtsanwälte mit verschiedenen Spezialisierungen, Richter, Steuerberater, Patentanwälte, Professoren mehrerer Fakultäten, Psychologen, Sozialpädagogen und – last but not least – Mediatoren. Verschiedene Berufe bedingen natürlich eine Vielzahl von Meinungen und Perspektiven. Für den Leser ist dies kein Nachteil. Vielmehr macht gerade der Umstand, dass es sich nicht um ein Buch aus einem Guss handelt, den besonderen Reiz aus.

Das Buch ist in sieben Kapitel eingeteilt. Im 1. Kapitel werden Grundlagen und historische Hintergründe vermittelt. Der staunende Leser erfährt, dass die Mediation mitnichten in den siebziger Jahren in den Vereinigten Staaten erfunden wurde, sondern Grundprinzipien des Verhandeln und Vermitteln bereits in der Antike zu finden waren. Diese Erkenntnis ist zwar nicht neu, rückt aber – und dies sei ohne Ironie gesagt – die Verhältnisse zurecht: Die Ideen sind eingebettet in einen lang zurückreichenden historischen Kontext, wurden jedoch erst jetzt mit der erforderlichen Prägnanz formuliert. Das 2. Kapitel beschäftigt sich mit dem Verhandeln als Grundlage der Mediation. *Haft* arbeitet insbesondere die wichtigen Unterschiede zwischen intuitivem und rationalem Verhandeln heraus. Zum Amusement des Lesers trägt dagegen eher eine Tabelle bei, in der verschiedene Verhandlungskulturen vorgestellt werden. Der Europäer (Die Beweiskraft schriftlicher Belege wird hoch bewertet) muss erfahren, dass in Lateinamerika Folgendes gilt: Schriftliche Belege werden als hinderlich für das Verständnis allgemein gültiger Grundsätze angesehen und kaum geduldet. Im 3. Kapitel (Durchführung der Mediation) werden u.a. die gerichtsnahe und integrierte Mediation vorgestellt. Dem liegt das Konzept zu Grunde, außergerichtliche Streitbeilegung nicht als Gegensatz zum Gerichtsverfahren zu sehen, sondern Verfahren zu entwickeln, die die Vorteile beider Verfahren bündeln und einen flexiblen Übergang zwischen ihnen gestatten. Der Zusammenhang zwischen Mediation und den klassischen Berufsfeldern wird im 4. Kapitel untersucht. Von besonderem Interesse ist der Beitrag von *Walz*, der die Vertragsmediation der Notare eindrucksvoll erläutert. Umschrieben wird mit diesem (neuen) Begriff eine Mediation, bei der nicht – wie bei der Konfliktmediation – Kommunikations- bzw. Wahrnehmungsprobleme zwischen den Beteiligten im Vordergrund stehen, sondern die Überwindung von Interessengegensätzen. *Walz* zeigt im Folgenden, dass das notarielle Beurkundungsverfahren auch eine Form der Vertragsmediation ist. Das 5. Kapitel erörtert die rechtlichen Rahmenbedingungen der Mediation. Behandelt werden die Rechtsgrundlagen, die Sicherung der Vertraulichkeit, die Durchsetzbarkeit von Mediationsergebnissen, die Haftung und Honorar- bzw. Kostenfragen. Das 6. Kapitel (Arbeitsgebiete der Mediation) zeigt plastisch, dass die Mediation auch in Deutschland einen regelrechten Boom erlebt. Ausgehend vom Familienrecht umfasst das Spektrum nunmehr u.a. auch die Bereiche des Erb-, Arbeits-, Wirtschafts-, Verwaltungs-, Sozial- und des Strafrechts. Abgeschlossen wird das Buch im 7. Kapitel, das Möglichkeiten der Aus- und Weiterbildung erläutert.

IV.

Das *Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement* verfolgt das Ziel, mit Blick auf die ansteigende Kom-

plexität von Verträgen eine Brücke zwischen Managern, die für die Verhandlung oder neudeutsch für das Vertragsmanagement verantwortlich sind, und Rechtsberatern, die sich der Vertragsgestaltung widmen, zu schlagen. An größeren Projekten arbeiten in der Regel Teams, die Verständnis für die Herangehensweise und Perspektive der anderen Teilnehmer aufbringen müssen, um gute Ergebnisse zu erzielen. Unter diesem Aspekt kann das Buch durch das Konzept eines einheitlichen Vertragsdesigns helfen. Dabei wird eine Unterteilung in Austauschverträge und Gesellschaftsverträge vorgenommen, zu denen jeweils Checklisten vorgestellt werden, die im Folgenden detailliert kommentiert werden. Abgerundet werden diese Kernbereiche mit Ausführungen zu den Grundlagen des Vertragsmanagements (Planung, Design, Verhandlung, Durchführung und Controlling) sowie zu steuerlichen Bestimmungen. Weiter finden sich Beiträge, die das (eher spezielle) Verhandeln in Brüssel und die außergerichtliche Konfliktbeilegung behandeln.

Für den rechtsberatenden Notar kann es von Gewinn sein, einen Blick über den Zaun zu riskieren, indem er den 1. Teil (Vertragsmanagement) liest. Interessant sind hier vor allem die Themen Verhandlungsstil, Verhandlungsorganisation, Verhandlungsregie, Verhandlungsablauf und schwierige Verhand-

lungssituationen, da jede Beurkundung auch eine mehr oder weniger intensive Verhandlung ist. Ein Kleinod ist der Beitrag von N. Mayer/Wegmann, die auf 216 Seiten im 4. Teil des Buches (Gesellschaftsrechtliche Verträge) an Hand kurzer Checklisten alle wesentliche Fragen rund um die Satzungsgestaltung und andere typische gesellschaftsrechtliche Vorgänge prägnant beantworten. Die Autoren behandeln zunächst die allgemeinen Gestaltungsaufgaben, die sich bei jeder Gesellschaft wiederholen, und widmen sich dann den Besonderheiten bei den einzelnen Gesellschaftsformen. Dies erleichtert es dem Leser, einen schnellen Überblick zu gewinnen und sich dieses Rechtsgebiet systematisch zu erschließen.

V.

Wer sich für Mediation interessiert, dem sei in erster Linie das Buch *Mediation in der notariellen Praxis* empfohlen, da es speziell auf Notare zugeschnitten ist. Die beiden Handbücher sind allein schon aufgrund ihres doch erheblichen Umfangs als Einstiegslektüre nicht geeignet, bieten aber demjenigen, der tiefer in die Materie einsteigen will, viele aufschlussreiche Einblicke.

Notarassessor Johannes Schwarzmann, München

Müller/Hense (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der GmbH, Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2002, 1492 Seiten, € 108,-

Das GmbH-Recht steht nicht still und noch viel weniger tut dies das Steuerrecht. Mit diesem Satz aus dem Vorwort der zweiten Auflage rechtfertigen Verlag, Herausgeber und Autoren des Beck'schen Handbuchs der GmbH das Erscheinen der mittlerweile dritten Auflage dieser umfassenden Darstellung aller gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen GmbH-relevanten Themen schon drei Jahre nach Erscheinen der zweiten Auflage. In die Neuaufgabe wurden insbesondere die Änderungen durch das Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000 (BGBl. I 2000 S. 1433) mit Steuersenkungsergänzungsgesetz vom 19.12.2000 (BGBl. I 2000 S. 1812), das Steueränderungsgesetz 2001 sowie das Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetz 2002 (beide BGBl. I vom 20.12.2001) eingearbeitet. Berücksichtigt wurden ebenso die Änderungen durch das Kapitalgesellschaften- und Co-Richtliniengesetz vom 24.2.2000 (BGBl. I 2000 S. 154) sowie natürlich durch die Schuldrechtsreform. Zum Teil kann gerade im Hinblick auf die soeben genannten Steuergesetze gar nicht mehr von einer Einarbeitung gesprochen werden, da weite Teile der steuerrechtlichen Kapitel des Handbuchs von den jeweiligen Autoren komplett Neubearbeitet werden mussten. Obwohl es äußerlich nicht den Anschein hat, wurde hierdurch der Umfang des Werkes nicht unerheblich erweitert.

Verbessert wurde im Vergleich zur Voraufgabe das Inhaltsverzeichnis. Jedem Kapitel ist zwar nach wie vor ein ausführliches Inhaltsverzeichnis vorangestellt, jedoch wurde zusätzlich die bloße Inhaltsübersicht am Anfang des Buches um ein umfassendes Inhaltsverzeichnis ergänzt, was die Lektüre des Inhaltsverzeichnisses beim Suchen nach Ausführungen zu bestimmten Rechtsfragen erleichtert. Zudem wurde die starke Untergliederung des Inhaltsverzeichnisses zu Gunsten größerer Übersichtlichkeit beseitigt. Insbesondere das rasche Auf-

finden von im Handbuch bearbeiteten Problemstellungen ist zuweilen aber trotzdem nicht ganz einfach.

Die inhaltliche Gliederung des Handbuchs in 17 Paragrafen wurde beibehalten, wobei die einzelnen Kapitel den Weg einer GmbH von deren Beginn (§ 1 Rechtsformwahl, § 2 Gründung und Kapitalaufbringung) bis zu ihrem Ende (§ 16 Auflösung und Liquidation) beschreiben. In § 17 ist schließlich wegen des fortgeschrittenen und zunehmenden Konzernierungsgrades bei GmbHs das von Rechtsprechung und Lehre entwickelte GmbH-Konzernrecht enthalten. Dazwischen werden in der Tat sämtliche wesentlichen gesellschafts- und steuerrechtlichen Themen, die im Leben einer GmbH bedeutsam werden können, behandelt. Auch ist ein umfangreiches Kapitel zum Umwandlungsrecht unter Beteiligung von GmbHs (§ 14) enthalten, das zwar ein Werk zum Umwandlungsgesetz nicht ersetzt, aber vor allem für die Nicht-Steuerrechtsspezialisten angesichts der ausführlichen und verständlichen Darstellung der steuerrechtlichen Rechtsfolgen der einzelnen Umwandlungen gewinnbringend ist. Vor allem der Unterabschnitt über Alternativ- und Ersatzlösungen ist für den Notar als Berater und Vertragsgestalter von Nutzen.

Da in der notariellen Praxis der Verkauf und die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen eine große Rolle spielen, sei an dieser Stelle zu § 12 (Der Geschäftsanteil im Rechtsverkehr) noch Folgendes angemerkt: Der steuerrechtliche Teil hierzu ist im Hinblick auf die grundlegenden Änderungen durch das StSenkG mit Wirkung ab dem Jahr 2002 sehr ausführlich mit Tabellen und Beispielen dargestellt und dem gesellschaftsrechtlichen Teil wurde ein neuer Abschnitt über das Stadium der Vertragsanbahnung vorangestellt, der u. a. Ausführungen über Ansprüche aus Vertragsverhandlungen, über Aufklärungspflichten und die Prüfung einer Gesellschaft (due diligence) enthält. Die gerade aus notarieller Sicht wichtigen gesetzlichen Änderungen hinsichtlich der Rechte des Käufers bei Mängeln eines verkauften Geschäftsanteils durch die Schuldrechtsreform werden hingegen leider nur äußerst knapp und

unter Verwendung der durch die Gesetzesänderung überholten Terminologie angesprochen.

Das Beck'sche Handbuch der GmbH zählt sicher nicht zur notarspezifischen Literatur. Ausweislich des Vorworts richtet es sich in erster Linie an die Berater einer GmbH, insbesondere aus dem Kreis der Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und unternehmensberatenden Rechtsanwälte. Dementsprechend finden sich in diesem Handbuch auch keine Formulierungsmuster, die für die praktische Arbeit des Notars von Nutzen sein könnten. Auch werden zum Teil steuerrechtliche und betriebswirtschaftliche Fragen erörtert, deren Kenntnis in der dargebotenen Tiefe auch für einen Notar, der sich des öfteren der Herausforderung von Spezialfragen des GmbH-Rechts

stellen muss, wohl nicht erforderlich ist. Trotzdem stellt das Beck'sche Handbuch der GmbH eine sinnvolle Ergänzung auch der Bibliothek von Notaren dar und zwar vor allem auch für die Notare, die nicht täglich mit exotischen Rechtsfragen zur GmbH konfrontiert sind. Zum einen ermöglicht das Handbuch die vertiefte Erarbeitung des Rechts der GmbH wie ein Lehrbuch, wobei es sich von den üblichen Lehrbüchern durch die Kombination des Gesellschafts- mit dem Steuerrecht abhebt; zum anderen eignet sich das Handbuch durch die im Prinzip umfassende Darstellung der im Zusammenhang mit der GmbH vorkommenden Rechtsfragen ebenso als Nachschlagewerk.

Notarassessorin *Dr. Kathrin Maniak*, Nürnberg

Müller/Hofmann (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2002, 1770 Seiten, € 118,-

Gleichzeitig mit der dritten Auflage des Beck'schen Handbuchs der GmbH ist auch die zweite Auflage des Beck'schen Handbuchs der Personengesellschaften erschienen, die insbesondere die Änderungen des steuerlichen Umfelds von Personengesellschaften durch das Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetz, das am 1.1.2002 in Kraft getreten ist, berücksichtigt, sowie die Änderungen des zivilrechtlichen Umfelds durch die Schuldrechtsreform.

Weder die Konzeption noch die Struktur des Werkes wurden im Vergleich zur Erstauflage verändert. Verbessert wurde jedoch – wie beim Handbuch der GmbH – das Inhaltsverzeichnis. Wie bisher (vgl. zur Erstauflage *Giehl*, MittBayNot 2000, 421) ist das Beck'sche Handbuch der Personengesellschaft ein Kompendium zum Gestaltungsinstrument Personengesellschaft; da es dem Berater, wie es das Vorwort verspricht,

das gestalterische Handwerkszeug durch eine integrierte Darstellung von Gesellschafts- und Steuerrecht zu jeder Form der Personengesellschaft liefert. Das Handbuch der Personengesellschaften zeichnet sich, ebenso wie das GmbH-Handbuch, vor allem dadurch aus, dass in einem einzigen Werk umfassend alle wesentlichen rechtlichen Fragen erörtert werden, mit denen der Berater einer Personengesellschaft befasst werden kann. Darüber hinaus gibt das Handbuch auch wertvolle weiterführende Literaturhinweise.

Die Empfehlung von *Giehl* (a.a.O.) für die Erstauflage, das Werk dürfe in keiner Bibliothek eines gesellschaftsrechtlichen Beraters fehlen, kann für die Neuauflage nur wiederholt werden. Die Anschaffung des Beck'schen Handbuchs der Personengesellschaften lohnt sich nicht nur für Notare, die sich häufig als Berater solcher Gesellschaften betätigen, sondern auch und gerade für diejenigen, die auf diesem Gebiet noch wenig oder keine Erfahrung haben und sich in das Recht der Personengesellschaften einarbeiten möchten.

Notarassessorin *Dr. Kathrin Maniak*, Nürnberg

Veltins, Der Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft, Beck'sche Musterverträge Bd. 13, Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2002, 132 Seiten und 1 Diskette, € 19,50

In dem nunmehr in 2. Auflage vorliegenden Band aus der Reihe Beck'scher Musterverträge formuliert und erläutert *Michael Veltins* zwei Grundvarianten des Gesellschaftsvertrages einer klassischen Kommanditgesellschaft (für die GmbH & Co. KG wurde ein eigenständiger Band herausgebracht): den einfachen Gesellschaftsvertrag einer auf einen kleinen Gesellschafterkreis zugeschnittenen Handelsgesellschaft und den Vertrag einer Gesellschaft mit mehreren Familienstämmen und Beirat. Die beiden Muster sind sorgfältig formuliert, übersichtlich aufgebaut und behandeln umfassend die für die jeweilige Gesellschafter-Zielgruppe wesentlichen Regelungsbereiche.

Besondere Beachtung verdienen u.a. die praktikablen und gut durchdachten Regelungen der Verzinsung der Darlehenskonten [Muster I § 4 (3)], der erweiterten Auskunft- und Ein-

sichtsrechte der Kommanditisten [Muster I § 5 (3)], der an die Lebenshaltungskosten und Ertragslage anzupassenden Vergütung der Komplementäre [Muster I § 6 (2)], der Feststellung des Jahresabschlusses allein durch die Komplementäre und der zeitlichen Beschränkung etwaiger Einwendungen der Kommanditisten hiergegen [Muster I § 8 (2) und (3)].

Zu weitgehend und unscharf ist allerdings der Ausschluss des Stimmrechtes bei Interessenkonflikten [Muster I § 7 (5)], da ein solcher Ausschluss nur in ganz bestimmten Fällen einer Interessenkollision praktisch sinnvoll und auch von der Rechtsprechung gefordert ist, nämlich wenn es um Beschlussgegenstände geht, die die Person des Gesellschafters oder seine unmittelbaren Vermögensinteressen selbst betreffen. Selbst durch Auslegung nicht geklärt werden kann, ob die vorgesehene Thesaurierung von zehn Prozent des Jahresgewinnes im Falle eines zuerst vorzunehmenden Verlustausgleichs aus dem vollen oder nur aus dem nach Abdeckung des Verlustvortrags verbleibenden Gewinn vorgenommen werden muss [Muster I § 9 (2) – (4)]. Die Verpflichtung der Mitgesellschafter, einem Gesellschafterwechsel zuzustimmen, so-

fern nicht ein wichtiger Grund entgegen steht [Muster I § 10], ist praxisfremd und darüber hinaus auch streitträchtig, da für die Frage, wann in einem solchen Fall ein wichtiger Grund vorliegt, wegen der Praxisferne auch kaum auf Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann. Ähnliches gilt für die vorgeschlagene einfache Nachfolgeklausel [Muster I § 11 (1)]. Die Formulierung, die Gesellschaft werde auf unbestimmte Zeit geschlossen, steht in Widerspruch zum Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes bis zum 31.12.2008 [Muster I § 12 (1) bzw. (2)]. Die als Abfindung vorgesehene Buchwertklausel [Muster I § 13] wird zum einen häufig dem wahren Willen der Beteiligten nicht gerecht, sollte zum anderen auch um eine salvatorische Klausel dahin gehend ergänzt werden, dass unter Berücksichtigung größtmöglicher Schonung der Gesellschaft wenigstens der gesetzlich geschuldete Mindestbetrag zu gewähren ist. Dies ist deshalb nötig, weil eine Buchwertklausel insbesondere in dem bei der Gründung von Personengesellschaften häufigen Fall der Einbringung einer Einzelfirma zu Buchwerten von Anfang an nichtig sein kann, und dann anstelle einer vorsichtigen Anpassung der Buchwertabfindung auf einen zumutbaren Betrag, wie sie die Rechtsprechung bei Veränderung des Unternehmenswertes erst nach Gründung vornimmt, als Abfindung der volle Verkehrswert (going-concern-Wert) geschuldet ist.

Vorbildlich ausgestaltet sind die ausführlichen Regelungen über den Beirat in Muster II; überzeugend wirkt hier insbesondere die Regelung des Spannungsverhältnisses zu den Komplementären, welche dem Beirat gemäß § 6 abgesehen von dem üblichen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte jeweils drei Monate vor Beginn eines Geschäftsjahres einen Investitions- und Finanzplan zur Billigung vorlegen müssen, ebenso Abweichungen hiervon im laufenden Geschäftsjahr, sich wettbewerbsrelevante Tätigkeiten oder Beteiligungen von ihm genehmigen lassen müssen (§ 8), und welche ihm unaufgefordert Auskunft über alle wichtigen Angelegenheiten der Gesellschaft zu erteilen sowie den Zutritt zu allen Gesellschafterversammlungen zu gewähren haben (§ 12). Ebenso hervorzuheben sind die – in der Praxis allerdings in einer nicht kapitalistischen Kommanditgesellschaft eher selten anzutreffenden – Regelungen für unterschiedliche Familienstämme in Muster II: die Definitions- und Sukzessionsregelung des § 4, das Wahlrecht für den Beirat nach § 11 (3), das Übernahmerecht der Gesellschafter eines Stammes, wenn ein Mitglied dieses Stammes ohne Rechtsnachfolger ausscheidet nach § 22, die Vinkulierung der Anteilsübertragung zwischen

den Stämmen zugunsten der übrigen Mitglieder des betroffenen Stammes in § 18.

Neben den bereits von Muster I bekannten Schwächen lässt sich aber auch in Muster II die eine oder andere Regelung noch verbessern: Die qualifizierte Nachfolgeklausel des § 19 (1) lässt aus dem Kreis der nachfolgeberechtigten Personen höchstens zwei zu, definiert aber nicht, von wem und nach welchen Kriterien diese zu bestimmen sind. Die Motivation für die in § 23 vorgesehene Abfindungsregelung, bestehend aus dem Buchwert zuzüglich einer gewinnabhängigen, aber gleichzeitig auf 30 % des Festkapitalbetrages begrenzten Komponente kann nicht nachvollzogen werden, da hier weder eine eindeutige Buchwertorientierung noch eine Verkehrs- bzw. Ertragswertbetrachtung zu Grunde liegt. Gerade die Praxis wird aber immer auf einen der beiden Aspekte ihren Schwerpunkt legen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass eine Schiedsgerichtsabrede nach dem durch die Schiedsgerichtsnovelle neu gefassten § 1029 Abs. 2 ZPO mittlerweile auch in Form einer Vertragsklausel (Schiedsklausel) abgefasst werden kann, es also nicht mehr – wie in § 27 vorgesehen – des umständlichen Weges einer selbstständigen, außerhalb des Gesellschaftsvertrages unterzeichneten Schiedsgerichtsabrede bedarf.

Angesichts des außergewöhnlich weiten Spektrums der Struktur, Zielsetzungen und damit auch des Regelungsinhaltes des Gesellschaftsvertrages einer Kommanditgesellschaft ist es kaum möglich, im Rahmen zweier kurzer Mustertexte diese Vielfalt auch nur annähernd begreiflich zu machen. Es wäre allerdings bereits sehr viel gewonnen, wenn die – im Rahmen der Erläuterungen durchaus zu findenden – Hinweise auf weitere Gestaltungsmöglichkeiten durch entsprechende Alternativvorschläge in den Mustergesellschaftsverträgen herausgestellt würden. Entgegen der im Klappentext angepriesenen zahlreichen Varianten konnte der Verfasser nur eine einzige Variante (Kontrollrecht der Kommanditisten im Muster I) entdecken.

Die von *Veltins* vorgelegten KG-Musterverträge enthalten viele interessante und eine Reihe hervorragender Formulierungen. Dem auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts tätigen Berater ist die Anschaffung dieses Buches deshalb uneingeschränkt zu empfehlen. Nicht jede vorgeschlagene Regelung kann allerdings unbedenken übernommen werden.

Notar Dr. Christoph Giehl, Erlangen

Burandt (Hrsg.), Beck'sches Mandatshandbuch „Erbrechtliche Unternehmensnachfolge“, Verlag C.H. Beck, München 2002, 450 Seiten, € 65,-

Zielgruppe des von fünf Rechtsanwälten verfassten Werks sind nach dem Vorwort Juristen in rechtsberatenden Berufen wie Rechtsanwälte und Notare, aber auch Kammer- und Verbandsjuristen. Tatsächlich wird zumindest der bayerisch-pfälzische Notar aber aus dem Buch nur geringen Gewinn ziehen, denn es setzt Kenntnisse des Rechts der Vermögensnachfolge praktisch nicht voraus und vermittelt solche auch nur in Grundzügen.

Aber auch der Rechtsanwalt, der meint, mit dem besprochenen Werk über das nötige Rüstzeug für die Beratung im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge oder gar für die

Gestaltung entsprechender Verträge oder Testamente zu verfügen, sollte jedenfalls der Empfehlung auf S. 40 folgend mit seinem Mandanten eine Haftungsbegrenzung vereinbaren. Vor allem in den Teilen, die sich mit dem Einzelunternehmer und den Personengesellschaften befassen, werden wesentliche Probleme überhaupt nicht angesprochen, während andere viel zu kurz und teilweise fehlerhaft erörtert werden. Auch die darin enthaltenen Gestaltungsvorschläge sind mit größter Vorsicht zu genießen.

In Teil A des Buches, der mit „Allgemeine Fragen des Mandats“ überschrieben ist, werden zunächst kurz allgemeine Fragen angesprochen, die der Anwalt bei einer Mandatsübernahme berücksichtigen sollte. Etwas ausführlicher werden Rechtsanwaltsgebühren, Honorarvereinbarungen, Anwalts haftung und Rechtsschutzversicherung erörtert, bevor in § 5

auf lediglich elf Seiten allgemeine Fragen der Besteuerung von Unternehmen sowie der Erbschaft- und Schenkungsteuer angerissen werden.

Teil B befasst sich mit der Unternehmensnachfolge bei Einzelunternehmern und Personengesellschaften, wobei in acht Kapiteln nacheinander das Einzelunternehmen, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die GmbH & Co. KG, die stille Gesellschaft, die Partnerschaftsgesellschaft und die Europäische Wirtschaftliche Vereinigung abgehandelt werden.

Jedes dieser Kapitel beginnt mit allgemeinen Fragen der Mandatsannahme, wendet sich dann den erbrechtlichen Grundvoraussetzungen zu, gefolgt von einem Abschnitt über Beratung und Gestaltung vor dem Todesfall, einem Abschnitt über Beratung und Gestaltung nach dem Todesfall sowie von Gestaltungsmustern. Es schließt sich ein Kapitel über steuerliche Besonderheiten bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften an.

Entsprechend ist Teil C aufgebaut, der die Unternehmensnachfolge bei Kapitalgesellschaften erläutern soll, beginnend mit der GmbH, über die AG, die Stiftung, die Kommanditgesellschaft auf Aktien bis zur Genossenschaft, gefolgt von einem Kapitel über steuerrechtliche Besonderheiten bei Kapitalgesellschaften.

Diese Gliederung bringt es mit sich, dass allgemeine Probleme der Unternehmensnachfolge, die bei allen Rechtsformen von Bedeutung sind, wie etwa Gegenleistungen, Pflichtteilsrecht und Abfindung weichender Erben einschließlich der damit verbundenen steuerlichen Probleme, soweit zu ihnen überhaupt Stellung genommen wird, in den verschiedensten Kapiteln des Buches gesucht werden müssen, ohne dass immer klar wird, dass dieselben Fragen auch bei anderen Arten der Unternehmensnachfolge von Bedeutung sind. Warum man z.B. Ausführungen zur Leibrente und zum Dauerwohnrecht einschließlich seiner Unterschiede zum normalen Wohnungsrecht im Kapitel über die offene Handelsgesellschaft findet, leuchtet nicht ohne weiteres ein.

Die einzelnen Kapitel in dem Teil, der dem Einzelunternehmen und der Personengesellschaft gewidmet ist, sind zu kurz, als dass ihnen ausreichende Informationen für die Beratung und Gestaltung entnommen werden könnten. So wird z.B. die vorweggenommene Erbfolge beim Einzelunternehmen auf nur vier Seiten dargestellt, wovon sich wiederum der größte Teil auf die stufenweise Übergabe durch Bildung von Gesellschaften bezieht. Zur Bedeutung der Übertragung und den fatalen Folgen einer Zurückbehaltung wesentlicher Betriebsgrundlagen findet sich ebenso wenig ein Hinweis wie zu den tragischen Auswirkungen, die etwa Gleichstellungsgelder für Geschwister haben können, wenn ein negatives Kapitalkonto vorhanden ist.

Ärgerlich sind die vielen inhaltlichen Fehler, die bei den Ausführungen zur Nachfolge im Einzelunternehmen und bei der Personengesellschaft auftauchen. So behauptet der Verfasser z.B., dass dann, wenn das Unternehmen den weitaus größten Vermögensgegenstand darstelle, der Vertrag über die Unternehmensübergabe nach § 311 b Abs. 3 BGB zwingend schriftlich zu vereinbaren sei. Wenn schon nicht ein Blick in das Gesetz, so hätte doch schon ein Blick in die Kommentierung von *Heinrichs* im Ergänzungsband zum *Palandt*, Rdnr. 66, bzw. in der Kommentierung zu § 311 BGB a.F., Rdnr. 4, den Verfasser darüber aufklären können, dass § 311 b Abs. 3

BGB nur Anwendung findet, wenn der Vertrag auf die Übertragung des gesamten Vermögens in Bausch und Bogen gerichtet ist, nicht aber bei einer Veräußerung von Einzelgegenständen, selbst dann nicht, wenn diese praktisch das gesamte Vermögen ausmachen. Dass bei dem gläubigen Leser auch noch die irrige Vorstellung erweckt wird, für Verträge nach § 311 b Abs. 3 BGB sei Schriftform genügend, rundet das Bild nur noch ab.

Auch der Unterschied zwischen Erbvertrag und Erbverzicht ist dem Verfasser nicht so recht geläufig, denn er empfiehlt zur Vermeidung von Pflichtteilsansprüchen einen Erbvertrag (S. 66), der nach § 2348 BGB (!) der notariellen Form bedürfe (S. 106). Dass in der Regel ein Pflichtteilsverzicht zu empfehlen ist, wird zwar kurz erwähnt, dass aber nur der Pflichtteilsverzicht, nicht auch der Erbverzicht gegenständlich beschränkt werden kann, erfährt der Leser nicht.

Das am Ende des Kapitels über die Nachfolge im Einzelunternehmen vorgestellte Muster des Unternehmertestaments enthält überhaupt keine Erbeinsetzung, sondern empfiehlt eine Auflistung und Verteilung von Einzelgegenständen. Den Satz Mein Einzelunternehmen erhält ... bringen erfahrungsgemäß die meisten Unternehmer auch ohne juristische Beratung zu Papier, die Probleme lösen sie dabei aber genauso wenig wie das Muster des Testaments auf S. 74. Dass es in aller Regel zweckmäßig ist, den Unternehmensnachfolger als Alleinerben einzusetzen und andere Angehörige nur mit Vermächtnissen zu bedenken, wird nicht erwähnt. Die Liste der Fehler in den Kapiteln über Einzelunternehmen und Personengesellschaft ließe sich noch verlängern, soll aber, um den Umfang der Rezension nicht zu sprengen, mit dem Hinweis darauf abgeschlossen werden, dass man bei den Ausführungen über den Eintritt einer Erbengemeinschaft in die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht erfährt, dass hier eine Einzelrechtsnachfolge entsprechend den Erbquoten stattfindet.

Die Kapitel über die Kapitalgesellschaften sind wesentlich besser gelungen. Hier findet der Jurist, der sich neu in die Materie einarbeitet, brauchbare Einführungen in das Recht der einzelnen Gesellschaftsformen und auch die Unterschiede zwischen der Erbfolge bei der Personengesellschaft und der Erbfolge bei der Kapitalgesellschaft werden zutreffend erläutert. Deutlich wird hier auch die Notwendigkeit der Abstimmung zwischen Gesellschaftsvertrag und Erbfolge. Über die vorgeschlagenen Formulierungen im Einzelnen wird man, wie über jede Formulierung, streiten können, im Zusammenhang mit den hier wesentlich ausführlicheren Erläuterungen kann man ihnen aber durchaus Nutzen abgewinnen. Der wesentliche höhere Informationswert wird auch daran sichtbar, dass allein der GmbH dreiundneunzig Seiten gewidmet werden, also ebensoviel Text, wie auf Einzelunternehmen, BGB-Gesellschaft, OHG und KG zusammengerechnet entfallen.

Insgesamt hinterlässt das Werk einen zwiespältigen Eindruck. Wegen der inhaltlichen Fehler und Lücken in den Kapiteln über das Einzelunternehmen und die Personengesellschaften wird man es als Lektüre zur Einarbeitung in die Materie nicht empfehlen können, aber auch demjenigen, der bereits über vertiefte Kenntnisse verfügt, bringt die Lektüre dieser Teile keinen Gewinn. Die Kapitel zu den Kapitalgesellschaften können dem jungen Juristen, der sich in das Rechtsgebiet einarbeitet, hilfreich sein, den meisten Notaren werden sie aber wohl kaum neue Erkenntnisse vermitteln.

Notar Dr. Rüdiger Behmer, Vilseck

Jacobs, Unternehmensbesteuerung und Rechtsform, 3. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2002, XVIII und 730 Seiten, € 89,-

Das Steuerrecht beeinflusst die Vertragsgestaltung und damit die notarielle Tätigkeit bekanntlich in erheblicher Weise; dies gilt insbesondere für den Bereich des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts. Auch wenn der Notar grundsätzlich keine steuerliche Betreuung schuldet, ist ein gewisses steuerliches Verständnis sicherlich nicht von Nachteil.

Im Bereich des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts – das kann vorweggenommen werden – bietet das Werk von *Jacobs* (unter Mitarbeit von *Scheffler* und *Vituschek*) eine gute Hilfe zur Verbesserung der steuerlichen Kenntnisse und eignet sich vor allem als Nachschlagewerk, mit dem man ohne allzu großen Aufwand die Besteuerung verschiedener Gestaltungen prüfen und vergleichen kann.

Das Buch behandelt die Besteuerung von Einzelunternehmen, Kapitalgesellschaften, gewerblichen Personengesellschaften und Mischformen, wie die GmbH & Co. KG, die Betriebsaufspaltung, die stille Gesellschaft, die Unterbeteiligung sowie Besonderheiten bei Familiengesellschaften und -stiftungen.

Nach einer allgemeinen Einführung (127 Seiten) wird die Besteuerung der vorgenannten Unternehmen im Rahmen der laufenden Geschäftsvorgänge (218 Seiten) und sodann die Besteuerung aperiodischer Geschäftsvorgänge (Gründung, Beendigung, Umwandlung, Einbringung, Übertragung; 156 Seiten) dargestellt. Anschließend folgen auf der Grundlage der vorhergehenden Ausführungen Gestaltungsempfehlungen für die Steuerplanung, insbesondere Überlegungen zur Rechtsformwahl unter verschiedenen steuerlichen Aspekten (161 Seiten).

Das Buch befindet sich auf dem Stand vom Januar 2002, so dass insbesondere die Unternehmensteuerreform zum heute geltenden Stand bereits vollumfänglich berücksichtigt ist.

Die Kompliziertheit des heutigen Steuerrechts zeigt sich nicht zuletzt daran, dass es trotz des nicht geringen Umfangs des Werks nur eingeschränkt möglich ist, auf den insgesamt über 700 Seiten auch die systematischen Zusammenhänge näher zu erläutern, Meinungsstreitigkeiten zu diskutieren und die dargestellten Rechtsfolgen eingehender zu begründen. Die Besteuerung wird vielmehr primär ergebnisorientiert und knapp präsentiert. Zu Grunde gelegt wird dabei in erster Linie die Auffassung von Rechtsprechung und Finanzverwaltung, doch kommen auch weiterführende Schrifttumsverweise nicht zu kurz. Zur Verständlichkeit der Ausführungen trägt vor allem die Behandlung zahlreicher praxisrelevanter Beispielfälle bei.

Ausweislich des Vorworts versteht sich das Buch deshalb auch als Anwendungshilfe für die Beraterpraxis. Für die konkrete Ausformulierung von Verträgen bietet das Buch allerdings weniger Hilfestellung.

Soweit sich dies mit den beschränkten steuerlichen Kenntnissen des Rezensenten beurteilen lässt, handelt es sich um eine ausgesprochen kompetente Darstellung des Unternehmenssteuerrechts.

Deshalb: Wer ein Nachschlagewerk sucht, welches die verschiedenen Besteuerungssachverhalte im Leben eines Unternehmens – anders als ein Kommentar – im sachlichen Zusammenhang untersucht und vergleicht, dem kann die Anschaffung des *Jacobs*‘hur empfohlen werden.

Notar *Dr. Gerald Weigl*, Heilsbronn

Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, Kostenordnung (KostO), Verlag Franz Vahlen, München, 15. Auflage 2002, 1311 Seiten, € 118,-

1. Nach nur drei Jahren liegt nunmehr bereits die Neuauflage des insbesondere im Notariat weit verbreiteten *Korintenberg*“ vor. Der Umfang hat seitdem um 120 Seiten zugenommen, die übersichtliche äußere Gestaltung mit einem sehr gut lesbaren Schriftbild wurde beibehalten. Das Gleiche gilt auch für die ausführlichen Gliederungsübersichten und besonderen Stichwortverzeichnisse, die den umfangreicheren Kommentierungen von Einzelparagrafen vorangestellt werden und die schnelle Benutzung sehr erleichtern; insoweit kann der Rezension von *Klein* (DNotZ 1997, 352) nicht gefolgt werden: Gerade die Verzahnung von sachlicher Information und den Hilfsmitteln zu deren Auffindung ist bei den Printmedien“wichtiger denn je, sind sie bei der Recherche doch den elektronischen Medien naturgemäß unterlegen.

Die in der Voraufgabe nur“als Mitarbeiter benannten *Heinrich Hellstab*, *Dr. Henning Schwarz* und *Werner Tiedtke* sind nunmehr bei denen von ihnen bearbeiteten Stellen ausdrücklich genannt: *Schwarz* hat insbesondere die Kommentierung der bislang überwiegend von *Reimann* bearbeiteten §§ 18, 21 bis 25, 38, 45, 55a bis 59, 133, 144, 144a, 153 KostO übernommen. *Tiedtke* erläutert zusammen mit *Bengel* die bislang von diesem allein erörterten Paragrafen und beide zusammen jetzt auch die in der Voraufgabe von *Reimann* betreuten §§ 26

bis 29 und 147 KostO. Der teils von *Hellstab*, teils von *Tiedtke* bearbeitete Anhang wurde wesentlich erweitert und enthält insbesondere nun das Auslandskostenengesetz, die Auslandskostenverordnung und – mit sicher zunehmender Bedeutung – die EuGH-Handelsregistereintragsgebühren. Die nunmehr auch von *Reimann* mitverfasste Einführung wurde ebenfalls wesentlich vertieft, wobei sich *Reimann* insbesondere mit der Wertgebühr und ihrer Rechtfertigung eingehend auseinandersetzt (Einführung Rdnr. 29–39). Von den seit der Voraufgabe erlassenen Gesetzen war sicher das Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16.2.2001 das bekannteste (vgl. dazu etwa § 39 Rdnr. 125 f.).

2. Es hieße Eulen nach Athen tragen;“wollte man in dieser Zeitschrift den *Korintenberg*“ erst noch vorstellen. Jedoch zu einigen Details:

Die Kommentierung ist – auch bei schwierigen Fragen – sehr gut lesbar. Man spürt an allen Stellen, dass hier Kenner der Materie am Werke waren. Auch aktuelle Problemstellungen werden behandelt. So wird die Frage bejaht, ob der Notar für seine Kostenansprüche künftig *Verzugszinsen* nach den §§ 286 ff. BGB verlangen kann (§ 154 Rdnr. 4a, offen gelassen allerdings in § 17 Rdnr. 38). Dies wird zutreffend mit einem Gegenschluss zu dem neu eingefügten § 17 Abs. 4 KostO begründet, welcher nunmehr normiert, dass Ansprüche auf Zahlung oder Rückerstattung von Kosten nicht verzinst werden, der aber nach der ausdrücklichen Regelung in § 143 Abs. 1 KostO für Gebührennotare gerade nicht gilt (unzutreffend

daher die Kritik von *Hertel* in DNotI-Report 2002, 127, der die Kommentierung in § 154 Rdnr. 4a übersehen hat).

Auch sind alle wesentlichen Entscheidungen eingearbeitet. Beim *Landwirtschaftsprivileg* des § 19 Abs. 4 KostO konnte allerdings die neue Entscheidung des BayObLG (MittBayNot 2001, 495 = NJW-RR 2001, 1366) nicht mehr berücksichtigt werden, die sich mit der Frage der *Mindestgröße* für die Anwendbarkeit dieser Privilegierung beschäftigt. Bei der Übergabe eines Hofes von 4,5 ha hat das BayObLG ausdrücklich die im *Korintenberg* bereits in der Voraufgabe vertretene Auffassung (jetzt § 19 Rdnr. 83) bestätigt, dass für die Beurteilung der erforderlichen Betriebsgröße auf die einschlägigen landwirtschaftlichen Gesetze gleicher Zielsetzung, z.B. auf das Gesetz über die Altershilfe für Landwirte – GAL – vom 14.9.1965, jetzt ALG, abzustellen sei. Diese schaffen allerdings nur Anhaltspunkte für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO, eine strikte Bindung an eine Mindestgröße besteht nicht. Die Privilegierung kommt nach der Rechtsprechung nur dann in Betracht, wenn der Betrieb den Unterhalt einer bäuerlichen Familie ganz oder teilweise sichern kann. Die Einkünfte aus dem Betrieb müssen jedenfalls den Grundstock des Familienunterhalts bilden (BayObLG a.a.O.; BayObLGZ 1992, 231; FamRZ 1997, 831). Aber: von 4,5 ha Landwirtschaft kann in Bayern niemand mehr leben, wenn es sich nicht um Sonderkulturen wie Spargel, Tabak oder Wein handelt. Hier wäre ein Blick des Gerichts auf die Rechtsprechung zum Ertragswertprivileg beim Pflichtteil angebracht gewesen (vgl. zum Streitstand und den dazu vertretenen Ansätzen *Hausmann*, Die Vererbung von Landgütern nach dem BGB, 2000, S. 114 ff.; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2002, § 2312 Rdnr. 9). Während die Notare in Kenntnis der Landwirtschaft und ihrer Probleme den § 19 Abs. 4 KostO relativ großzügig auslegen, verblüfft die Praxis der bayerischen Nachlassgerichte: Wählen Ehegatten die Form des Berliner Testaments (§ 2269 BGB) und setzen erst nach beider Tod eines ihrer Kinder zum Hoferben ein, an den aber das Anwesen bereits beim Tod des erstversterbenden Elternteils verpachtet ist, so soll im ersten Erbfall das Landwirtschaftsprivileg des § 19 Abs. 4 KostO nicht eingreifen, weil es an der erforderlichen Fortführungsabsicht fehle. Dies ist sachlich nicht gerechtfertigt, da etwa bei § 2312 BGB anerkannt ist, dass eine Verpachtung der Landguteigenschaft nicht schadet, wenn zumindest die Wiederaufnahmeabsicht für die Betriebsfortführung bei den Abkömmlingen vorliegt (*Staudinger/J. Mayer*, 1997, Art. 137 Rdnr. 48 m.w.N.). Zu rechtspolitischen Fiktionen führt das Ganze, wenn andererseits die bayerische Staatsregierung für eine Ausweitung des Landwirtschaftsprivilegs dahin gehend eintritt, dass abweichend von der ganz h.M. (*Korintenberg* § 39 Rdnr. 96; *Reimann* DNotZ 1990, 668) das Austauschprinzip des § 39 Abs. 2 KostO de lege ferenda abgeschafft werden soll.

Die in früheren Rezensionen (etwa *Schmidt*, MittBayNot 2000, 30, 31) beklagte fehlende Systematisierung und Analyse der gerade im Kostenrecht oft verwirrenden, ja sich miteinander widersprechenden obergerichtlichen Entscheidungen konnte ich so nicht feststellen. So vertreten etwa *Bengel/Tiedtke* zu der äußerst umstrittenen Frage, ob die Beschaffung von *Lastenfreistellungserklärungen* ohne Anfertigung eines Entwurfs bei einer Grundstücksveräußerung eine Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO oder nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst, einen klaren Standpunkt: Zutreffend stellen sie für die Problemlösung auf das *materielle Recht* ab: Das Grundbuchamt muss grundsätzlich die Eigentumsumschreibung auch dann vornehmen, wenn die nach der schuldrechtlichen Vereinbarung an sich geschuldete vertragsgemäße Lastenfreistellung noch nicht erreicht ist. Dementsprechend kann es sich

bei der Erholung der zur Lastenfreistellung erforderlichen Erklärungen nicht um eine Vollzugstätigkeit iS von § 146 Abs. 1, 1. HS. KostO handeln, denn die dort gebrauchte Wendung zum Zwecke des Vollzugs des Geschäfts“meint die Veräußerung, und diese betrifft nach zivilrechtlichem Sprachgebrauch das dingliche Erfüllungsgeschäft. Demnach ist nur Raum für die Anwendung von § 147 Abs. 2 KostO (*Bengel/Tiedtke*, a.a.O., § 147 Rdnr. 95). Im Übrigen wird die durch die ZPO-Novelle geschaffene Divergenzvorlage zum BGH mittelfristig für eine Bereinigung der Meinungsvielfalt unter den Obergerichten sorgen.

Zugleich macht das genannte Beispiel deutlich, dass die eigentliche Problematik einer richtigen Anwendung des Kostenrechts zunächst einmal darin liegt, das zu Grunde liegende materielle Recht zutreffend zu erfassen und darauf die in ihrer Handhabung nicht gerade einfache Kostenordnung anzuwenden. Dieses Ineinandergreifen beider Rechtsgebiete ist das eigentlich Schwierige, aber sicherlich auch das Reizvolle an dieser Materie. Der Kommentator steht dabei zusätzlich vor dem Problem, dass nur ein ganz beschränkter Platz zur Verfügung steht. Dass aber beides möglich ist, zeigen eindrucksvoll die Ausführungen von *Bengel/Tiedtke* zu § 39 Rdnr. 86 ff. zu den *gesellschaftsrechtlichen Rahmenverträgen* (Konsortialvertrag, Kooperationsvereinbarung, Poolvertrag u.ä.) und zu Verträgen und Plänen nach dem *Umwandlungsgesetz* (§ 39 Rdnr. 142 bis 148). Zur Verschmelzung mehrerer Rechtsträger auf einen bestehenden oder neu gegründeten vertreten *Bengel/Tiedtke* (§ 39 Rdnr. 145 im Anschluss an *Tiedtke* ZNotP 2001, 226, 260) dabei die Auffassung, dass der Höchstwert von 5 Mio. Euro nach § 39 Abs. 4 KostO dann nur einmal angesetzt werden darf, wenn die Verschmelzungen eine Rechtseinheit bilden, also die eine Verschmelzung in ihrer Wirksamkeit unabdingbar von der anderen abhängig ist. Dies gilt aber nicht, wenn sie rechtlich völlig unabhängig sind, was sich insbesondere an der getrennten Vollzugsfähigkeit zeigt. Die Beurkundung in einer Urkunde, etwa weil der aufnehmende Rechtsträger der Gleiche ist, ist kein Unterscheidungskriterium, kann aber immerhin noch einen Degressionsvorteil der einheitlich zu gewährenden Gebühr (§ 44 Abs. 2a KostO) bieten.

Von den Höhen des Umwandlungsrechts zurück in die einfache Praxis des *Verkaufs gemeindlicher Grundstücke*: Dieser zunächst einfach anmutende Vorgang weist erhebliche Schwierigkeiten in zivil- und öffentlich-rechtlicher Hinsicht (dazu erst unlängst *Grziwotz* ZNotP 2002, 291) auf. Kostenrechtlich potenzieren sich diese gleichsam: Wer sie lösen kann, hat gleichsam das kleine Latium des Kostenrechts bestanden; auch dabei hilft der *Korintenberg*. Dies gilt zum einen bezüglich der Erschließungskosten, bei der zwischen der Übernahme bereits in der Person des Verkäufers entstandener Erschließungskosten und einer bloßen vertraglichen Vorauszahlungsverpflichtung auf die erst künftig anfallenden zu unterscheiden ist (dazu s. § 20 Rdnr. 28 und BayObLG, MittBayNot 1998, 370 mit zu Recht kritischer Anmerkung von *Grziwotz*). Nicht im gebotenen Umfang erörtert wird leider die kostenrechtliche Behandlung der in der Praxis häufigen echten *Ablösevereinbarungen* (etwa nach § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB), die eben mehr als eine bloße vertragliche Vorauszahlung“auf die Erschließungskosten sind (daher nicht klar die Erläuterungen zu § 30 Rdnr. 34a), sondern diese sachlich gar nicht entstehen lassen und zwar grundsätzlich auch dann, wenn die satzungsmäßig festgelegten Erschließungskosten höher sind, als die durch die Ablösung vereinbarten. Ausführlich dargestellt werden aber die in solchen Kaufverträgen meist vereinbarten Bauverpflichtungen, Wiederkaufsrechte (§ 20 Rdnr. 26 f., § 30 Rdnr. 15 ff.) und Einheimischenmodelle mit ihren verschiedenen Spielarten (dazu § 20 Rdnr. 45 ff., § 30 Rdnr. 19).

Mitunter hätte man sich allerdings auch eine *deutlichere Stellungnahme* gewünscht, so etwa zum *Wirksamkeitsvermerk* als Ersatzlösung zum Rangrücktritt der Eigentumsvormerkung des Erwerbers hinter seine Finanzierungsgrundpfandrechte: *Lappe* zählt hier nur eine Reihe der ergangenen Entscheidungen auf (§ 62 Rdnr. 18), enthält sich jedoch jeder Wertung. Dabei wird von den Obergerichten ein gebührenfreies Nebengeschäft (§ 35 KostO) dann verneint, wenn zeitlich nach der Eigentumsvormerkung das Grundpfandrecht eingetragen wird (BayObLG, MittBayNot 2001, 414 = Rpfleger 2001, 459); aber dies sind gerade die Fälle, auf die es in der Praxis ankommt. Der *Wirksamkeitsvermerk* ist daher – zumindest in Bayern – tot! Auch zu § 55a KostO hätte man eine deutlichere Aussage erwartet, ob die dort ausgesprochene Gebührenfreiheit gerade bei den besonders haftungsträchtigen Beurkundungen im Zusammenhang mit Unterhaltsansprüchen auch für den Gebührennotar gilt. *Schwarz* lässt diese Frage offen (§ 55a Rdnr. 2).

3. Fazit: Der *Korintenberg* steht an der Wende zum „Großkommentar“: Und dies nicht nur wegen seines physischen Umfangs. Gerade nach der Einführung der Divergenzvorlage an den BGH ist zu erwarten, dass sich die Rechtsprechung ge-

rade den kostenrechtlichen Grundsatzfragen häufiger stellen muss, was auch der Kommentierung neue Impulse geben wird. Daher sollte der Kommentar auf solche grundsätzlichen Probleme in einer Neuaufgabe verstärkt eingehen. So wird im Vorwort selbst die Frage aufgeworfen, ob bei der Problemabwägung auf die juristische oder wirtschaftliche Lösung abzustellen sei – im Kommentar selbst wird dies aber nicht thematisiert. Eine weitere grundsätzliche Frage ist, ob eine analoge Anwendung von Kostenvorschriften zu Lasten des Kostenschuldners überhaupt zulässig ist, denn er muss sich auf seine Kostenbelastung einstellen können. Zu Recht haben daher *Bengel* und *Tiedtke* (§ 146 Rdnr. 8) ihre früher vertretene Auffassung aufgegeben, dass entgegen dem Wortlaut des § 146 Abs. 1 S. 1 KostO für die Einholung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung bei der Einräumung eines Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts (§ 31 WEG) eine Vollzugsgebühr anfällt.

Alles in allem ist der *Korintenberg* aber schon jetzt der „Klassiker“ unter den Kommentaren zur Kostenordnung und für jeden unverzichtbar, der sich qualifiziert mit dieser eher spröden Rechtsmaterie beschäftigen will.

Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

Waldner, Die Kostenordnung für Anfänger, Verlag C.H. Beck, München, 6. Auflage 2002, 176 Seiten, € 20,-

Im Juni 2002 ist das Buch von *Wolfram Waldner* „Die Kostenordnung für Anfänger“ in der 6. Auflage erschienen. Das Buch gibt einen grundlegenden Überblick über das notarielle Kostenrecht und ist in besonderer Weise geeignet, beim Einstieg in diese Materie zu helfen. Neben Erläuterungen, die die Anwendung kostenrechtlicher Bestimmungen vor dem Hintergrund materieller und formeller Rechtsvorschriften verdeutlichen, sind solche Ausführungen des Verfassers hervorzuheben, durch die in klare Worte gekleidet wird, was in sonstigen Werken der Kostenrechtsliteratur entweder gar nicht oder nur zwischen den Zeilen zu lesen ist. Diese Ausführungen vermitteln wertvolles Hintergrundwissen und tragen damit zum besseren Verständnis und zur leichteren Erlernbarkeit des notariellen Kostenrechtes bei.

Der Titel des Buches lässt zwar zunächst darauf schließen, dass nur fundamentale Kenntnisse des Kostenrechtes vermittelt werden sollen, bei näherer Betrachtung reicht dessen Inhalt jedoch darüber hinaus. So wird anhand von nahezu 100 Bewertungsbeispielen die kostenrechtliche Behandlung vieler in der notariellen Praxis auftretender Rechtsgeschäfte und Sachverhalte aufgezeigt. Die Beispielfälle, die vielfach aufeinander aufbauen, sind dabei wohlbedacht ausgewählt. Sie beschränken sich nicht nur auf einfach zu bewertende Sachverhalte, sondern behandeln auch Fälle, die nicht selten dem fortgeschrittenen Anwender des Kostenrechtes Probleme bereiten können. Auch alte Hasen sollten sich nicht scheuen in Zweifelsfragen einen Blick in dieses für Anfänger geschaffene Buch zu werfen. Vereinzelt werden darin Problempunkte und Sachverhalte angesprochen, die in manch umfangreichem Werk nicht aufzufinden sind.

Die 6. Auflage berücksichtigt naturgemäß die Umstellung des Kostenrechtes auf Euro, aber auch Gesetzesänderungen wie die Umgestaltung des Verjährungsrechtes, die Bewertung von Bescheinigungen nach § 21 BNotO und die Behandlung von Notarkostenbeschwerden werden darin abgehandelt. Zu Gunsten neuer Abschnitte wurden Ausführungen zu selten gewordenen oder immer schon selten gewesenen Geschäften (z.B. Änderung der Zins- und Zahlungsbestimmungen einer Hypothek oder vollstreckbarer Anwaltsvergleich) gestrichen.

Mit etwa einer $\frac{3}{4}$ -Seite als zu knapp bemessen erscheinen die Ausführungen zur kostenrechtlichen Behandlung von Umwandlungsvorgängen bei Gesellschaften. Zwar gehört es zur erklärten Absicht des Verfassers, ein unkontrolliertes Anwachsen des Buchumfanges zu vermeiden, doch wären gerade in diesem Punkt erweiterte Ausführungen und das eine oder andere Bewertungsbeispiel wünschenswert gewesen. Schließlich sind Umwandlungsvorgänge in der notariellen Praxis von nicht unerheblicher Bedeutung.

Ein Wermutstropfen findet sich, wie bereits in den Voraufgaben, in der äußeren Gestaltung der einzelnen Kapitel. Die vermehrte Einfügung von Absätzen oder Leerzeilen würde hier zur besseren Übersicht und Lesbarkeit des Werkes beitragen. Auch hätten sich Überschriften bei den Beispielen auf der Suche nach bestimmten Bewertungsfällen sicherlich als hilfreich erwiesen.

Mit dem Buch ist es dem Verfasser gelungen, die wesentlichen Grundlagen des Kostenrechtes praxisnah und verständlich darzustellen. Den gestellten Anforderungen, dem Einsteiger in das Kostenrecht einen Überblick über das Notarkostenrecht zu verschaffen, wird das Buch ohne jeden Zweifel gerecht. Es ist sowohl zu Ausbildungszwecken als auch für die Arbeit im Notariat zu empfehlen.

Amtmann i.N. Peter Wagner, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 413 (EGBGB Art. 229 § 5) (*Nachfristsetzung durch Zessionar auch nach Sicherungsabtretung des Anspruchs*)

Durch eine Sicherungsabtretung verliert der Zedent regelmäßig nicht die Befugnis, eine Nachfrist zur Erfüllung des Vertrages mit Ablehnungsandrohung zu setzen.

BGB §§ 284, 285 (EGBGB Art. 229 § 5)

Der zur Beschaffung der Baugenehmigung verpflichtete Unternehmer haftet für die von ihm zu vertretende Verzögerung der Baugenehmigung und der Baufreigabe.

BGH, Urteil vom 17.1.2002 – VII ZR 490/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt wegen nicht rechtzeitiger Fertigstellung einer Eigentumswohnung von der Beklagten Rückabwicklung des Vertrages sowie weiteren Schadensersatz.

Am 19.9.1997 schlossen die Parteien einen notariellen Vertrag über den Erwerb einer von der Beklagten noch zu sanierenden Eigentumswohnung durch die Klägerin. In § 1 Nr. 1 wird darauf hingewiesen, dass die Baugenehmigung noch nicht erteilt ist. § 9 Nr. 1 enthält folgende Regelung:

Der Verkäufer verpflichtet sich, das Bauvorhaben zügig abzuwickeln und den Kaufgegenstand voraussichtlich bis zum 30.9.1998 bezugsfertig zu erstellen.

Dieser voraussichtliche Termin verlängert sich um die vom Arbeitsamt anerkannten Schlechtwettertage – soweit an diesen nicht gearbeitet werden kann – sowie um etwaige Verzögerungen, die beruhen auf Streik, Aussperrung, höhere Gewalt oder andere für den Verkäufer unabwendbare oder vom Käufer zu vertretende Umstände.“

Gemäß § 13 richten sich Rücktrittsrechte nach den gesetzlichen Bestimmungen, wobei die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beiderseits vorbehalten bleibt.

Die von der Beklagten am 4.9.1997 beantragte Baugenehmigung wurde am 24.4.1998, der Baufreigabeschein am 13.1.1999 erteilt. Mit Schreiben vom 14.9.1998 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass der Fertigstellungstermin vom 30.9.1998 nicht eingehalten werden könne und sie eine Toleranzzeit von zwei Monaten in Anspruch nehme. Die Klägerin setzte der Beklagten mit Schreiben vom 30.12.1998 eine Frist zur Vollendung der Bezugsfertigkeit bis 28.2.1999 und mit Schreiben vom 15.3.1999 eine weitere Frist bis zum 31.3.1999. Nach Fristablauf werde sie die Leistung ablehnen. Mit Schreiben vom 18.6.1999 erklärte sie den Rücktritt vom Vertrag und forderte die Rückzahlung des Erwerbspreises sowie weiteren Schadensersatz.

Zur Finanzierung des Objekts hatte die Klägerin mit der H.-Bank einen Darlehensvertrag geschlossen und dieser sämtliche Rechte und Ansprüche aus dem Vertrag abgetreten, begrenzt auf die Ansprüche, die der H.-Bank aus dem Darlehensvertrag zustanden.

Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung von 179.728,88 DM Zug um Zug gegen Rückgabe einer näher bezeichneten Bürgschaft stattgegeben. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision.

Aus den Gründen:

(...)

Maßgeblich ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung (Art. 229 § 5 EGBGB). Die

Klägerin kann von der Beklagten Rückabwicklung des Vertrages sowie Ersatz des weiteren Schadens gemäß § 326 BGB verlangen.

1. Die Klägerin war trotz der Abtretung der Ansprüche aus dem Vertrag an die H.-Bank zur Durchsetzung ihrer vertraglichen Rechte berechtigt.

a) Die Abtretung war eine Sicherungsabtretung. Im Darlehensvertrag wird auf die Abtretung Bezug genommen. Nach der Abtretungsvereinbarung sollte die H.-Bank nicht die Möglichkeit der sofortigen Befriedigung ihrer nur auf ratenweise Rückzahlung gerichteten Darlehensforderung erhalten. Das wird durch die Erklärung der H.-Bank vom 5.10.1999 bestätigt, wonach die Abtretung ausschließlich der finanziellen Absicherung des Darlehens dienen sollte.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die Klägerin befugt, eine Nachfrist zur Erfüllung des Vertrages mit Ablehnungsandrohung zu setzen. Dieses Recht hat sie durch die Sicherungsabtretung nicht verloren. Die vertraglichen Gestaltungsrechte verbleiben, wie auch die Befugnis, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen (BGH, Urteil vom 23.3.1999 – VI ZR 101/98, NJW 1999, 2110 = BGHR BGB § 398 Sicherungsabtretung 6), beim Zedenten, sofern nicht der Inhalt der Sicherungsabrede, welche der Zession zu Grunde liegt, dem entgegensteht (*Staudinger/Busche* (1999) § 413 Rdnr. 13). Letzteres ist hier nicht der Fall. Nach dem Inhalt der Sicherungsabrede dient die Abtretung der Sicherung der Darlehensforderung der Bank. Dieser Sicherungszweck wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass die Klägerin nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung den Vertrag in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet. Dadurch erwirbt die Bank den Schadensersatzanspruch, der sie nunmehr absichert.

c) Es ist nicht entscheidungserheblich, ob ursprünglich eine stille Zession vorlag oder ob die Abtretung offengelegt wurde. Bei einer stillen Zession ist der Zedent berechtigt, Leistung an sich selbst zu verlangen. Bei offener Abtretung muss er Leistung an den Zessionar verlangen (BGH, Urteil vom 23.3.1999 – VI ZR 101/98 a.a.O.).

2. Die Voraussetzungen des § 326 BGB liegen vor.

a) Die Leistung der Beklagten war spätestens am 28.2.1999 fällig.

Ein Unternehmer stellt dann ein Werk nicht rechtzeitig her, wenn er die für die Ablieferung bestimmte Frist überschreitet. Diese Frist kann sich aus der Parteivereinbarung oder den Umständen ergeben (§ 271 BGB). Der Wortlaut des Vertrages, die für die Herstellung notwendige Zeit und die besonderen Umstände des Einzelfalls sind heranzuziehen (BGH, Urteil vom 8.3.2001 – VII ZR 470/99, BauR 2001, 946 = ZfBR 2001, 322).

Die Beklagte hatte sich in § 9 Nr. 1 Abs. 1 des Vertrags verpflichtet, das Objekt voraussichtlich bis zum 30.9.1998 bezugsfertig zu erstellen. Dabei kann offen bleiben, ob der Termin vom 30.9.1998 verbindlich vereinbart sein sollte und nur bei Vorliegen unabwendbarer oder von der Klägerin zu vertretender Umstände (§ 9 Nr. 1 Abs. 2 des Vertrags) überschritten werden durfte oder ob durch die Verwendung des Wortes „voraussichtlich“ der Beklagten ein zeitlicher Spielraum zu-

gestanden werden sollte. Denn auch in diesem Fall war die Herstellungsfrist spätestens am 28.2.1999, mithin fünf Monate nach dem 30.9.1998, abgelaufen. Hiervon geht das Landgericht zu Recht aus. Die für die Herstellung notwendige Zeit betrug nach dem Vortrag der Beklagten zwölf Monate. In ihrem Schreiben vom 14.9.1998 hat sie eine Toleranzzeit von noch zwei Monaten für sich in Anspruch genommen. Dass einer der in § 9 Nr. 1 Abs. 2 des Vertrages genannten Fälle vorgelegen hätte, macht sie nicht geltend.

b) Die Klägerin hat mit ihrem Schreiben vom 15.3.1999 eine mit einer Ablehnungsandrohung verbundene Frist bis zum 31.3.1999 gesetzt. Diese Frist ist fruchtlos abgelaufen.

Die Beklagte hat zu vertreten, dass sie ihre Leistung nicht fristgerecht erbracht hat. Sie hatte es als vertragliche Pflicht übernommen, Baugenehmigung und Baufreigabeschein beizubringen. Dem ist sie nicht nachgekommen. Dafür muss sie einstehen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.3.1974 - VII ZR 139/71, BauR 74, 274, 275 = NJW 74, 1080 steht dem nicht entgegen. Dieser Entscheidung lag zu Grunde, dass der Auftraggeber für die Erteilung der Baugenehmigung zu sorgen hatte.

c) Die Beklagte hat zwar vorgetragen, sie habe die Genehmigungsbehörde laufend zur zügigen Erteilung der Baugenehmigung gedrängt. Diese wurde ihr am 24.4.1998 erteilt. Sie hat aber nichts zu ihrer Entlastung dargelegt, aus welchen Gründen der Baufreigabeschein erst über neun Monate später erteilt worden ist. Damit hat sie der ihr nach § 285 BGB obliegenden Darlegungslast nicht genügt.

(...)

Anmerkung:

1. Die vorstehende Entscheidung liefert einen wesentlichen Aspekt in der seit langem umstrittenen Frage der Verteilung von sekundären Gläubigerrechten zwischen den Beteiligten eines Abtretungsvertrags. Nach § 398 S. 2 BGB tritt als Folge der Abtretung der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers: "Das Gesetz enthält bekanntlich aber keine Aussage darüber, welche sonstigen Forderungen und Rechte aus dem komplexeren Schuldverhältnis zusammen mit dem unmittelbaren Leistungsanspruch übertragen werden (ausgenommen Neben- und Vorzugsrechte gemäß § 401 BGB). So ist z. B. nicht geregelt, ob der Zedent oder der Zessionar eine Nachfrist setzen oder den Rücktritt vom Vertrag erklären kann, wer von beiden im Fall einer Pflichtverletzung Schadensersatz verlangen kann und nach wessen Person die Höhe des Schadens zu berechnen ist. Während im Schrifttum (teilweise differenzierend nach Geld- und Sachforderungen) für bestimmte Rechte eine Übertragbarkeit zwingend ausgeschlossen oder zwingend angenommen oder eine Ausübung nur im Einvernehmen von neuem und altem Gläubiger für zulässig erachtet wird, trifft die bisherige Rechtsprechung im Grundsatz eine Unterscheidung nach der Natur der jeweiligen Rechte: Im Hinblick auf bestimmte akzessorische Hilfsrechte, die der Ausübung oder Durchsetzung der Forderung dienen, wie etwa das Wahlrecht des Gläubigers oder die Ersetzungsbefugnis wird angenommen, dass sie zusammen mit der Forderung auf den Zessionar übergehen (BGH NJW 1987, 2075). Hingegen verbleiben solche Rechte, deren Ausübung das gesamte Schuldverhältnis umgestaltet, wie beispielsweise das Rücktritts- oder das Anfechtungsrecht im Allgemeinen beim Zedenten (BGH NJW 1973, 1793, 1794). Ausgehend von dieser Differenzierung hat der BGH in einem Urteil vom 21.6.1985 entschieden, dass das Recht zur Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 326 BGB a. F. als Druckmittel

des Gläubigers zur Realisierung des primären Leistungsanspruchs grundsätzlich auf den Abtretungsempfänger mit übertragen wird, während das Recht, nach fruchtloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom Vertrag zurückzutreten, mangels abweichender Regelung weiter dem Zedenten zusteht (BGH NJW 1985, 2640, 2641; vgl. auch BGH NJW 1991, 2552, 2553).

2. In den jüngeren Entscheidungen hat die Rechtsprechung jedoch immer wieder betont, dass als entscheidendes Kriterium für die Verteilung von sekundären Gläubigerrechten der Wille der Parteien des Abtretungsvertrags ausschlaggebend sein muss. Da der Zessionar seine Rechtsstellung aus dem Abtretungsvertrag herleitet, ist dieser Vertrag auch für den Umfang seiner Rechte maßgebend; wie der BGH etwa in dem bereits erwähnten Urteil vom 21.6.1985 formuliert hat (BGH NJW 1985, 2640, 2642). Auch in der vorliegenden Entscheidung wird den Vereinbarungen zwischen altem und neuem Gläubiger vorrangige Bedeutung zugemessen. Nach dem Kernsatz der Urteilsbegründung verbleiben bei der Sicherungsabtretung die vertraglichen Gestaltungsrechte beim Zedenten, sofern nicht der Inhalt der Sicherungsabrede ... dem entgegensteht: "Ungeachtet abweichender Äußerungen in der Literatur verdient dieser Ansatz des BGH Zustimmung. Die Maßgeblichkeit des Willens der Beteiligten des Abtretungsvertrags ergibt sich als Folge der Vertragsfreiheit (BGH NJW 1973, 1793, 1794; BGH NJW 1987, 2075, 2076; *Schwenzer*, AcP 182 (1982), 214, 221 f.; *Huber*, Leistungsstörungen, Band 2, 1999, 290; mit Einschränkungen auch *Dörner*, Dynamische Relativität, 1985, S. 298 f.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl., § 413 Rdnr. 7; *Staudinger/Busche*, BGB, 13. Aufl., § 413 Rdnr. 13). Demnach haben allein die Parteien darüber zu befinden, ob sie Gestaltungsrechte dem Zedenten zuweisen oder beim Zessionar belassen wollen oder wie sie Rechte zur Durchsetzung der Forderung oder auch Folgeansprüche auf Schadensersatz verteilen. Überzeugende Gründe, die eine Einschränkung der Privatautonomie rechtfertigen könnten, lassen sich weder aus der begrifflichen Charakterisierung eines Rechts als forderungs- oder vertragsbezogen, noch aus Erwägungen des Schuldnerschutzes herleiten. Der Schuldner wird nicht dadurch schlechter gestellt, dass die Ausübung eines sekundären Gläubigerrechts durch die eine oder die andere Seite zugelassen wird. Sofern er keine zutreffende Kenntnis von der Verteilung der sekundären Gläubigerrechte hat, kann seinen Interessen über eine analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 407, 409 BGB ausreichend Rechnung getragen werden (vgl. *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, 2. Aufl., S. 52).

3. Schwierigkeiten ergeben sich in der Praxis jedoch daraus, dass die Parteien des Abtretungsvertrags gewöhnlich keine ausdrückliche Vereinbarung über die Verteilung der sekundären Gläubigerrechte treffen. Nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung ist in einem solchen Fall zu ermitteln, worauf sich die Beteiligten nach Treu und Glauben verständigt hätten, wenn sie die nicht geregelte Frage bedacht hätten. Vor diesem Hintergrund ist der erste Leitsatz der vorliegenden Entscheidung zu lesen, den man gleichsam als eine Auslegungsregel verstehen kann: Die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens wird bei der Sicherungsabtretung (und anders als der BGH dies in seinem Urteil vom 21.6.1985 angenommen hatte) zu dem Ergebnis führen, dass der Zedent nicht die Befugnis verliert, gemäß § 326 BGB a. F. eine Nachfrist zur Erfüllung des Vertrags mit Ablehnungsandrohung zu setzen. Nach der Zweckbestimmung einer Sicherungsvereinbarung soll der Zessionar nicht wirklich Gläubiger der Forde-

rung werden, sondern ihr Vermögenswert soll ihm nur zur Sicherung eigener Ansprüche gegen den Zedenten zustehen, der wirtschaftlicher Herr des Schuldverhältnisses bleibt und in seiner Dispositionsbefugnis nicht eingeschränkt werden soll. Dementsprechend war die Sicherungsgeberin in dem Sachverhalt des vorliegenden Urteils nach Auffassung des BGH trotz der Abtretung der Ansprüche aus dem Vertrag ... zur Durchsetzung ihrer vertraglichen Rechte berechtigt: "Den Interessen des Sicherungsnehmers wird ausreichend Rechnung getragen, da ihm Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und für den Fall der Rückabwicklung der Leistungen regelmäßig mit abgetreten werden. In einem früheren Urteil hat der BGH ferner entschieden, dass auch die Befugnis, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen, aufgrund der besonderen Interessenlage bei der Sicherungsabtretung dem Zedenten verbleibt (BGH NJW 1999, 2110) und dass für die Berechnung eines nach Abtretung entstandenen Verzugschadens in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen die Person des Zedenten maßgeblich ist, dessen Schaden der Zessionar im Wege der Drittschadensliquidation geltend machen kann (BGHZ 128, 371, 376 ff.)."

4. Aus den vorstehenden Erwägungen lässt sich gleichzeitig eine Einschränkung der vom BGH angenommenen regelmäßigen Auslegung herleiten: Tritt der Sicherungsfall ein, weil der Sicherungsgeber nicht mehr in der Lage ist, seiner Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Sicherungsnehmer nach zu kommen, steht diesem die abgetretene Forderung auch wirtschaftlich zu mit der Konsequenz, dass die Verwertungsbefugnis und damit auch die sekundären Gläubigerrechte auf den Zessionar übergehen. Insofern wäre die Urteilsbegründung des BGH dahin gehend zu ergänzen, dass bei der Sicherungsabtretung vertragliche Gestaltungsrechte zwar zunächst beim Zedenten verbleiben, diese jedoch aufschließend bedingt durch den Eintritt der Verwertungsreife auf den Zessionar übertragen werden. Einer Präzisierung bedarf daneben die Aussage des BGH, wonach bei der Sicherungsabtretung die vertraglichen Gestaltungsrechte beim Zedenten verbleiben, sofern nicht der Inhalt der Sicherungsabrede, welche der Zessionar zugrunde liegt, dem entgegensteht: "Entscheidend für die Übertragung der vertraglichen Gestaltungsrechte ist nicht das Kausalgeschäft, sondern das Verfügungsgeschäft, in dem sich die Beteiligten über den Rechtsübergang einigen. Das Grundgeschäft erlangt nur dann Bedeutung, wenn in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung anhand der vertraglichen Interessenlage zu ermitteln ist, ob dem Zessionar künftig auch sekundäre Gläubigerrechte zustehen sollen. In diesem Zusammenhang stellt sich zudem die Frage, warum der BGH die Vereinbarung mit der Gläubigerbank nicht berücksichtigt hat, nach der die Sicherungsgeberin dieser sämtliche Rechte und Ansprüche aus dem Vertrag abgetreten hat. Würde man die Klausel wörtlich verstehen, wäre davon auch die Übertragung von Nebenrechten erfasst. Offensichtlich ist der BGH davon ausgegangen, dass in einer derart allgemein gehaltenen Formulierung ein möglicher Wille der Parteien zur Übertragung von vertraglichen Gestaltungsrechten nicht hinreichend zum Ausdruck kommt. Für die Vertragspraxis folgt daraus, dass Vereinbarungen zu sekundären Gläubigerrechten immer einer konkreten Fassung bedürfen."

5. Obgleich das Recht zur Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung, das im Mittelpunkt der Entscheidung des BGH stand, im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung weggefallen ist (*Amann/Brambringer/Hertel*, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, 2002, S. 72), lassen sich dem Urteil Anhaltspunkte auch für die Verteilung der Gläubigerrechte zwi-

schen den Parteien der Sicherungsabtretung nach neuer Rechtslage entnehmen. Als vertragliches Gestaltungsrecht steht dem Zedenten z. B. regelmäßig die Befugnis zu, gemäß § 323 BGB vom Vertrag wegen Nichterbringung der Leistung zurückzutreten. Da der Sicherungsgeber nach Auffassung des BGH trotz der Abtretung zur Durchsetzung seiner vertraglichen Rechte berechtigt ist, kann er vor Verwertungsreife auch von anderen Mitteln der Leistungsaufforderung als der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 326 BGB a. F. Gebrauch machen, wie vor allem der Mahnung nach § 286 BGB und der Nachfristsetzung gemäß § 323 BGB. Zu den übertragbaren Gestaltungsrechten, die mangels abweichender Vereinbarung im Sicherungsvertrag beim Sicherungsgeber verbleiben, zählen bei Abtretung eines Sachanspruchs ferner das Rücktrittsrecht wegen Mängeln, das Recht zur Minderung, das Recht zur Nachbesserung und zur Nachlieferung, wie auch das Recht zur Wahl zwischen den einzelnen Rechtsbehelfen (§§ 437, 634 BGB).

6. Der in der Entscheidung implizit verfolgte methodische Ansatz, die Zuordnung der Gläubigerrechte im Wege ergänzender Auslegung der Vereinbarungen zwischen Zedent und Zessionar zu ermitteln, ist nach hier vertretener Auffassung über den entschiedenen Sachverhalt hinaus auch für andere Abtretungskonstellationen von Bedeutung (siehe grundlegend *Schwenzer*, AcP 182 (1982), S. 214 ff.). Eine Verteilung der Gestaltungsrechte ähnlich wie bei der Sicherungsabtretung wird man allgemein in Fällen einer treuhänderischen Zession annehmen können, wie beispielsweise bei der Abtretung erfüllungshalber: Das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar wird durch die Abtretungsvereinbarung nur insoweit geändert, als letzterer verpflichtet ist, aus der abgetretenen Forderung mit der verkehrüblichen Sorgfalt Befriedigung zu suchen. Die wirtschaftlichen Konsequenzen von Leistungsstörungen treffen jedoch weiterhin den Zedenten, dem daher grundsätzlich auch die Entscheidung über die Geltendmachung von Gestaltungsrechten verbleibt. In der notariellen Praxis spielen treuhänderische Abtretungen vor allem im Rahmen der Lastenfreistellung bei Kauf- und Bauträgerverträgen eine wichtige Rolle. Der Gläubiger, der die zur Lastenfreistellung erforderlichen Unterlagen unter der Auflage zur Verfügung stellt, dass die Belastungen aus dem Kaufpreis abgelöst werden, soll vor dem Risiko geschützt werden, dass andere Gläubiger des Verkäufers dessen Zahlungsanspruch gegen den Käufer vorzeitig pfänden (vgl. *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, S. 40 f.; *Albrecht* in *Reithmann/Albrecht/Basty*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., S. 296 f.). Um solche Pfändungen ins Leere laufen zu lassen, wird häufig im Kaufvertrag (bei Bauträgerverträgen z. T. bereits in der Freistellungsverpflichtung der Bank) der Kaufpreis an abzulösende Gläubiger abgetreten. Der Zedent bleibt wirtschaftlich gesehen jedoch alleiniger Vertragspartner des Schuldners mit der Folge, dass ihm sowohl Hilfsrechte, die der Durchsetzung der Forderung dienen, als auch Gestaltungsrechte weiterhin zustehen.

Eine andere Risikoverteilung als bei den vorgenannten fiduziarischen Rechtsverhältnissen ergibt sich z. B. bei Abtretungen im Rahmen einer Vertragsübernahme, wie sie insbesondere beim Unternehmenskauf vorkommen: Die Konsequenzen aus der Geltendmachung eines sekundären Gläubigerrechts hat hier nur der neue Gläubiger zu tragen, der gleichzeitig in die Schuldnerposition gerückt ist und dem daher auch die vertraglichen Nebenrechte zugewiesen werden. Entsprechendes gilt allgemein für Zessionen im Kontext einer mittelbaren Stellvertretung, da der Vertreter zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des Vertretenen handelt. Den vor-

stehenden Fallgruppen wird in der Literatur ferner die Abtretung beim Kauf einer Sachforderung gleichgestellt, die wirtschaftlich betrachtet eine hinkende Vertragsübernahme darstellt (*Schwenzer*, AcP 182 (1982), S. 223, 244 f.; zum Lieferanspruch vgl. auch *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 462 Rdnr. 75 ff.). Im Bereich von Immobiliengeschäften wird freilich ein echter Forderungskauf, bei dem Gegenstand des Kaufvertrags der Anspruch des Verkäufers auf Eigentumsverschaffung gegen den eingetragenen Eigentümer ist, nur ausnahmsweise vorliegen. Vielmehr geht es den Beteiligten regelmäßig um den Weiterverkauf des Grundstücks selbst. Die Abtretung dient dabei dem Zweck, vor Eintragung einer originären Vormerkung für den Drittkäufer (die eine vorherige Eigentumsumschreibung auf den Verkäufer voraussetzt, § 39 GBO), dessen Eigentumserwerb durch Umschreibung“der für den Verkäufer eingetragenen Vormerkung zu sichern (zur Problematik vgl. *Amann*, FS für Schippel, S. 83 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3147 a, jeweils m.w.N.). Da die Übertragung der Forderung folglich Sicherungscharakter hat und den Zedenten in seinen rechtlichen Beziehungen zum Eigentümer nicht einschränken soll, bleibt er im Zweifel zur Ausübung von Nebenrechten befugt.

7. Treten nach erfolgter Zession eines Anspruchs Störungen im Vertragsverhältnis auf, kann es im Rahmen der Beratung der Beteiligten entscheidend darauf ankommen, ob ein Zedent noch zur Geltendmachung vertraglicher Rechtsbehelfe berechtigt ist. Vorrangig ist in einer entsprechenden Situation die Abtretungsvereinbarung daraufhin zu untersuchen, ob eine ausdrückliche Regelung zu den sekundären Gläubigerrechten getroffen wurde. Fehlt es an einer solchen, muss die Verteilung der Rechte im Wege der ergänzenden Auslegung ermittelt werden. Dabei bedarf die wirtschaftliche Interessenslage und die vertragliche Risikoverteilung, die den Abmachungen zwischen Zedent und Zessionar zugrunde liegt, einer umfassenden Würdigung. Sollte sich einmal keine eindeutige Wertung ergeben, ist im Zweifel bei der Ausübung eines Rechts durch den bisherigen oder den neuen Gläubiger die Zustimmung des jeweils anderen einzuholen, sofern beide zu einem einvernehmlichen Vorgehen bereit sind. Um Auslegungsprobleme in notariellen Verträgen von vornherein zu verhindern, kann es sich empfehlen, neben der Abtretung des unmittelbaren Leistungsanspruchs auch eine Vereinbarung zu den sekundären Gläubigerrechten aufzunehmen, wobei methodisch von Regelungstypen in Anlehnung an die vorgenannten Fallgruppen auszugehen ist (vgl. hierzu zuletzt *Langefeld*, Einführung in die Vertragsgestaltung, 2001, S. 22 f., 50 ff.). Die übliche Abtretungsklausel im Rahmen der Lastenfreistellung könnte etwa wie folgt ergänzt werden: „Sonstige Rechte aus dem Kaufvertrag, wie Nebenrechte zur Durchsetzung der Forderung und Gestaltungsrechte, Ansprüche auf Schadensersatz und im Fall der Rückabwicklung der Leistungen verbleiben beim Verkäufer.“

8. Abschließend bedarf der zweite Leitsatz des vorstehenden Urteils einer kurzen Betrachtung, wonach der zur Beschaffung der Baugenehmigung verpflichtete Unternehmer für die von ihm zu vertretende Verzögerung der Baugenehmigung und Baufreigabe haftet. Die Einholung einer öffentlich-rechtlichen Baugenehmigung gehört beim Bauvertrag auch ohne ausdrückliche Regelung vielfach zu den erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers (*Kniffka/Koebler*, Compendium des Baurechts, 2000, S. 323). Dementsprechend hat der BGH im Jahre 1974 entschieden, dass der Bauunternehmer mit der Erfüllung seiner Bauleistungspflicht vor Erteilung der Baugenehmigung nicht in Verzug geraten kann,

weil der Anspruch auf Herstellung des Werks noch nicht fällig ist (BGH NJW 1974, 1080). Anders ist die Rechtslage nach dem vorliegenden Urteil jedoch dann, wenn der Unternehmer vertraglich auch die Pflicht übernimmt, Baugenehmigung und Baufreigabeschein beizubringen. Verzögert sich in diesem Fall die Werkleistung, weil der erforderliche Baufreigabeschein nicht vorliegt, haftet er auf Schadensersatz, wenn er sich im Hinblick auf die verspätete Beschaffung nicht entlasten kann. Die Entscheidung hat insoweit generell für den Bauträgervertrag Bedeutung: Da der Bauträger neben der Übertragung von Grundbesitz die Errichtung eines Bauvorhabens in eigener Regie verspricht, ist er für die Einholung einer erforderlichen Baugenehmigung verantwortlich, zumal deren Erteilung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV Fälligkeitsvoraussetzung für den Zahlungsanspruch ist (vgl. auch *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Auflage, S. 169). Sofern der Unternehmer seiner Verpflichtung zur Beschaffung der Baugenehmigung (auch ohne Verschulden) nicht nachkommt, ist der Besteller unter den Voraussetzungen des § 323 BGB ferner zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Führt der Unternehmer das Bauvorhaben in einem solchen Fall ungeachtet der fehlenden Baugenehmigung durch, ergibt sich nach der Rechtsprechung als Folge eine Mängelhaftung nach § 634 BGB bzw. nach § 437 BGB (BGH BB 2001, 647; BGH NJW 1991, 2138).

Notarassessor *Dr. Hartmut Wicke*, LL.M.
(Univ. Stellenbosch), München

2. BGB §§ 138 Abs. 1, 765 (*Sittenwidrigkeit der Ehegattenbürgschaft I*)

Ein Interesse des Kreditgebers, sich durch einen an sich wirtschaftlich sinnlosen Bürgschafts- oder Mithaftungsübernahmevertrag vor Vermögensverschiebungen zwischen Eheleuten zu schützen, vermag die Sittenwidrigkeit grundsätzlich nur bei einer ausdrücklichen Haftungsbeschränkung zu vermeiden. Das gilt auch für eine vor dem 1.1.1999 übernommene Bürgschaft (Aufgabe von BGH WM 1998, 2327, 2329 f.).

BGH, Urteil vom 14.5.2002 – XI ZR 81/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 25.7.1995 verbürgte sich die Beklagte – Mutter von zwei Kindern und von Beruf Architektin – gegenüber der klagenden Sparkasse bis zum Höchstbetrag von 9,86 Millionen DM. Hauptschuldnerin war die K. GmbH & Co. KG. Deren einziger Kommanditist und alleiniger Gesellschafter der Komplementärin war der Ehemann der Beklagten.

Die Beklagte war früher kaufmännische Angestellte bei der Hauptschuldnerin und bezog von Januar bis mindestens Ende August 1995 als Geschäftsführerin der K. GmbH ein monatliches Bruttogehalt von 6.500 DM. Bei Abgabe der Bürgschaftserklärung war sie Miteigentümerin eines mit Grundschulden in Höhe von 800.000 DM belasteten Grundstücks zu ein halb und zusammen mit ihrem Ehemann Mitinhaberin eines Bankguthabens über rund 20.000 DM. Außerdem besaß sie eine Lebensversicherung mit einem Rückkaufswert von ca. 8.000 DM.

Am 1.9.1996 wurde über das Vermögen der KG das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet. Im selben Monat kündigte die Klägerin daraufhin die ausgereichten Geschäftskredite über insgesamt 18.276.968,55 DM fristlos und nahm die Beklagte aus dem Bürgschaftsvertrag in Anspruch. Mit der vorliegenden Klage macht sie einen Teilbetrag von 500.000 DM geltend. Die Beklagte hält dem

entgegen, die Bürgschaft überfordere ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit krass und sei daher sittenwidrig.

Das Landgericht hat die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen. Die Berufungen beider Parteien sind erfolglos geblieben. Mit der Revision der Beklagten und der unselbstständigen Anschlussrevision der Klägerin verfolgen die Parteien ihre Anträge weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten ist begründet; sie führt zur uneingeschränkten Abweisung der Klage.

(...)

Die von der Beklagten übernommene Höchstbetragsbürgschaft verstößt in besonders auffälliger Weise gegen die guten Sitten und ist infolgedessen nichtig. Mit seiner gegenteiligen Auffassung hat das Berufungsgericht verkannt, dass ein Interesse des Kreditgebers, sich vor etwaigen Vermögensverschiebungen zwischen Eheleuten zu schützen, die Sittenwidrigkeit in aller Regel nur dann vermeiden kann, wenn dieser beschränkte Zweck durch eindeutige Erklärungen zum Inhalt der den unterlegenen Vertragsteil sonst krass überfordernden Bürgschaft oder Mithaftungsabrede gemacht worden ist.

a) Nicht zu beanstanden ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte werde durch die Übernahme einer Höchstbetragsbürgschaft von 9,86 Millionen DM finanziell krass überfordert.

aa) Nach der inzwischen übereinstimmenden Rechtsprechung des IX. und des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs liegt eine solche Überforderung des Bürgen oder Mitverpflichteten bei nicht ganz geringen Bankschulden grundsätzlich vor, wenn er voraussichtlich nicht einmal die von den Darlehensvertragsparteien festgelegte Zinslast aus dem pfändbaren Teil seines Einkommens und Vermögens bei Eintritt des Sicherungsfalles dauerhaft tragen kann. In einem solchen Falle krasser finanzieller Überforderung ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ohne Hinzutreten weiterer Umstände – widerleglich zu vermuten, dass der dem Hauptschuldner persönlich nahestehende Bürge oder Mithaftende die für ihn ruinöse Personalsicherheit allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat (BGHZ 136, 346, 351; 146, 37, 42; BGH, Urteile vom 27.1.2000 – IX ZR 198/98, WM 2000, 410, 411; vom 13.11.2001 – XI ZR 82/01, WM 2002, 125, 126 und vom 4.12.2001 – XI ZR 56/01, WM 2002, 223, 224).

bb) Die Beklagte war nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts bei Abgabe der Bürgschaftserklärung im Juli 1995 ersichtlich nicht einmal annähernd in der Lage, die laufenden Zinsen für die verbürgte Hauptschuld über 9,86 Millionen DM aus dem pfändbaren Teil ihres Einkommens und Vermögens zu tragen. Ihr Gehalt als Geschäftsführerin der K. GmbH von monatlich 6.500 DM brutto reichte dazu bei weitem nicht aus. Eigenes verwertbares Vermögen war nur in Höhe von rund 18.000 DM vorhanden. Das wertausschöpfend belastete Grundeigentum der Beklagten hat das Berufungsgericht zu Recht nicht berücksichtigt (vgl. Senatsurteil vom heutigen Tage – XI ZR 50/01, *Anm. der Schriftleitung: nachstehend auszugsweise abgedruckt*).

cc) Die danach bestehende Vermutung, dass sich die Beklagte bei Übernahme der ruinösen Bürgschaft von ihrer emotionalen Bindung an ihren Ehemann, den wirtschaftlichen Alleineigentümer der Hauptschuldnerin, hat leiten lassen, hat das Berufungsgericht zu Recht nicht als entkräftet angesehen.

Dass die Beklagte zunächst bei der Hauptschuldnerin ange stellt, geschäftlich nicht unerfahren war und als Vertreterin ihres Ehemannes an Gesprächen zur Sanierung der Hauptschuldnerin teilgenommen hat, fällt entgegen der Ansicht der Klägerin als Beweisanzeichen nicht entscheidend ins Gewicht. Auch erfahrene und geschäftsgewandte Personen können aus emotionaler Verbundenheit zu ihrem Ehegatten Verbindlichkeiten eingehen, die sie finanziell krass überfordern (BGH, Urteile vom 27.1.2000 – IX ZR 198/98, WM 2000, 410, 413 und vom 13.11.2001 – XI ZR 82/01, WM 2002, 125, 127).

b) Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht aber, soweit es unter Berufung auf die Rechtsprechung des vormals für das Bürgschaftsrecht zuständigen IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs ein Interesse der kreditgebenden Bank, sich vor Vermögensverschiebungen zwischen Eheleuten zu schützen, angenommen und mit Rücksicht darauf die Sittenwidrigkeit der die Beklagte krass überfordernden Bürgschaft verneint hat.

aa) Wie der erkennende *Senat* bereits in seinem Vorlagebeschluss vom 29.6.1999 an den Großen Senat für Zivilsachen (XI ZR 10/98, WM 1999, 1556, 1558) ausgeführt hat, rechtfertigt allein das Ziel, etwaigen Vermögensverschiebungen vorzubeugen, ein unbeschränktes Mithaftungsbegehren nicht. Ohne besondere, vom Kreditgeber im Einzelnen darzulegende und notfalls zu beweisende Anhaltspunkte kann grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass eine krass überfordernde Bürgschafts- oder Mithaftungsübernahme inhaltlich von vornherein nur eine erhebliche Vermögensverlagerung zwischen Hauptschuldner und Sicherungsgeber verhindern soll. Eine solche Vereinbarung, die der Personalsicherheit einen ganz besonderen Sinn verleiht, ist keineswegs üblich oder den außerhalb der Vertragsurkunde liegenden Umständen zu entnehmen. Wer unter Berufung auf den wirklichen Willen verständiger Vertragsparteien eine solche einschränkende Auslegung der Bürgschaft oder Mithaftungsabrede vornimmt, setzt sich daher über allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze hinweg und verstößt überdies gegen das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion formularmäßiger Bürgschafts- oder Mithaftungsverträge. Nimmt der Kreditgeber den Betroffenen – wie hier – in Anspruch, ohne auch nur ansatzweise zu behaupten, dass und in welchem Umfang eine im Verhältnis zur Kreditsumme erhebliche Vermögensverschiebung stattgefunden hat, so zeigt auch dieses im Rahmen der Vertragsauslegung zu berücksichtigende nachvertragliche Verhalten (vgl. dazu etwa BGH, Urteil vom 16.10.1997 – IX ZR 164/96, WM 1997, 2305, 2306 m.w.N.), dass die Annahme einer stillschweigend getroffenen Haftungsbegrenzung nicht gerechtfertigt ist.

bb) Diese Auffassung wird inzwischen im Grundsatz auch vom IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs geteilt. Er sieht sich jedoch daran gehindert, die von ihm für die Zukunft anerkannten Grundsätze auch auf Bürgschaftsverträge aus der Zeit vor dem 1.1.1999 anzuwenden (BGH, Urteil vom 8.10.1998 – IX ZR 257/97, WM 1998, 2327, 2329 f.), weil für die Kreditinstitute nicht hinreichend klar gewesen sei, inwieweit sie ihr Interesse an einem möglichst wirksamen Schutz vor Vermögensverschiebungen über die bloße Hereinnahme einer Bürgschaft hinaus durch geeignete vertragliche Regelungen absichern mussten. Dieser differenzierenden Betrachtungsweise vermag sich der erkennende *Senat* nicht anzuschließen.

Dabei kann offen bleiben, ob und inwieweit das Vertrauen einer Prozesspartei in den Fortbestand höchstrichterlicher Rechtsprechung überhaupt schutzwürdig ist (siehe dazu

Schimansky WM 2001, 1889 ff. m.w.N.). Auf die Beantwortung dieser Frage kommt es hier nicht entscheidend an, weil sich bei einem vernünftigen Gläubiger kein für einen etwaigen Dispositionsschutz unerlässliches Vertrauen bilden konnte. Der Gesichtspunkt der Verhinderung von Vermögensverschiebungen des Hauptschuldners als ein die Sittenwidrigkeit vermeidendes Moment ist erstmals als Reaktion auf die Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1993 (BVerfGE 89, 214, 229 ff.) und 5.8.1994 (BVerfG NJW 1994, 2749 f.) vom IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs berücksichtigt worden (vgl. BGHZ 128, 230, 234 f.; 132, 328, 331; 134, 325, 327 f.). Er hat dabei ausdrücklich der abweichenden Rechtsprechung des XI. Zivilsenats (BGHZ 120, 272, 278 f. und Urteil vom 22.1.1991 – XI ZR 111/90, WM 1991, 313, 315) widersprochen. Der XI. Zivilsenat hat auch in der Folgezeit stets daran festgehalten, dass allein das Ziel, etwaigen Vermögensverschiebungen vorzubeugen, ein wirtschaftlich sinnloses Mithaftungsbegehren des Kreditgebers grundsätzlich nicht rechtfertigt (BGHZ 134, 42, 49; 135, 66, 69; Vorlagebeschluss vom 29.6.1999 – XI ZR 10/98, WM 1999, 1556, 1558). Von einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Berücksichtigungsfähigkeit des Interesses des Gläubigers, sich vor Vermögensverschiebungen zu schützen, ohne eine ausdrückliche Beschränkung von Bürgschaften auf diesen Zweck konnte daher keine Rede sein (Vorlagebeschluss des erkennenden *Senats* vom 29.6.1999 – XI ZR 10/98, a.a.O. S. 1558 f.; siehe auch *Schimansky* a.a.O. S. 1892).

Die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der von der Beklagten im Juli 1995 übernommenen Bürgschaft hat danach nach denselben Kriterien zu erfolgen wie die eines nach dem 1.1.1999 abgeschlossenen Bürgschaftsvertrages. An der abweichenden Rechtsprechung des IX. Zivilsenats kann deshalb nicht festgehalten werden. Zu dieser Änderung der Rechtsprechung ist der erkennende *Senat* ohne Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen gemäß § 132 GVG in der Lage, da er nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs seit dem 1.1.2001 an Stelle des IX. Zivilsenats für Bürgschaftssachen zuständig ist.

c) Auf die Revision der Beklagten war das Berufungsurteil daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.) und die Klage uneingeschränkt abzuweisen.

(...)

3. BGB §§ 138 Abs. 1, 765 (*Sittenwidrigkeit der Ehegatten-Bürgschaft II*)

1. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen oder Mithaftenden sind die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf seinem Grundbesitz ruhenden dinglichen Belastungen grundsätzlich wertmindernd zu berücksichtigen.
2. Ein Interesse des Kreditgebers, sich durch einen an sich wirtschaftlich sinnlosen Bürgschafts- oder Mithaftungsübernahmevertrag vor Vermögensverschiebungen zwischen Eheleuten zu schützen, vermag die Sittenwidrigkeit grundsätzlich nur bei einer ausdrücklichen Haftungsbeschränkung zu vermeiden. Das gilt auch für eine vor dem 1.1.1999 übernommene Bürgschaft (Aufgabe von BGH WM 1998, 2327, 2329 f.).

BGH, Urteil vom 14.5.2002 – XI ZR 50/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

(...)

b) Auch über pfändbares Vermögen, das bei der Beurteilung ihrer Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen wäre, verfügt die Beklagte nach ihren Angaben nicht. Ihr Mehrfamilienhausgrundstück hat nach ihrem unter Beweis gestellten Vorbringen, dem das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, verfahrensfehlerhaft nicht nachgegangen ist, lediglich einen Verkehrswert von 300.000 DM und ist wertausschöpfend belastet. Diese Belastung ist bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Bürgen zu berücksichtigen. Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in zwei älteren Entscheidungen zwar die gegenteilige Ansicht vertreten (BGH, Urteile vom 7.3.1996 – IX ZR 43/95, WM 1996, 766, 768 und vom 13.11.1997 – IX ZR 289/96, WM 1998, 67, 69, insoweit in BGHZ 137, 153 ff. nicht abgedruckt). Diese Ansicht ist angesichts der jetzt auch vom IX. Zivilsenat geteilten Auffassung, dass sich die Wirksamkeit einer Bürgschaft nur nach der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen richtet (BGHZ 146, 37, 43 f.; BGH, Urteil vom 27.1.2000 – IX ZR 298/98, WM 2000, 410, 412), aber überholt. Nach dieser neuen Rechtsprechung ist es allein folgerichtig, das verbürgte Risiko nur um den im Einzelfall effektiv verfügbaren Sicherungswert des mitverhafteten dinglichen Vermögens zu mindern, also valutierende dingliche Belastungen vermögensmindernd zu berücksichtigen. Deren Nichtberücksichtigung widerspricht auch der banküblichen Praxis und würde insbesondere bei wertausschöpfenden dinglichen Belastungen dazu führen, dass ein Bürge als finanziell leistungsfähig behandelt werden müsste, obwohl er dies ersichtlich nicht ist (*Nobbe/Kirchhof* BKR 2001, 1, 9 f.). An der vorgenannten älteren Rechtsprechung des IX. Zivilsenats kann deshalb nicht festgehalten werden. Zu dieser Änderung der Rechtsprechung ist der erkennende *Senat* ohne Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen gemäß § 132 GVG in der Lage, da er nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs seit dem 1.1.2001 an Stelle des IX. Zivilsenats für Bürgschaftssachen zuständig ist.

(...)

4. BGB §§ 765, 138 (*Geltung der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaften Angehöriger für Kommanditisten*)

Die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Mithaftung und Bürgschaft finanziell überforderter Angehöriger gelten grundsätzlich nicht für Kommanditisten einer KG, die für Verbindlichkeiten der KG die Mithaftung oder Bürgschaft übernehmen. Etwas anderes gilt, wenn der Kommanditist ausschließlich Strohmannfunktion hat, die Mithaftung oder Bürgschaft nur aus emotionaler Verbundenheit mit der hinter ihm stehenden Person übernimmt und beides für die kreditgebende Bank evident ist.

BGH, Urteil vom 28.5.2002 – XI ZR 199/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

5. BGB §§ 138, 1191 Abs. 1 (*Geltung der Grundsätze zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaften Angehöriger für Sicherungsgrundschulden*)

Die zur Sittenwidrigkeit einer Bürgschaft entwickelten Grundsätze sind auf die Bestellung einer Sicherungsgrundschuld grundsätzlich nicht übertragbar.

Die Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB will den Sicherungsgeber insbesondere nicht davor bewahren, einen Vermögensgegenstand als Sicherheit zu geben, bei dessen Verwertung er neben wirtschaftlichen auch persönliche Nachteile, wie etwa den Verlust des langjährig genutzten Eigenheimes, erleidet (im Anschluss an BGH, Urteil vom 26.4.2001 – IX ZR 337/98 – NJW 2001, 2466).

BGH, Urteil vom 19.6.2002 – IV ZR 168/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die in den Jahren 1923 und 1922 geborenen Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde.

Sie sind Miteigentümer eines Grundstücks in D., das sie im Jahre 1963 mit einem von ihnen selbst genutzten Reihenhaus bebauten. Am 29.12.1997 bestellten sie zugunsten der Beklagten eine erstrangige Grundschuld über 150.000 DM und unterwarfen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück. Die Grundschuld besicherte gemäß Zweckerklärung vom selben Tage einen Kredit über 150.000 DM und drei weitere Darlehen über insgesamt 53.500 DM, die die Beklagte dem Schwiegersohn der Kläger gewährt hatte. Den Kredit über 150.000 DM verwandte dieser, um Verbindlichkeiten der CT C. GmbH & Co KG bei der Beklagten zurückzuführen. Dadurch sollte die Kapitalausstattung der Gesellschaft, an der er als Kommanditist zu 50% beteiligt war, verbessert werden. Nach seinem Tode im Jahre 1999 wurden die Kredite nicht mehr bedient. Die Beklagte begann daraufhin mit der Verwertung der ihr von den Klägern begebenen Sicherheit.

Das Landgericht hat die Vollstreckungsabwehrklage abgewiesen. Die Berufung der Kläger hatte Erfolg. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten.

Aus den Gründen:

(...)

1. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Bürgschaft sittenwidrig und damit nichtig sein, wenn ihr Verpflichtungsumfang die finanzielle Leistungsfähigkeit des Bürgen erheblich übersteigt und weitere Umstände hinzukommen, durch die ein unerträgliches Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern hervorgerufen wird, welches die Verpflichtung des Bürgen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Gläubigers als rechtlich nicht mehr hinnehmbar erscheinen lässt. Das gilt im besonderen Maße für eine Haftungsübernahme, die aus emotionaler Verbundenheit mit dem Schuldner erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 14.5.2002 – XI ZR 50/01 – unter II 1 zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; BGHZ 137, 330, 332 f.; 132, 328, 329 f.; 128, 230, 232; 125, 206, 210 f.)

Diese Grundsätze finden hier jedoch keine Anwendung. Die Kläger sind der Beklagten nicht aus einer Bürgschaft verpflichtet. Ihre ausschließlich dingliche Haftung beruht auf der Grundschuldbestellung vom 29.12.1997. Haftungsgrundlage ist die mit dem Grundpfandrecht belastete Immobilie. Allein wegen dieses Vermögensgegenstandes laufen die Kläger Gefahr, wegen der besicherten Verbindlichkeiten in Anspruch genommen zu werden. Schon das steht einer Gleichsetzung mit einem Bürgen, der mit seinem gesamten Einkommen und Vermögen der Haftung unterliegt, entgegen. Wegen ihrer

dinglich beschränkten Haftung droht den Klägern keine weitergehende Inanspruchnahme. Anders als beim Bürgen kann sich ein besonders grobes Missverhältnis zwischen der übernommenen Zahlungsverpflichtung und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit grundsätzlich nicht ergeben. Können die Kläger über die von ihnen gestellte Sicherheit die Verbindlichkeiten ihres verstorbenen Schwiegersohnes nicht zurückführen, ist der Beklagten der Zugriff auf laufende Renteneinkünfte oder auf das übrige Vermögen verwehrt.

2. Durch den Einsatz ihres Grundstücks als Sicherheit haben die Kläger zudem gezeigt, dass sie über Vermögen verfügen. Das unterscheidet sie von einem finanziell nicht leistungsfähigen Bürgen. Den im Falle einer Zwangsversteigerung zu erzielenden Erlös haben die Kläger in ihrem Schreiben an die Beklagte vom 13.1.2000 mit 300.000 DM bis 350.000 DM beziffert. Das Grundstück verkörpert damit wenigstens diesen Vermögenswert. Es fehlt auch deshalb an einer krassen wirtschaftlichen Überforderung der Kläger als objektiver Voraussetzung für eine Sittenwidrigkeit. Der Sicherungsgeber kann sich auf den Schutz des § 138 Abs. 1 BGB nur berufen, wenn die Bank ihn unter Übergewichtung der eigenen wirtschaftlichen Interessen in eine Verschuldung genommen hat, aus der er sich wegen der ihn überfordernden Zins- und Tilgungsleistungen aus eigener Kraft nicht mehr befreien kann. Davon kann im Falle der Kläger nicht die Rede sein. Die Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB will den Sicherungsgeber nicht davor bewahren, einen Vermögensgegenstand als Sicherheit zu geben, bei dessen Verwertung er neben wirtschaftlichen auch persönliche Nachteile, wie etwa den Verlust des langjährig genutzten Eigenheimes, erleidet. Der Einsatz des einzigen oder letzten Vermögensgutes als Sicherungsmittel ist nicht ohne weiteres verwerflich im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB. Auch bei einem Bürgen in derselben Situation bestünde kein Missverhältnis zwischen Verpflichtungsumfang und Leistungsfähigkeit, selbst wenn er die gesamte Bürgschaftsschuld nur durch Verwertung des von ihm bewohnten Hauses zu tilgen vermag. Die Bestimmung des § 138 Abs. 1 BGB hat regelmäßig nicht den Zweck, das Eigenheim eines Bürgen auf Dauer zu erhalten, auch wenn dessen Einkommen die Pfändungsfreibeträge nur in begrenztem Umfang übersteigt. Ebensowenig schützt die Norm die Möglichkeit eines dauerhaften mietfreien Wohnens (BGH, Urteil vom 26.4.2001 – IX ZR 337/98 – NJW 2001, 2466 unter II 1). Das hat erst recht für den dinglichen Sicherheitengeber zu gelten, der nur einen konkreten Vermögensgegenstand als Sicherheit zur Verfügung stellt und sich keiner persönlichen Zahlungsverpflichtung aussetzt.

(...)

6. WEG §§ 4 Abs. 3, 8, 10 Abs. 1; BGB a.F. §§ 313, 433 Abs. 1; ZPO § 448 (*Bezeichnung des Vertragsgegenstandes im Kaufvertrag*)

a) **In dem Vertrag über den Erwerb noch zu begründenden Wohnungseigentums muss die Grundstücksfläche, an der später ein Sondernutzungsrecht des Käufers bestehen soll, eindeutig bezeichnet sein; dafür kann die Bezugnahme auf einen der Kaufvertragsurkunde beigefügten Plan genügen.**

b) **Ist bei dem Verkauf einer noch nicht vermessenen Grundstücksteilfläche die Willensübereinstimmung der Vertragsparteien darauf gerichtet, dass sie sich über die Größe, die Lage und den Zuschnitt der Fläche entsprechend einer zeichnerischen – nicht not-**

wendig maßstabsgerechten – Darstellung in einem der Kaufvertragsurkunde beigefügten Plan und über die spätere Konkretisierung der Fläche durch eine genaue Grenzziehung einig sind, und hat dieser Wille in der Urkunde seinen Niederschlag gefunden, ist ein wirksamer Vertrag zu Stande gekommen (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 23.4.1999, V ZR 54/98, NJW-RR 1999, 1030).

BGH, Urteil vom 19.4.2002 – V ZR 90/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 21.6.1996 erwarben der Kläger zu 3 und der inzwischen verstorbene, von den Klägern zu 1 und 2 beerbte W. B. von der Beklagten einen Miteigentumsanteil von 292/4.445 an dem Grundstück E.straße in S., Flurstücke 886/1 und 889/1 der Flur 4. Die Beklagte trat als vollmachtlose Vertreterin u.a. auch für die Käufer auf; diese genehmigten die Erklärungen am 12.7.1996. In § 19 heißt es u.a.:

Käufer verpflichtet sich, mit den Erwerbern der restlichen Grundstücksanteile zusammen auf dem Grundstück eine Wohnanlage zu bilden.

In der noch abzuschließenden Teilungserklärung ist der von den Käufern erworbene Miteigentumsanteil am Grundstück mit sämtlichen Räumen des Hauses Nr. 13 zu verbinden.

Lage des Hauses und der Sondernutzungsflächen ergeben sich aus dem anliegenden Lageplan

Danach haben als Sondernutzungsfläche zu erhalten:

Der jeweilige Eigentümer des Hauses Nr. 13 die Grundstücksfläche – begrenzt von den Zahlen 28-27-20-49-48-29-28.

Die Erschienene verpflichtet sich, die erforderliche Teilungserklärung abzugeben und die Gemeinschaftsordnung aufzustellen, sobald die vom Bezirksamt geprüften Aufteilungspläne und Abgeschlossenheitsbescheinigung vorliegen.

Im übrigen soll die Teilungserklärung und die Gemeinschaftsordnung sich in dem allgemein üblichen Rahmen halten und vom Verkäufer nach billigem Ermessen ausgestaltet werden, worüber zwischen den Parteien Einigkeit besteht."

Die Beklagte war noch nicht Eigentümerin des Grundstücks. Sie hatte jedoch bereits am 4.12.1995 eine Grundschuld in Höhe von 1,5 Mio. DM bestellt; diese wurde, zusammen mit zwei weiteren Grundschulden, am 3.9.1997 in das Grundbuch eingetragen. Für die Kläger wurde am 10.6.1998 eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

Die Kläger zahlten, wie vertraglich vereinbart, an die Beklagte bzw. an Dritte einen Betrag von 84.606,85 DM (Anschaffungsnebenkosten, Gebühren u.ä.), nicht jedoch den Grundstückskaufpreis. Sie haben den Kaufvertrag mit der Begründung angefochten, nicht über die Bestellung der Grundschuld in Höhe von 1,5 Mio. DM durch die Beklagte unterrichtet worden zu sein. Außerdem halten sie den Kaufvertrag mangels Bestimmtheit für unwirksam, weil sie nicht darüber aufgeklärt worden seien, ob sie ein Grundstück oder eine Eigentumswohnung erwerben.

Das Landgericht hat der auf Rückzahlung von 84.606,85 DM nebst Zinsen, Erklärung der Zwangsvollstreckung aus der Kaufvertragsurkunde für unzulässig und Herausgabe sämtlicher vollstreckbaren Ausfertigungen dieser Urkunde gerichteten Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten war teilweise erfolgreich; das Oberlandesgericht hat die Zahlungsklage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Kläger.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält den Kaufvertrag für wirksam. Insbesondere sei er nicht wegen fehlender inhaltlicher Bestimmtheit nichtig. Aus dem Wortlaut folge nämlich, dass Wohnungseigentum geschaffen und verkauft werden sollte; die den Gegenstand des Sondereigentums bildende Wohnung und die

den Klägern zu verschaffende Sondernutzungsfläche ergäben sich aus § 19 des Vertrags in Verbindung mit dem Lageplan. Die Anfechtungserklärung der Kläger führe ebenfalls nicht zur Nichtigkeit des Kaufvertrags, denn es fehle ein Anfechtungsgrund. Schließlich stünde den Klägern auch kein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss zu.

Das hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

II.

1. Keinen rechtlichen Bedenken begegnet der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass der Vertrag nicht schon deswegen nichtig ist, weil in ihm die das Gemeinschaftsverhältnis der späteren Wohnungseigentümer betreffenden Rechte und Pflichten der Kläger weitestgehend unbestimmt geblieben sind und erst durch die von der Beklagten noch abzugebende Teilungserklärung nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) festgelegt werden sollten. Ein solcher Vorbehalt kann auch bei einem beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft dem Erfordernis der Bestimmtheit oder wenigstens hinreichender Bestimmbarkeit genügen; deswegen kann beim Kauf noch zu begründenden Wohnungseigentums dem Verkäufer – wie hier – vertraglich das Recht vorbehalten werden, in der Teilungserklärung Bestimmungen zur Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses zu treffen (Senatsurt. v. 8.11.1985, V ZR 113/84, NJW 1986, 845 m.w.N.).

2. Im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die den Klägern zu verschaffende Sondernutzungsfläche in dem Vertrag ausreichend bestimmt bezeichnet ist.

a) Durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer (*Senat*, BGHZ 145, 158, 162 ff) oder – wie hier – in der Teilungserklärung nach § 8 WEG (vgl. *Senat*, BGHZ 145, 133, 136) kann einem Wohnungseigentümer das Recht eingeräumt werden, gemeinschaftliches Eigentum allein, also unter Ausschluss der übrigen, zu benutzen. Dieses Sondernutzungsrecht muss nicht nur bei seiner Begründung, sondern auch schon bei dem hierauf gerichteten Verpflichtungsgeschäft im Zusammenhang mit dem Erwerb des noch zu errichtenden Wohnungseigentums eindeutig bezeichnet sein. Der Berechtigte (Käufer) muss erkennen können, welchen Teil des Gemeinschaftseigentums er allein nutzen dürfe und hinsichtlich welcher anderen Teile er wegen der Sondernutzungsrechte der übrigen (späteren) Wohnungseigentümer von der Nutzung ausgeschlossen sein soll. Anderenfalls ist der Kaufgegenstand nicht genau genug bestimmt. Es genügt allerdings, dass – wie bei der Begründung des Sondernutzungsrechts (vgl. *Bämann/Pick*, WEG, 15. Aufl., § 15 Rdnr. 9) – die Fläche, auf die es sich beziehen soll, bestimmbar ist; zu deren Bezeichnung kann auf einen der Kaufvertragsurkunde beigefügten Plan Bezug genommen werden.

b) Diesen Anforderungen genügen die Regelungen in § 19 des Kaufvertrags in Verbindung mit dem ihm beigeschlossenen Lageplan. Da hier Wohnungseigentum als Sondereigentum an einem einzelnen Haus, verbunden mit dem Sondernutzungsrecht an der umgebenden Grundstücksfläche verkauft wurde, ist es gerechtfertigt, für die Beurteilung der Bestimmtheit dieser Fläche auf die Grundsätze zurückzugreifen, die bei dem Verkauf noch nicht vermessener Grundstücksteilflächen gelten. Danach ist es erforderlich, dass die verkaufte Teilfläche entweder aufgrund der Angaben in dem Kaufvertrag oder anhand der dem Vertrag beigefügten Skizze genau ermittelt werden kann (Senatsurt. v. 23.4.1999, V ZR 54/98, NJW-RR 1999, 1030). Fehlt es hieran, führt das zur Nichtigkeit der

Vereinbarung. Allerdings ist dies nicht, wie das Berufungsgericht meint, eine Frage der Form, sondern der inhaltlichen Bestimmtheit (Senatsurt. v. 23.4.1999, V ZR 54/98, NJW-RR 1999, 1030; v. 23.11.2001, V ZR 282/00, WM 2002, 202, 203). Dieser ist nicht nur dann Genüge getan, wenn ein außenstehender Dritter aufgrund der Angaben im Vertrag oder der zeichnerischen Darstellung die Grenzen der veräußerten Grundstücksteilfläche einwandfrei und unschwer feststellen kann (so aber *von Campe*, DNotZ 2000, 109, 111). Vielmehr kommt es insoweit darauf an, worauf sich Verkäufer und Käufer geeinigt haben (vgl. *Kanzleiter*, NJW 2000, 1919, 1920).

aa) Zur Begründung der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. ist die Bezeichnung des Kaufgegenstands erforderlich. Dafür genügt es, dass er anhand der vertraglichen Regelungen bestimmbar ist. Ist das nicht möglich, ist eine schuldrechtliche Bindung nicht entstanden. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Vertragsrecht (§§ 145 ff BGB). Davon zu unterscheiden ist das Bestimmtheitserfordernis des Sachen- und Grundbuchrechts. Es dient dazu, dass jedermann aus der im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs eingetragenen Grundstücksbezeichnung erkennen kann, um welches Grundstück es sich handelt. Um das zu erreichen, enthalten die Vorschriften in § 2 Abs. 3 bis 5 GBO für die Abschreibung von Grundstücksteilen eingehende Bestimmungen, welche das Auffinden der Teilfläche in der Natur gewährleisten und ihre eindeutige Darstellung im Grundbuch in Übereinstimmung mit dem Liegenschaftskataster sicherstellen sollen. Ein noch nicht vermessener Grundstücksteil kann danach nicht als Grundstück im Grundbuch gebucht werden, und zwar auch dann nicht, wenn die Teilfläche in einem notariellen Vertrag mit Skizze hinreichend genau bestimmt ist, weil es häufig zu Differenzen zwischen den mehr oder minder genauen Planunterlagen in notariellen Urkunden und der endgültigen Vermessung kommt (Senatsurt. v. 21.2.1986, V ZR 246/84, NJW 1986, 1867, 1868). Sollen Sondernutzungsrechte durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (Teilungserklärung) eingetragen werden, muss diese die Fläche genau bezeichnen (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., Anhang zu § 3 Rdnr. 29). Für die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags kommt es dagegen nur darauf an, ob die Vertragsparteien sich über die Größe, die Lage und den Zuschnitt der Fläche entsprechend einer zeichnerischen – nicht notwendig maßstabgerechten – Darstellung und darüber einig sind, dass die genaue Grenzziehung erst noch erfolgen soll. Insoweit geht es nämlich nur um die Bestimmung des Inhalts der Leistungspflicht des Verkäufers, aus der ausschließlich der Käufer Rechte herleiten kann. Der allgemeine Rechtsverkehr, zu dessen Gunsten das sachen- und grundbuchrechtliche Bestimmtheitserfordernis gilt, wird davon nicht berührt.

bb) Allerdings hat der *Senat* die Notwendigkeit hinreichend genauer Umschreibung des den Verpflichtungsgegenstand bildenden Geländes früher aus dem gesetzlichen Beurkundungserfordernis hergeleitet (BGHZ 74, 116, 120) und in diesem Zusammenhang den Begriff der Beurkundungsbestimmtheit gebraucht (BGHZ 97, 147; Urt. v. 8.11.1968, V ZR 58/65, NJW 1969, 131, 132; Urt. v. 18.4.1986, V ZR 32/85, NJW 1986, 2820). Damit sollte jedoch nur umschrieben werden, dass sich das gesetzliche Beurkundungserfordernis nach § 313 BGB a.F. auch auf die genaue Bezeichnung des Verpflichtungsgegenstands erstreckt, nicht dagegen einem besonderen Beurkundungserfordernis das Wort geredet werden. Denn die Wirksamkeit eines notariell beurkundeten Kaufvertrags erfordert neben der inhaltlichen Bestimmtheit des Vereinbarten auch, dass die Parteien dem Vereinbarten in der Urkunde Ausdruck gegeben haben und damit eine Nichtigkeit wegen Formmangels ausscheidet (vgl. Senatsurt. v. 23.11.2001,

V ZR 282/00, WM 2002, 202). Beide Voraussetzungen müssen nebeneinander vorliegen, um von einem wirksamen Rechtsgeschäft ausgehen zu können. Im Fall einer ungenügenden Bezeichnung der verkauften Teilfläche oder Sondernutzungsfläche würde deshalb die – nicht beurkundete – übereinstimmende Vorstellung der Parteien über den beabsichtigten Grenzverlauf nichts an der Formnichtigkeit des Vertrags ändern (vgl. *Senat*, BGHZ 74, 116, 118 f; Senatsurt. v. 8.11.1968, a.a.O.; Senatsurt. v. 13.6.1980, V ZR 119/79, WM 1980, 1013, 1014). Er wäre aber auch dann unwirksam, wenn die übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien in der notariellen Urkunde zum Ausdruck gekommen wären; allerdings fehlte es dann nicht an der gesetzlichen Form, sondern an der inhaltlichen Bestimmtheit.

cc) Soweit der Kaufgegenstand bei der Veräußerung einer noch zu vermessenden Grundstücksteilfläche durch eine bestimmte Grenzziehung in einer der Kaufvertragsurkunde beigefügten zeichnerischen Darstellung gekennzeichnet wird, hat es der *Senat* bisher für erforderlich gehalten, dass der Plan oder die Skizze maßstabsgerecht ist (Urt. v. 23.4.1999, V ZR 54/98, NJW-RR 1999, 1030; vgl. auch Urt. v. 15.3.1967, V ZR 60/64, LM BGB § 155 Nr. 2, und Urt. v. 13.6.1980, V ZR 119/79, WM 1980, 1013). Dies darf jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass es insoweit maßgeblich auf den Willen der Parteien ankommt. Geht er im Einzelfall dahin, die noch zu vermessende Teilfläche bzw. die noch genau zu fixierende Sondernutzungsfläche im Vertrag abschließend festzulegen, so muss eine hierzu verwendete Planskizze maßstabsgetreu sein. Ist sie es nicht und ergeben sich hieraus Zweifelsfragen, ist die Vereinbarung inhaltlich nicht bestimmt und der Vertrag nicht zu Stande gekommen (§ 155 BGB). Haben sich die Parteien dagegen bei Vertragsabschluss mit einem geringeren Bestimmtheitsgrad zufrieden gegeben und die verbindliche Festlegung der Durchführung des Vertrags überlassen, ist das Verpflichtungsgeschäft wirksam. Es ist dann eine Frage der Auslegung, wem die genaue Festlegung zustehen sollte.

dd) Die den Klägern zuzuweisende Sondernutzungsfläche ist in dem eine Anlage zum Kaufvertrag bildenden Lageplan eingezeichnet; sie wird nach der vertraglichen Regelung von den Markierungspunkten 28, 27, 20, 49, 48 und 29 begrenzt. Da in dem Lageplan das Gesamtgrundstück, das später in Miteigentumsanteile für die Wohnungseigentümer aufgeteilt werden sollte, die Sondernutzungsflächen der übrigen Wohnungseigentümer und die Lage der zu errichtenden Wohnhäuser eingezeichnet sind, können die ungefähre Größe und Lage der streitigen Fläche ermittelt werden. Dass sie nicht maßstabsgerecht dargestellt ist, ist schon auf den ersten Blick offensichtlich; es fehlt nämlich die Angabe eines bestimmten Maßstabs und einer Seitenlänge der Sondernutzungsfläche. Gleichwohl waren sich die Vertragsparteien darüber einig, dass für die Käufer an dieser Fläche ein Sondernutzungsrecht begründet werden sollte. Auch bestand zwischen ihnen Einigkeit darüber, dass die Fläche anhand der nicht maßstabsgerechten Skizze erst noch in der von der Beklagten aufzustellenden Teilungserklärung festgelegt werden sollte. Somit haben die Parteien einen Teilbereich des Umfangs der von der Beklagten geschuldeten Leistung bewusst offen gelassen und ihr insoweit ein Bestimmungsrecht zugestanden (§ 315 BGB). Das führt zur hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit des Vertrags. Da die auf dem übereinstimmenden Willen beruhende Einigung der Vertragsparteien in der Urkunde vollständig wiedergegeben wird, ist auch dem gesetzlichen Formerfordernis Genüge getan.

3. Der Kaufvertrag ist – entgegen der vom Prozessbevollmächtigten der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor

dem *Senat* geäußerten Rechtsauffassung – auch nicht wegen Verstoßes gegen Vorschriften des AGB-Gesetzes und der Makler- und Bauträgerverordnung unwirksam. Weder hat das Berufungsgericht festgestellt, dass es sich bei den Vereinbarungen um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 AGBG handelt, noch gibt es dafür hinreichende Anhaltspunkte. Gleiches gilt für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Makler- und Bauträgerverordnung (§ 1 MaBV). Die Beklagte hat ihre Erklärungen im eigenen Namen ausschließlich als Grundstücksverkäuferin und nicht als Bauträgerin abgegeben. Die Werkverträge zur Errichtung eines Wohnhauses nebst Keller wurden mit verschiedenen Bauunternehmern abgeschlossen.

(...)

Anmerkung

Der Entscheidung ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung, die dieses Ergebnis trägt, ohne Einschränkung zuzustimmen.¹ Sie räumt Missverständnisse aus, die aufgrund früherer Entscheidungen – zu Recht oder zu Unrecht – entstanden waren.

Der Klärung dient zunächst die Feststellung, es sei nicht eine Frage der Form, sondern der inhaltlichen Bestimmtheit, eine Frage des Zustandekommens des Vertrages², dass das Vertragsobjekt vereinbart sein muss (was selbstverständlich ist) und dass es dafür auf die Einigung von Verkäufer und Käufer und nicht darauf ankommt, ob ein außenstehender Dritter die Grenzen der verkauften Grundstücksteilfläche aufgrund des Vertragswortlauts feststellen kann.

Seine vorsichtige Distanzierung von BGHZ 74, 116, 120 kleidet der *Senat* in die Form einer Interpretation der Entscheidung: Mit den damals gewählten Formulierungen habe nur umschrieben werden sollen, dass sich das gesetzliche Beurkundungserfordernis auch auf die genaue Bezeichnung der veräußerten Grundstücksfläche erstreckt (was, wenn man noch das unnötige Wort *genau* weglässt, ebenfalls selbstverständlich ist), die Entscheidung habe nicht besondere Anforderungen an die Beurkundung dieses Punktes aufstellen wollen. Unzweifelhaft richtig ist die daraus gezogene zusammenfassende Konsequenz, die Wirksamkeit eines notariell beurkundeten Kaufvertrages habe zur Bezeichnung des Vertragsobjekts (wie zu allen anderen Punkten) zwei Voraussetzungen: Einmal dass das Vereinbarte inhaltlich bestimmt ist, zum Zweiten, dass die Parteien dem Vereinbarten im Vertrag Ausdruck gegeben haben. Und ebenfalls unzweifelhaft richtig ist schließlich der Hinweis auf den Unterschied zwischen dem sachenrechtlichen Bestimmtheitserfordernis und den Anforderungen an eine wirksame schuldrechtliche Verpflichtung, wobei das Gericht ebenfalls zu Recht feststellt, dass für die Vereinbarung einer veräußerten Teilfläche, wie für die Vereinbarung einer Teilfläche, die Gegenstand eines Sondernutzungsrechts sein soll, die gleichen Regeln gelten.

Demgegenüber ist es ein Schönheitsfehler, der weniger ins Gewicht fällt, dass das Gericht in seinen Formulierungen die Kontinuität zu früheren Entscheidungen wahrt und deshalb einzelne Details missverständlich bleiben: Das Wort *„eindeutig“* im ersten Leitsatz ist unnötig und missverständlich, weil es wieder auf eine objektive Eindeutigkeit hindeuten könnte, obwohl es nach den Feststellungen in der Begründung doch nur auf die subjektive Einigung von Verkäufer und Käufer

ankommt. Ähnliches gilt für die Verwendung des Wortes *„genau“* und für den ziemlichen *„Eiertanz“* zu der Frage, ob nur eine maßstabsgetreue Planskizze zur Festlegung der Teilfläche herangezogen werden kann. Ob der Plan maßstabsgetreu ist oder nicht, kann schon deshalb keine Bedeutung haben, weil das eigentlich Entscheidende, nämlich die Einzeichnung der neuen Grenzlinie, keine höhere Weihe oder stärkere Bedeutung dadurch erlangt, dass sie in einem maßstabsgetreuen oder sogar in einem amtlichen Lageplan erfolgt. Einerseits wird ein eventueller Dissens dadurch nicht ausgeschlossen, andererseits kann auch die Einzeichnung in einem nicht maßstabsgetreuen Plan zu einem objektiv völlig eindeutigen Ergebnis führen, wenn die neue Grenzlinie z.B. durch Umstände in der Natur (Gebäude, Bäume, vorhandene Grenzlinien, zu denen sie parallel oder im rechten Winkel verläuft) determiniert ist. Ganz abgesehen davon und darüber hinaus kommt es auf das objektiv eindeutige Ergebnis gar nicht an, sondern auf die Einigung von Veräußerer und Erwerber, wobei es freilich im Zweifelsfall möglich sein muss, eine Lücke durch Auslegung, ergänzende Auslegung und §§ 315 ff. BGB zu schließen. Die Formulierung des BGH, dass der Vertrag nicht zustande gekommen ist, wenn die verwendete Planskizze nicht maßstabsgetreu ist *und* (Hervorhebung vom Verf.) sich daraus – nicht lösbare – (Hinzufügung vom Verf.) Zweifelsfragen ergeben, steht dazu durchaus nicht im Widerspruch.

Die Einigung von Veräußerer und Erwerber ist die eine Voraussetzung für das Zustandekommen eines wirksamen Veräußerungsvertrages über eine Teilfläche. Die zweite ist, dass – wie der BGH sagt – die Parteien dem Vereinbarten in der Urkunde Ausdruck gegeben haben, „nach der Andeutungstheorie“ (die nicht problematisiert werden soll), dass sich für das Vereinbarte in der Urkunde wenigstens eine Andeutung findet; in den erörterten Fällen ist daran in der Regel nicht zu zweifeln, auch wenn die Einzeichnung im Plan nur unvollkommen gelungen ist.³

Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm

³ Vgl. auch *Kanzleiter*, MittBayNot 2002, 13 ff.

7. BGB §§ 883, 530 (Vormerkungsfähigkeit eines Rückübertragungsanspruchs bei grobem Undank)

Der bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück vorbehaltene Anspruch auf Rückübertragung in dem Falle, dass der Erwerber oder dessen Gesamtnachfolger sich als grob undankbar erweist, ist vormerkungsfähig.

GBO § 79 Abs. 2

Legt das Oberlandesgericht in einer Grundbuchsache dem Bundesgerichtshof die weitere Beschwerde vor, hat dieser nur über den Verfahrensgegenstand zu entscheiden, der Anlass zur Vorlage war (hier: Antrag auf Eintragung einer Rückauffassungsvormerkung); soweit die Beschwerde andere Verfahrensgegenstände erfasst (hier: Eigentumswechsel, Nießbrauchsbestellung), entscheidet das Oberlandesgericht selbst.

BGH, Beschluss vom 13.6.2002 – V ZB 30/01 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

¹ Das gilt auch für das Urteil BGH, WM 2002, 202.

² S. *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 408 ff.

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Miteigentümer einer Eigentumswohnung. Diese übertrugen sie unter gleichzeitiger Auflassung mit notariellem Vertrag vom 14.12.2000 an ihren Sohn, den Beteiligten zu 3. Dabei behielten sich die Beteiligten zu 1 und 2 neben einem lebenslangen Nießbrauch das Recht vor, die Rückübertragung u.a. dann verlangen zu können, wenn sich der Erwerber oder dessen Gesamtrechtsnachfolger als grob undankbar im Sinne von § 530 BGB erweisen. Zur Sicherung der Rückübertragungsansprüche bewilligten und beantragten die Beteiligten die Eintragung von Auflassungsvormerkungen zu Gunsten der Veräußerer.

Mit Schreiben vom 18.12.2000 hat der Urkundsnotar namens aller Beteiligten beim Grundbuchamt beantragt, den Eigentumswechsel, die Nießbrauchbestellung und die Rückauflassungsvormerkungen einzutragen. Dieses Eintragungsbegehren hat das Grundbuchamt mit Schreiben vom 28.12.2000 mit der Begründung beanstandet, der Begriff des groben Undanks sei nicht hinreichend bestimmt, weswegen ein an diese Voraussetzungen geknüpfter Rückübertragungsanspruch nicht durch eine Vormerkung gesichert werden könne. Gleichzeitig hat das Grundbuchamt zur Vermeidung einer Zurückweisung der Eintragungsanträge nach § 16 Abs. 2 GBO Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. teilweisen Antragsrücknahme bis 15.2.2001 gegeben und um Mitteilung gebeten, ob ein rechtsmittelfähiger Bescheid gewünscht werde. Hiergegen haben die Beteiligten mit Schreiben vom 9.1.2001 Beschwerde eingelegt. Das Grundbuchamt hat darauf mit Beschluss vom 17.1.2001 die Eintragungsanträge insgesamt abgewiesen. Dagegen haben die Beteiligten ebenfalls Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 7.3.2001 die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 28.12.2000 verworfen und die Beschwerde gegen den Beschluss des Grundbuchamts vom 17.1.2001 als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen richten sich die weiteren Beschwerden der Beteiligten. Das Bayerische Oberste Landesgericht möchte den Rechtsmitteln stattgeben, soweit die Erstbeschwerden als unbegründet zurückgewiesen wurden. Hieran sieht es sich aber durch den Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 23.5.2000 (Rpfleger 2000, 449 ff. = MittBayNot 2000, 429 ff.) gehindert und hat deshalb die Beschwerde mit Beschluss vom 2.8.2001 dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Vorlage ist statthaft, soweit sich die weiteren Beschwerden gegen die versagte Eintragung von Auflassungsvormerkungen zur Sicherung der Rückübertragungsansprüche der Veräußerer im Falle groben Undanks des Erwerbers bzw. seiner Gesamtrechtsnachfolger richten (§ 79 Abs. 2 GBO).

Das vorliegende Gericht ist der Ansicht, die (vertraglichen) Rückübertragungsansprüche der Veräußerer im Falle groben Undanks könnten durch eine Vormerkung gesichert werden. Der Eintragung solcher Vormerkungen stehe nicht der Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchs entgegen. Denn dieser gebiete nicht, dass das auslösende Ereignis für den Eintritt einer Bedingung oder das Entstehen eines künftigen Anspruchs sogleich und ohne Meinungsverschiedenheit oder Streit über sein Vorliegen feststellbar sei. Vielmehr sei seine Vormerkungsfähigkeit nur dann zu verneinen, wenn die zur Beschreibung des anspruchsbegründenden Ereignisses verwendeten Begriffe zu ungenau seien, um eine objektive Bestimmung zu ermöglichen. Dies könne aber nicht angenommen werden, wenn – wie hier – hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen auf den Wortlaut des Gesetzes (§ 530 Abs. 1 BGB) zurückgegriffen werde. Die von den Beteiligten bewilligten Rückauflassungsvormerkungen seien daher unabhängig davon eintragungsfähig, ob es sich bei den zu sichernden Ansprüchen um künftige oder um bedingte Berechtigungen handele und ob in beiden Fällen gleichermaßen die Entstehung der vorzumerkenden Ansprüche noch vom Willen des demnächst Berechtigten abhängen dürfe.

Demgegenüber vertritt das Oberlandesgericht Hamm in seiner auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung vom

23.5.2000 (Rpfleger 2000, 449 ff. = MittBayNot 2000, 429 ff.) die Auffassung, eine zur Sicherung des gesetzlichen Rückübertragungsanspruches des Schenkers nach §§ 530, 531 Abs. 2, 812 BGB bewilligte Vormerkung könne nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Das in § 530 BGB geregelte Widerrufsrecht knüpfe in seinen Voraussetzungen an unbestimmte Rechtsbegriffe an. Damit bleibe die Entstehung eines solchen Anspruchs so vage, dass seine Sicherung im Wege der Vormerkung mit der Publizitätsfunktion des Grundbuchs unvereinbar sei. Offenbleiben könne daneben, ob die Vormerkungsfähigkeit des gesetzlichen Rückübertragungsanspruches bei grobem Undank auch daran scheitere, dass die erfolgte Schenkung möglicherweise keinen hinreichend sicheren Rechtsboden für diesen künftigen Anspruch begründe.

Die Divergenz dieser beiden Rechtsauffassungen rechtfertigt die Vorlage, wenngleich sie auf eine unterschiedliche Auslegung materiell-rechtlicher Bestimmungen (§§ 883, 530 Abs. 1 BGB) zurückzuführen ist. Denn das Grundbuch betreffende Vorschriften im Sinne von § 79 Abs. 2 Satz 1 GBO sind alle bei der Entscheidung über einen gestellten Eintragungsantrag angewendeten oder zu Unrecht außer acht gelassenen Normen, soweit sie auf bundesrechtlicher Grundlage beruhen (*Senat* BGHZ 123, 297, 300; 129, 1, 3; 130, 342, 343 ff.; Beschluss vom 5.12.1996, V ZB 27/96, NJW 1997, 861, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 134, 182). Dass Gegenstand des Vorlagebeschlusses vertraglich vereinbarte Rückübertragungsansprüche sind, während sich das Oberlandesgericht Hamm mit einem gesetzlichen Rückübertragungsanspruch zu befassen hatte, steht der Vorlage ebenfalls nicht entgegen. Denn in beiden Fällen stellt sich gleichermaßen die jeweils für entscheidungserheblich erachtete Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Rückübertragungsanspruch bei grobem Undank vor seiner Entstehung bestimmbar und damit vormerkungsfähig ist.

(...)

IV.

Zulässig sind dagegen die weiteren Beschwerden der Beteiligten, soweit sie sich gegen die Zurückweisung der beantragten Eintragung von Auflassungsvormerkungen zur Sicherung bei grobem Undank der Erwerber oder ihrer Erben bestehender Rückübertragungsansprüche richten (§§ 78, 80 GBO). Die Beschwerdebefugnis der antragsberechtigten Beteiligten (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO) folgt bereits aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerden (vgl. *Senat*, Beschl. v. 3.2.1994, V ZB 31/93, NJW 1994, 1158). Die Rechtsmittel der Beteiligten haben insoweit auch in der Sache Erfolg. Der *Senat* teilt die Auffassung des vorlegenden Gerichts, die für den Fall des groben Undanks der Erwerber bzw. ihrer Gesamtrechtsnachfolger vereinbarten Rückübertragungsansprüche der Veräußerer seien vormerkungsfähig.

1. Nach § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB kann zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB erweitert die Vormerkungsfähigkeit auf künftige und bedingte Ansprüche. Vorliegend sollen mit den bewilligten Vormerkungen u.a. bereits vertraglich begründete, jedoch an ein derzeit noch ungewisses Verhalten der Erwerber bzw. ihrer Erben (grober Undank) geknüpfte und damit aufschiebend bedingte Rückübertragungsansprüche gesichert werden. Diese Ansprüche sind grundsätzlich vormerkbar.

a) Allerdings genießen bedingte und künftige Ansprüche nur dann Vormerkungsschutz, wenn für die künftige Gestaltung des Anspruchs nicht lediglich eine bloße mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit besteht,

sondern bereits eine feste, die Gestaltung des Anspruchs bestimmende Grundlage (Rechtsboden) vorhanden ist (*Senat*, BGHZ 12, 115, 117 f.; 134, 182, 184 ff.; vgl. auch *Staudinger/Gursky*, BGB, 1996, § 883 BGB Rdnr. 126 i.V.m. 125; KEHE/*Erber-Faller*, a.a.O., Einl. G 20; MünchKomm-BGB/*Wacke*, 3. Aufl., § 883 Rdnr. 24; *Soergel/Stüner*, BGB, 12. Aufl., § 883 Rdnr. 6). Denn ansonsten würde das Grundbuch mit einer unübersehbaren Zahl gesicherter Ansprüche überlastet, die möglicherweise nie zur Entstehung gelangten. Dies hätte eine faktische Sperre des Grundbuchs auf ungewisse Zeit zur Folge und beeinträchtigte zudem die Verkehrsfähigkeit des betroffenen Grundstücks. Die aufgezeigten Eintragungsvoraussetzungen werden von bedingten Ansprüchen jedoch regelmäßig erfüllt. Im Gegensatz zu künftigen Rechten entstehen bedingte Ansprüche nämlich bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung und nicht erst mit dem Eintritt der vorgesehenen Bedingung (*Senat*, BGHZ 38, 369, 371; BayObLG, MittBayNot 1995, 207, 209; MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O., § 883 Rdnr. 22). Ein bedingt abgeschlossenes Rechtsgeschäft bietet somit in aller Regel den erforderlichen sicheren Rechtsboden für das künftige Wirksamwerden des darin begründeten Anspruchs (*Senat*, BGHZ 134, 185 ff.; BayObLG, a.a.O., 209; OLG Hamm, Rpfleger 1978, 137; *Staudinger/Gursky*, a.a.O., § 883 Rdnr. 126; *Palandt/Bassenge*, BGB, 60. Aufl. § 883 Rdnr. 18; *Soergel/Stüner*, a.a.O., § 883 Rdnr. 6; *Lichtenberger*, NJW 1977, 1755, 1758). Hiervon ist auch im vorliegenden Fall auszugehen.

b) Die Erwerber haben im notariellen Vertrag vom 14.12.2000 die Verpflichtung übernommen, im Falle groben Undanks (§ 530 BGB) das ihnen überlassene Grundstück an die Veräußerer zurückzugewähren. Nach den von den Beteiligten getroffenen Abreden können sie sich dieser rechtlichen Bindung nicht mehr einseitig entziehen (vgl. zu diesem Erfordernis *Senat*, BGHZ 134, 188; Urt. v. 28.7.1996, V ZR 136/95, WM 1996, 1734; BayObLG, a.a.O.; OLG Hamm, a.a.O., 137 f.; *Staudinger/Gursky*, a.a.O., § 883 Rdnr. 126). Sie können lediglich durch ihr zukünftiges Verhalten verhindern, dass die vereinbarte Bedingung eintritt. Eine solche Potestativbedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) nimmt den vertraglich begründeten Rückübertragungsansprüchen jedoch nicht die erforderliche feste Grundlage. Denn auch wenn die Erwerber den Eintritt der Bedingung frei bestimmen können, so tritt die an ihr künftige Verhalten geknüpfte Rechtsfolge unabhängig davon ein, ob sie zu diesem Zeitpunkt noch von ihnen gewollt ist oder nicht (vgl. *Senat*, BGHZ 134, 188; OLG Hamm, a.a.O., 138). Angesichts dieser bei Abschluss des Rechtsgeschäfts eingegangenen vertraglichen Bindung stehen die für die Vormerkbarkeit künftiger Ansprüche entwickelten Einschränkungen, wonach die Entstehung des Anspruchs nicht ausschließlich vom Willen des Verpflichteten bzw. nur noch vom Willen des künftig Berechtigten abhängen darf, der Eintragung solcher an Potestativbedingungen geknüpfter Ansprüche nicht entgegen (vgl. *Senat* a.a.O., 187 ff.; BayObLG a.a.O.; OLG Köln, MittRhNotK 1995, 100, 101; OLG Zweibrücken, OLGZ 1981, 16, 170; MünchKomm-BGB/*Wacke*, a.a.O., § 883 Rdnr. 22; *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 883 Rdnr. 18; *Staudinger/Gursky*, a.a.O., § 883 Rdnr. 119, 120; *Soergel/Stüner*, a.a.O., § 883 Rdnr. 6; *Lichtenberger*, a.a.O., 1758 ff.).

2. Einer Sicherung der im Falle groben Undanks der Erwerber bzw. ihrer Erben bestehenden Rückübertragungsansprüche der Veräußerer im Wege der Vormerkung steht auch der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nicht entgegen.

a) Dieser erfordert zwar, dass der zu sichernde Anspruch nach Inhalt oder Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar ist (*Senat*, BGHZ 22, 220, 225; 61, 209, 211; Bay-

ObLG, DNotZ 1989, 364, 366; OLG Hamm, Rpfleger 2000, 449, 451; *Demharter*, a.a.O., Anh. zu § 44 GBO Rdnr. 87 m.w.N., Anh. zu § 13 Rdnr. 5). Hierfür ist jedoch ausreichend, dass das Ereignis, mit dessen Eintritt die bedingten Rückübertragungsansprüche wirksam werden sollen, aufgrund objektiver Umstände bestimmbar ist, die auch außerhalb des Grundbuchs liegen können, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind (vgl. *Senat*, BGHZ 130, 342, 345 ff. m.w.N. für den Fall einer Real-last). Die Bestimmbarkeit eines durch eine Vormerkung zu sichernden bedingten Rechts wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Eintritt der Bedingung möglicherweise erst durch eine richterliche Entscheidung festgestellt werden kann (vgl. *Senat*, BGHZ 35, 22, 26 ff.; 130, 342, 346; BayObLGZ 1997, 246, 247; BayObLG NJW-RR 1990, 1169, 1170; OLG Zweibrücken, DNotZ 1990, 177, 178; OLG Frankfurt, Rpfleger 1993, 331).

b) Nach diesen Maßstäben genügt die an das Vorliegen groben Undanks im Sinne von § 530 Abs. 1 BGB geknüpfte Bedingung dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Das Oberlandesgericht Hamm (Rpfleger 2000, 451) überspannt die hieran zu stellenden Anforderungen, wenn es den in dieser Vorschrift geregelten Tatbestandsvoraussetzungen eine ausreichende Bestimmtheit abspricht (so auch *Haegeler/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 1489). Zwar bleibt die Frage, wann eine als grober Undank zu wertende schwere Verfehlung im Sinne von § 530 Abs. 1 BGB anzunehmen ist, weitgehend der nach den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalles vorzunehmenden tatrichterlichen Beurteilung überlassen (BGHZ 87, 145, 149; 91, 273, 278; 140, 275, 277; BGH, Urt. v. 30.6.1993, XII ZR 210/91, NJW-RR 1993, 1410, 1411). Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat den Rechtsbegriff des groben Undanks jedoch näher ausgefüllt und ihm damit einen objektiv bestimmbaren Bedeutungsinhalt verliehen. Eine schwere Verfehlung im Sinne von § 530 Abs. 1 BGB, durch die sich der Beschenkte des groben Undanks gegenüber dem Schenker schuldig macht, setzt demnach objektiv ein gewisses Maß an Schwere und subjektiv eine tadelnswerte Gesinnung voraus, die einen Mangel an Dankbarkeit gegenüber dem Schenker erkennen lässt (BGHZ 87, 149; 91, 278; BGH, Urt. v. 30.6.1993, XII ZR 210/91 a.a.O., 1411; Urt. v. 9.1.1999, X ZR 42/97, NJW 1999, 1626, 1627, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 140, 275). Diese Abgrenzungskriterien sind durch eine umfangreiche Fallgruppenbildung weiter präzisiert worden. Damit ist aber eine ausreichende Bestimmbarkeit des Fehlverhaltens, das die Schwelle zum groben Undank überschreitet und damit die vorliegend durch Vormerkungen zu sichernden Rückübertragungsansprüche der Veräußerer auslöst, gewährleistet. Sollten im Einzelfall Unsicherheiten verbleiben, so können diese Zweifel durch eine richterliche Entscheidung ausgeräumt werden, ohne dass hierdurch die objektive Bestimmbarkeit der vorgemerkten Ansprüche in Frage gestellt wird.

3. Schließlich scheidet die Vormerkbarkeit solchermaßen bedingter Rückübertragungsansprüche vorliegend nicht daran, dass die Bedingung außer zu Lebzeiten der Verpflichteten auch erst nach deren Tod verwirklicht werden und der Eintritt der Bedingung von einem Verhalten der Gesamtrechtsnachfolger abhängig sein kann (vgl. *Senat*, BGHZ 134, 182, 188 ff.). Die bedingten Ansprüche stellen im Falle des Ablebens des Erwerbers eine Nachlassverbindlichkeit im Sinne von § 1967 Abs. 2 BGB dar; damit wirkt die Vormerkung gemäß § 884 BGB gegen die Erben des Erwerbers fort (*Senat* a.a.O.).

(...)

8. BGB §§ 158, 883, GBO § 47 (*Vormerkungsfähigkeit eines Rückübertragungsanspruchs wegen Unterlassung gütlicher Vereinbarungen*)

1. Ein an mehrere alternative Bedingungen geknüpfter Rückübertragungsanspruch wird nur durch eine Vormerkung gesichert.
2. Überlassen Eheleute ihren gemeinschaftlichen Grundbesitz an ihre beiden Abkömmlinge je zur Hälfte und soll jedem der Ehegatten ein durch Vormerkung zu sichernder Rückübertragungsanspruch gegen jeden der Erwerber zustehen, so handelt es sich um nebeneinander selbstständig bestehende Berechtigungen, auf die § 47 GBO nicht anwendbar ist.

(Leitsätze des Gerichts)

Der bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück vorbehaltene Anspruch auf Rücküberweisung im Falle, dass der Erwerber oder dessen Gesamtrechtsnachfolger im Fall der Eheschließung nicht durch gütliche Vereinbarungen sicherstellt, dass der Ehegatte im Fall der Auflösung der Ehe weder an dem übertragenen Grundstück noch an dessen Wertsteigerung wertmäßig beteiligt ist, ist vormerkungsfähig.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluss vom 1.8.2002 – 2Z BR 72/01 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Dr. Michael Bohrer*, München

Zum Sachverhalt:

Vgl. bereits die Sachverhaltsschilderung bei BGH, Beschluss vom 13.6.2002 – V ZR 30/01 (vorstehend abgedruckt).

Dabei behielten sich die Beteiligten zu 1 und 2 das Recht vor, die Rücküberweisung verlangen zu können, wenn der Erwerber oder dessen Gesamtrechtsnachfolger

- a) vor dem Veräußerer verstirbt oder
- b) einen Vertrag abschließt, der ihn zur vollständigen oder teilweisen Übereignung des ... Grundstückseigentums oder zur Bestellung eines Erbbaurechts hieran verpflichtet oder
- c) die Eintragung von Rechten in Abteilung II oder in Abteilung III des Grundbuchs bewilligt oder wenn das Grundstückseigentum im Wege der Einzelzwangsvollstreckung beschlagnahmt oder wenn auf seine Veranlassung ein Zwangsversteigerungstermin zum Zweck der Aufhebung einer Gemeinschaft bestimmt ist oder
- d) Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellt oder gegen ihn ein Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird oder
- e) grob undankbar im Sinn des § 530 BGB ist oder
- f) eine Ehe eingeht und nicht sichergestellt ist, dass der Ehegatte im Fall deren Auflösung unter Lebenden (insb. im Fall der Scheidung) aus dem ehelichen Güterrecht weder an dem hier geschenkten Grundstück noch an dessen Wert beteiligt ist und dass er hierwegen auch keine güterstandsbezogenen Ansprüche (insbes. auch wegen Wertveränderungen während der Ehezeit) hat.

Zur Sicherung der genannten Rückübertragungsansprüche bewilligten und beantragten die Vertragsteile, zugunsten jedes Veräußerers an dem Miteigentumsanteil jedes Erwerbers eine Vormerkung – untereinander im Gleichrang –, deren Sicherungswirkung jeweils mit dem Tod des Berechtigten endet, in das Grundbuch einzutragen.

Aus den Gründen:

1. Aufgrund der Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat der *Senat* noch über die Begründetheit der im Verfahrensverbund gemäß § 16 Abs. 2 GBO stehenden Eintragungsanträge zu entscheiden.

()..

2. Die Eintragungsanträge haben Erfolg.

()..

(2) Die Bedingung, dass der Veräußerer Rücküberweisung verlangen kann, wenn der Erwerber eine Ehe eingeht und nicht sichergestellt ist, dass der Ehegatte im Falle deren Auflösung unter Lebenden aus dem ehelichen Güterrecht weder an dem unentgeltlich überlassenen Grundbesitz noch an dessen Wert beteiligt ist und dass er hierwegen auch keine güterstandsbezogenen Ansprüche hat, ist rechtlich unbedenklich und genügt insbesondere dem Bestimmtheitsgebot (vgl. BGHZ 134, 182; *Palandt/Bassenge* BGB 61. Aufl. § 883 Rdnr. 18 m.w.N.). Es liegt auch nicht etwa ein Versuch vor, im Fall einer Eheschließung eines der Erwerber auf den Güterstand der Eheleute unzulässigen Einfluss zu nehmen. Vertragliche Vereinbarungen unter Ehegatten über den Ausschluss bestimmter Vermögensgegenstände vom Zugewinnausgleich sind gesetzlich zulässig, sei es in genereller Form für jeden Fall der Beendigung des Güterstandes (§ 1408 BGB, dazu BGH NJW 1997, 2239/2240), sei es im Fall der Scheidungsfolgenvereinbarung (§ 1378 Abs. 3 BGB). Gerade bei der unentgeltlichen Weitergabe von Grundbesitz im Weg vorweggenommener Erbfolge entspricht es einem anerkanntswerten Bedürfnis des Übergebenden, das Vermögen in der Hand des Erwerbenden zu halten (vgl. etwa *Albrecht in Reithmann/Albrecht/Basty* Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 7. Aufl. Rdnr. 662). Dies gilt umso mehr, wenn das übergebene Grundstück weiterhin eine wesentliche Existenzgrundlage des Übergebenden, etwa in Form unentgeltlichen Wohnens auf Lebenszeit, bilden soll.

(3) Die übrigen Bedingungen, unter denen Rücküberweisung verlangt werden kann, sind üblich und rechtlich unbedenklich.

(4) Auch wenn der (Rück-)Übereignungsanspruch an mehrere alternative Bedingungen geknüpft ist, wird er durch nur eine Vormerkung gesichert (vgl. BayObLG DNotZ 1999, 1011). Es handelt sich nämlich der Sache nach um einen Anspruch, nicht um mehrere Rückübertragungsansprüche. Solange der Anspruch nicht ausgeübt wird, bleibt er erhalten, mögen auch eine oder mehrere der genannten Bedingungen erfüllt sein. Wird er dagegen ausgeübt, erlischt er insgesamt.

(5) Nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts gewollt sind je selbstständige Rückübertragungsansprüche der beiden Veräußerer, also gerade nicht ein gemeinschaftlicher Anspruch der Beteiligten zu 1. Diese Ansprüche sind durch je eine gesonderte Vormerkung zu sichern, und zwar an jedem der beiden ideellen Miteigentumsanteile, so dass insgesamt vier Vormerkungen einzutragen sind. § 47 GBO ist nicht einschlägig, weil es sich um nebeneinander stehende unabhängige Rechte handelt (vgl. BayObLGZ 1957, 322/324; *Wegmann in Bauer/von Oefele* GBO § 47 Rdnr. 50). In welcher Rechtsgemeinschaft das Grundstück erworben wird, ist ohne Bedeutung (vgl. BayObLGZ 1967, 275/278). Der Eintragung steht auch nicht entgegen, dass die Geltendmachung des Anspruchs durch einen Ehegatten auch dem anderen Ehegatten zugute kommt, falls er auch rückerwerben will oder kann. Denn der Inhaber des Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung muss nicht zugleich auch der Begünstigte der Rechtsänderung sein (BayObLG DNotZ 1989, 370/372; *Demharter* GBO 24. Aufl. Anhang zu § 44 Rdnr. 101).

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch LG München I, Beschluss vom 11.2.2002 – 13T 2232/02, MittBayNot 2002, S. 404 (in diesem Heft).

9. GBO §§ 19, 22, 23, 29 (*Löschung der Rückübertragungsvormerkung bei Tod des Berechtigten*)

Zur Löschung einer Vormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung genügt der Nachweis des Todes des Berechtigten, wenn der gesicherte Anspruch auf die Lebensdauer des Berechtigten beschränkt war.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG München II, Beschluss vom 7.2.2002 – 6 T 5771/01 –, mitgeteilt von Rechtsanwalt *Clement Dodell*, Penzberg

Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller ist seit 3.6.1993 aufgrund Erbscheins des Amtsgerichts Weilheim vom 21.5.1993 als Alleineigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundstücks im Grundbuch eingetragen. In Abteilung 2 ist für J. ein Leibgeding löschar bei Todesnachweis; und zu ihren Gunsten eine Rückauflassungsvormerkung (Anspruch bedingt) eingetragen.

Mit notariellem Übergabevertrag vom 1.10.1991 überließ die damalige Eigentümerin J. ihrem Sohn H. das Grundstück. Als Gegenleistung bestellte er u.a. der Übergeberin ein Leibgeding, bestehend aus einem lebenslangen Wohnrecht im übergebenen Anwesen und einer Versorgungsverpflichtung mit Wart und Pflege. Außerdem war die Übergeberin berechtigt, die Rückübertragung des übergebenen Grundbesitzes zu verlangen, falls der Übernehmer über diesen zu Lebzeiten der Übergeberin ohne deren Zustimmung vertragswidrig verfügen sollte. In Ziffer IV.4 des Vertrages ist bestimmt:

Dieser bedingte Rückübertragungsanspruch ist nicht übertragbar und nicht vererblich, erlischt also mit dem Ableben des Übergebers.“

Zur Sicherung dieses bedingten Anspruchs auf Rückauflassung des Vertragsbesitzes wurde zugunsten der Übergeberin eine Rückauflassungsvormerkung bestellt, die am 30.10.1991 im Grundbuch eingetragen wurde.

Die Berechtigte ist am 21.8.2000 verstorben.

Mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 1.12.2000 beantragte der Antragsteller unter Vorlage der Sterbeurkunde die Löschung des Leibgedings und der Rückauflassungsvormerkung.

Mit Zwischenverfügung vom 4.7.2001 hat ihm das Grundbuchamt aufgegeben, zur Löschung der Rückauflassungsvormerkung die Löschungsbewilligungen der Erben der Berechtigten vorzulegen.

Die gegen die Zwischenverfügung am 30.8.2001 eingelegte Erinnerung des Antragstellers wurde dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Das gegen die vorliegende Zwischenverfügung des Rechtspflegers statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel der Beschwerde (§§ 71 Abs. 1, 18 Abs. 1 GBO, 11 Abs. 1 RPflG) ist sachlich begründet. Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

Nach § 22 Abs. 1 GBO ist zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Auflassungsvormerkung die Bewilligung der Betroffenen (§ 19 GBO) nicht erforderlich, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 29 GBO) nachgewiesen ist. Diese Bestimmung gilt nicht nur für dingliche Rechte, sondern ist auch bei Vormerkungen anwendbar (*Demharter*; GBO, 23. Aufl., § 22 Rdnr. 4 m.w.N.).

Die Unrichtigkeit des Grundbuchs in Bezug auf eine Vormerkung ist dann gegeben, wenn der durch sie gesicherte Anspruch erloschen und dies in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist. Denn als Sicherungsmittel hängt die Vormerkung in ihrem Bestand von dem des Anspruchs ab, zu dessen Si-

cherung sie bestellt ist (vgl. etwa BayObLG DNotZ 89, 363; MittBayNot 90, 37; *Haegele/Schöner/Stöber*; Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdnr. 1539). Daher genügt zur Löschung der Vormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung der Nachweis des Todes des Berechtigten, wenn der gesicherte Anspruch auf die Lebensdauer des Berechtigten beschränkt war (*Haegele/Schöner/Stöber*; a.a.O., Rdnr. 1544 a; *Demharter*; a.a.O., § 23 Rdnr. 1). Etwas anderes gilt nur dann, wenn nach der Art des gesicherten Rechts, das auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist, die Möglichkeit von Rückständen im Sinne des § 23 GBO besteht. In diesem Fall ist die Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises durch § 23 GBO unter bestimmten Voraussetzungen erleichtert, im Übrigen aber ausgeschlossen (BayObLG, MittBayNot 90, 37/38 mit Anm. *Ertl*; *Demharter*; a.a.O., § 23 Rdnr. 1).

Bei der hier zugunsten der Berechtigten eingetragenen Auflassungsvormerkung handelt es sich jedoch nicht um ein Recht im Sinne des § 23 GBO. Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch auf Rückübertragung des Grundbesitzes (und damit diese selbst) sollte nämlich nach dem ausdrücklich erklärten Willen der Vertragsparteien nicht übertragbar und nicht vererblich sein, mithin auf jeden Fall mit dem Tod der Berechtigten erlöschen, selbst wenn der zu Lebzeiten entstandene Anspruch auf Rückauflassung bereits geltend gemacht war. Da bei einem nicht vererblichen Anspruch Rückstände ausgeschlossen sind, ist die mit dem Tod der Berechtigten erloschene Vormerkung nach § 22 GBO zu löschen. Der Nachweis für das Erlöschen der Rückauflassungsvormerkung und damit für die Unrichtigkeit des Grundbuchs ist durch die notarielle Vereinbarung vom 1.10.1991 und die Vorlage der Sterbeurkunde geführt.

10. BGB § 877, § 876, GBO § 19, WEG § 10 Abs. 2 (*Eintragung eines Sondernutzungsrechts an mit Dienstbarkeit belasteter Fläche*)

Wird einem Wohnungseigentümer eine bestimmte Grundstücksfläche zur Sondernutzung als Kfz-Stellplatz zugewiesen, so ist damit eine andere Nutzung dieser Fläche ausgeschlossen.

Die Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch bedarf der Bewilligung des Dienstbarkeitsberechtigten eines Kinderspielplatzmitbenutzungsrechts, das sich auf dieselbe Fläche erstreckt.

Die Bewilligung des Berechtigten eines Geh- und Fahrrechts ist nicht erforderlich, wenn die Ausübung dieser Dienstbarkeit auf eine andere Fläche des Grundstücks beschränkt ist.

BayObLG, Beschluss vom 9.4.2002 – 2Z BR 30/02 = BayObLGZ 2002 Nr. 19 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage. Mit notarieller Vereinbarung vom 7.11.2001 änderten sie die ursprüngliche Teilungserklärung. Unter anderem begründeten sie ein Sondernutzungsrecht für einen Eigentümer in Form eines Kfz-Abstellplatzes.

In den Wohnungsgrundbüchern ist in Abteilung II ein Kinderspielplatzmitbenutzungsrecht für die jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks und ein Geh- und Fahrrecht für den jeweiligen Eigentümer einer Wohnung in einer anderen Wohnanlage eingetragen.

Das neu begründete Sondernutzungsrecht soll sich teilweise auf die Fläche erstrecken, für die das Kinderspielplatzmitbenutzungsrecht besteht. Die Ausübung des Geh- und Fahrrechts ist auf einen anderen Teil des Grundstücks beschränkt.

Die Beteiligten haben die Eintragung der Vereinbarung vom 7.11.2001 in die Wohnungsgrundbücher beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 5.2.2002 die Zustimmung der dinglich Berechtigten der Rechte in Abteilung II für erforderlich erachtet und darauf hingewiesen, dass Pkw-Stellplatz und Spielplatz auf der gleichen Fläche nicht möglich seien.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist teilweise begründet.

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

a) Betroffen im Sinne des § 19 GBO ist derjenige, dessen grundbuchmäßiges Recht im Zeitpunkt der Grundbucheintragung von dieser rechtlich beeinträchtigt wird oder beeinträchtigt werden kann. Das ist dann der Fall, wenn die dingliche Rechtsstellung des Rechtsinhabers durch die vorzunehmende Eintragung irgendwie ungünstiger gestaltet wird oder zumindestens ungünstiger gestaltet werden kann. Dies setzt ein rechtliches, nicht nur ein tatsächliches oder wirtschaftliches Betroffensein voraus (BGHZ 91, 343 ff.; BayObLGZ 1981, 156/158; 1985, 141/142).

Materiell-rechtlich ist ein im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht weder ein dingliches noch ein grundstücksgleiches Recht, sondern ein schuldrechtliches Gebrauchsrecht. Mit der Eintragung im Grundbuch bewirkt es allerdings eine Inhaltsänderung aller Wohnungseigentumsrechte (BGHZ 91, 343 ff.; BayObLG ZMR 2000, 638 ff. = DNotZ 2002, 142 ff.). Zur Inhaltsänderung ist nach §§ 876, 877 BGB die Zustimmung eines Dritten erforderlich, mit dessen Recht das Wohnungseigentum belastet ist, es sei denn, dass die dingliche Rechtsstellung des Dritten durch die Änderung rechtlich nicht berührt wird (BGHZ 91, 343/346). Soweit danach die Zustimmung notwendig ist, bedarf es grundbuchrechtlich der Bewilligung (*Demharter* § 19 Rdnr. 53).

b) Durch die Begründung des Sondernutzungsrechtes wird das Kinderspielplatzmitbenutzungsrecht rechtlich beeinträchtigt, sodass die Vorinstanzen zu Recht die Zustimmung des insoweit dinglich Berechtigten verlangt haben.

Dabei kann es dahinstehen, ob bereits der Umstand, dass an einer Teilfläche des Spielplatzes statt einer gemeinschaftlichen Berechtigung eine Einzelnutzungsberechtigung in der Form eines Sondernutzungsrechtes geschaffen werden soll, eine Beeinträchtigung darstellt.

Die rechtliche Beeinträchtigung ergibt sich daraus, dass über die Benutzungsberechtigung hinaus auch die Benutzungsart verändert werden soll. Die betroffene Grundstücksfläche soll als Kfz-Stellplatz genutzt werden. Damit ist einerseits positiv geregelt, dass der Sondernutzungsberechtigte die Fläche zum Abstellen von Kraftfahrzeugen nutzen kann. Andererseits ist damit aber auch negativ geregelt, dass eine andere Art der Benutzung ausgeschlossen ist. Das ergibt sich aus der eindeutigen Bezeichnung des Sondernutzungsrechtes als Kfz-Sondernutzungsrecht bzw. Kfz-Stellplatz:

Wäre die Begründung dieses Sondernutzungsrechtes materiell-rechtlich wirksam und im Grundbuch eingetragen, wären

die Wohnungseigentümer rechtlich nicht mehr in der Lage, dem Berechtigten des Kinderspielplatzmitbenutzungsrechtes die uneingeschränkte Ausübung dieses Rechtes zu ermöglichen. Dem stünde nämlich die Zweckbestimmung als Kfz-Stellplatz nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich entgegen, da aufgrund der Inhaltsänderung des Wohnungseigentums eine Nutzung als Kinderspielplatz nicht mehr uneingeschränkt zulässig wäre. Das belastete Wohnungseigentum böte nämlich rechtlich nicht mehr die Möglichkeit, die gesamte Fläche als Kinderspielplatz zu nutzen, sodass die Dienstbarkeit eine Verpflichtung beinhalten würde, die rechtlich nicht erfüllt werden könnte. Für ein Kinderspielplatzmitbenutzungsrecht gibt es keine Grundlage, wenn kein Kinderspielplatz betrieben werden kann.

Der Senat folgt nicht der Auffassung von *Röll* (MünchKomm BGB 3. Aufl. § 10 WEG Rdnr. 16), wonach die Zustimmung der Inhaber von Dienstbarkeiten zur Änderung der Gemeinschaftsordnung in keinem Fall erforderlich sei. Zwar ist eine Dienstbarkeit gegen jeden Wohnungseigentümer durchsetzbar, wenn jedes Wohnungseigentum mit der Dienstbarkeit belastet ist. Die Dienstbarkeit kann jedoch nur dann durchgesetzt werden, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit nach dem Inhalt des belasteten Wohnungseigentums überhaupt möglich ist. Der Vorrang der Dienstbarkeit vor einer Änderung der Gemeinschaftsordnung kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Rangverhältnisses begründet werden. Ein Rangverhältnis besteht nach § 879 BGB grundsätzlich nur zwischen mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, nicht aber zwischen dem Grundstück und dem darauf lastenden Recht (*Demharter* § 45 Rdnr. 15). Der Inhalt des Wohnungseigentums, wie er unter anderem durch die Begründung von Sondernutzungsrechten ausgestaltet wird, ist aber keine Belastung des Grundstücks.

c) Die weitere Beschwerde ist jedoch insoweit begründet, als die Vorinstanzen auch eine Zustimmung des Berechtigten des Geh- und Fahrrechts verlangt haben. Die Vorinstanzen haben zur näheren Ausgestaltung des Geh- und Fahrrechts keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Der Senat kann jedoch die erforderlichen Feststellungen anhand der Akten selbst treffen. In den jeweiligen Wohnungsgrundbüchern ist für das Geh- und Fahrrecht Bezug genommen auf die Bewilligung vom 13.11.1990. Danach beschränkt sich die Ausübung des Geh- und Fahrrechts auf die im Lageplan gekennzeichnete Grundstücksfläche. Die vom Geh- und Fahrrecht betroffene Fläche liegt an einer anderen Stelle des Grundstücks als der verfahrensgegenständliche Kfz-Stellplatz. Eine rechtliche Beeinträchtigung des Geh- und Fahrrechts ist deshalb ausgeschlossen.

Es besteht somit weder materiell-rechtlich eine Zustimmungspflicht nach §§ 877, 876 BGB noch ist der Geh- und Fahrrechtigte betroffen im Sinne des § 19 GBO.

Anmerkung:

Der vorstehenden Entscheidung des BayObLG lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

An einem Wohnungseigentumsgrundstück bestand eine Grunddienstbarkeit mit dem Recht zum Mitbenutzen eines Kinderspielplatzes. Die Wohnungseigentümer vereinbarten ein Sondernutzungsrecht für einen der Wohnungseigentümer mit dem Recht, auf einer bestimmten Fläche ein Kraftfahrzeug abzustellen. Beide Rechte betrafen teilweise die gleiche Fläche. Das BayObLG entschied, dass die Eintragung des Sonder-

nutzungsrechts im Hinblick auf §§ 877, 876 BGB der Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten bedürfe.

Der Entscheidung ist nicht zuzustimmen.

Das Sondernutzungsrecht wurde durch eine Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 WEG begründet. Diese Bestimmung bezieht sich nach ihrem klaren Wortlaut auf das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, also auf das Innenverhältnis der Gemeinschaft, nicht auf das Außenverhältnis zu Dritten. Es berührt die Dienstbarkeit daher nicht, wenn im Innenverhältnis an Stelle der bisherigen gemeinsamen Nutzung das alleinige Benutzungsrecht eines Eigentümers tritt. Sein Recht kann nicht stärker sein als das frühere Recht aller Wohnungseigentümer. Die Dienstbarkeit ist ja bei allen Eigentumswohnungen eingetragen, auch bei der Wohnung des Sondernutzungsberechtigten. Daran würde auch eine Eintragung des Sondernutzungsrechts in das Grundbuch nichts ändern, denn nach § 10 Abs. 2 WEG bewirkt diese Grundbucheintragung nur, dass das Sondernutzungsrecht auch gegen den Sondernachfolger eines jeden Wohnungseigentümers wirksam ist.

Es erhebt sich die Frage, ob die Einräumung eines Sondernutzungsrechts überhaupt Sinn macht. Natürlich kann der Dienstbarkeitsberechtigte die Ausübung des Sondernutzungsrechts verbieten. Er muss aber nicht. Wenn sich die Flächen wie hier nur teilweise überschneiden, wird der Dienstbarkeitsberechtigte der Nutzung als Abstellplatz bei einer geringfügigen Überschreitung vielleicht zustimmen, insbesondere dann, wenn ihm etwa in anderer Weise Zugeständnisse gemacht worden sind. Eine solche Erlaubnis kann auch rein schuldrechtlich erteilt werden, möglicherweise stets widerruflich. Eine Zustimmung im Grundbuchverfahren, wie vom BayObLG verlangt, ist dann nicht sinnvoll.

Der Sondernutzungsberechtigte braucht aber die Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 WEG und zur Wirkung gegen Rechtsnachfolger auch die Grundbucheintragung nach § 10 Abs. 2 WEG. Nur so kann er sein Recht gegen alle Eigentümer durchsetzen. Der Dienstbarkeitsberechtigte allein kann ihm das Abstellen von Kraftfahrzeugen nicht erlauben, sein Recht bezieht sich nur auf das Betreiben eines Kinderspielflur auf einer bestimmten Fläche.

Es fragt sich, warum das Gericht die §§ 877, 876 BGB überhaupt angewendet hat. Offensichtlich wurden hier Grundsätze, die bei Belastungen einer einzelnen Eigentumswohnung Geltung haben, auf Rechte übertragen, die am ganzen Grundstück eingetragen sind. So kann es für den Gläubiger einer Grundschuld an einer Eigentumswohnung nachteilig sein, wenn für einen anderen Eigentümer ein Sondernutzungsrecht eingetragen wird; denn nunmehr steht die Benutzung der Fläche nicht mehr allen Eigentümern zu. Die Grundschuld hat vor allem Bedeutung im Fall der Zwangsversteigerung. Der Erwerber im Zwangsversteigerungsverfahren ist an die Änderung der Gemeinschaftsordnung und die damit verbundene Einräumung des Sondernutzungsrechts gebunden und erleidet so einen Rechtsnachteil, der auch für den Grundschuldgläubiger schädlich werden kann. Im hier entschiedenen Fall ist es aber nicht so.

Notar a. D. Dr. Ludwig Röhl, Günzburg

11. EGBGB Art. 120, Hamburgisches AGBGB §§ 35 ff. (*Unschädlichkeitszeugnis bei unwesentlichen Änderungen der Teilungserklärung*)

Bei einem bloßen Kellertausch und anderen unwesentlichen Änderungen der Teilungserklärung können die Zustimmungserklärungen der eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger durch Unschädlichkeitszeugnisse ersetzt werden.

(Leitsatz der Schriftleitung)

Hanseatisches OLG, Beschluss vom 26.3.2002 – 2 Wx 78-102/00

Zum Sachverhalt:

Die Eigentumsanlage besteht aus 10 Eigentumswohnungen und 15 Teileigentumsrechten (Tiefgaragenplätze) für die Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbücher angelegt worden sind. In Abteilung III der jeweiligen Grundbücher sind Grundschulden zugunsten verschiedener Kreditinstitute eingetragen.

Der für die im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichnete Eigentumswohnung vorgesehene Kellerraum Nr. 1 konnte diesem Wohnungseigentümer nicht zur Verfügung gestellt werden, da dieser Raum für die Hausanschlüsse in Anspruch genommen wurde. Deshalb einigte sich der Verkäufer mit dem Käufer der Wohnung Nr. 1 sowie den weiteren Wohnungs- und Teileigentümern dahin, den im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichneten Kellerraum gegen den im Gemeinschaftseigentum stehenden Hausmeisterkeller zu tauschen. Gleichzeitig wurde Einigkeit darüber erzielt, zwei Sondernutzungsrechte an jeweils einer ca. 20 qm großen Terrasse an der Rückfront des Hauses zugunsten der Wohnungen Nr. 1 und 2 zu bestellen, und zwar anstelle von jeweils 2 für jede dieser Wohnungen vorgesehenen, aber nicht gebauten Balkonen. Die Eigentümer haben beantragt, die für den Kellertausch sowie die Bestellung der Sondernutzungsrechte erforderlichen Zustimmungserklärungen der in Abt. III der jeweiligen Grundbücher eingetragenen Grundpfand-rechtsgläubiger durch Erteilung entsprechender Unschädlichkeitszeugnisse gem. Art. 120 EGBGB i.V.m. der analogen Anwendung der §§ 35 ff. des hamburgischen Ausführungsgesetzes zum BGB in der Fassung vom 1.7.1958 (HambBL I 40 e) zu ersetzen.

Diesen Antrag hat das Amtsgericht mit der Begründung abgelehnt, dass § 35 AGBGB auf Wohnungseigentumsrechte nicht anwendbar sei. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Beschwerde hat das Landgericht nach Nichtabhilfe durch die Rechtspflegerin durch Beschluss vom 15.6.2000 zurückgewiesen, und zwar ebenfalls unter Ablehnung einer analogen Anwendung von § 35 ABGB. Mit der weiteren Beschwerde haben die Beteiligten ihren Antrag weiterverfolgt. Während des Rechtsbeschwerdeverfahrens haben die Beteiligten die Zustimmungserklärungen aller Grundpfandberechtigten beigebracht, worauf die Eintragung von Kellertausch und Begründung von Sondernutzungsrechten in sämtlichen Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbüchern erfolgte. Die Beteiligten haben daraufhin das Verfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt und ihr Rechtsmittel auf die Kostenentscheidung beschränkt.

Aus den Gründen:

()..

Die weitere Beschwerde der Beteiligten hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit Erfolg gehabt. Denn nach der Auffassung des *Senats* sprechen überwiegende Gründe dafür, dass in Fällen wie dem vorliegenden § 35 AGBGB ff. in analoger Anwendung herangezogen werden kann und dass auch im Übrigen die Voraussetzungen für die Erteilung des beantragten Unschädlichkeitszeugnisses (Unschädlichkeit der Rechtsänderung für den eingetragenen Berechtigten) wenigstens im vorliegenden Fall erfüllt gewesen sein dürften. Nach seinem Wortlaut bestimmt zwar Art. 120 EGBGB lediglich, dass landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben, nach welchen im Falle der Veräußerung eines Teils eines Grundstücks dieser Teil von den Belastungen des Grundstücks befreit wird, wenn von der zuständigen Behörde festgestellt wird, dass die

Rechtsänderung für die Berechtigten unschädlich ist. Aber schon § 35 AGBGB, wonach ein Teil eines Grundstücks lastenfrei abgeschrieben werden kann, wenn das Amtsgericht, von welchem das Grundbuch für das Grundstück geführt wird, auf Antrag des Eigentümers oder Erwerbers durch Beschluss feststellt, dass die Rechtsänderung für die eingetragenen Berechtigten unschädlich ist, dehnt den Anwendungsbereich für die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses aus, indem hier an die Stelle des Tatbestandsmerkmals Veräußerung eines Grundstücksteils "die Möglichkeit lastenfreier Abschreibung eines Teils des Grundstückes anlässlich jeder Rechtsänderung tritt. Mit dieser Regelung soll erreicht werden, dass Rechtsänderungen bezüglich eines Grundstücksteils, die für die Grundpfandrechte an dem Gesamtgrundstück unschädlich sind, möglichst einfach grundbuchrechtlich abgewickelt werden können, vor allem nicht von der grundsätzlich nach §§ 873, 877 BGB erforderlichen Zustimmung aller Grundpfandgläubiger abhängig sind. Denn in diesem Fall besteht – worauf die Beteiligten zutreffend hinweisen –, die Gefahr, dass eine an sich wünschenswerte Rechtsänderung an der – aus welchen Gründen auch immer – verweigerten Zustimmung nur eines Grundpfandgläubigers scheitert. Die Befreiung davon, dass grundsätzlich alle Grundpfandgläubiger allen Rechtsänderungen an einem Grundstückteil zustimmen müssen, auch wenn sie hiervon ersichtlich nicht betroffen werden, ist bei rechtlichen Veränderungen innerhalb einer Wohnungseigentümergeinschaft in noch viel stärkerem Maße geboten als bei einfachem Grundeigentum. Während beim letzteren die Zahl der Grundpfandgläubiger, deren Zustimmung nach § 873 BGB an dem Grundstück oder Grundstücksteil erforderlich wären, im Regelfall überschaubar sein dürfte, wäre bei betroffenem Wohnungseigentum die Zahl der beteiligten Grundpfandgläubiger in jedem Fall erheblich größer. Zur Demonstration ist der vorliegende Fall besonders gut geeignet. Dem unproblematischen Tausch zweier nahezu identischer Kellerräume, wovon einer im Gemeinschaftseigentum steht und der andere zum Sondereigentum eines Wohnungseigentümers gehört, müssten nach §§ 873, 877 BGB sämtliche Grundpfandgläubiger sämtlicher Wohnungseigentümer zusammen, weil die Übertragung des bisher im Gemeinschaftseigentum stehenden Kellerraums das Miteigentum und damit auch das Sondereigentum eines jeden Wohnungseigentümers (§ 6 WEG) betrifft, was bei sehr großen Wohnungseigentumsanlagen zur Mitwirkung von hundert oder mehr Grundpfandgläubigern führen kann, wenn auch einige Grundpfandgläubiger Rechte an mehreren Eigentumswohnungen haben können. Insofern spricht – anders als das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung meint – die im Regelfall größere Zahl der beteiligten Grundpfandgläubiger nicht gegen, sondern für eine im Grundsatz mögliche analoge Anwendung von § 35 AGBGB, sodass der Senat allein aus diesem Grunde im Einklang mit der Rechtsprechung des BayObLG zu den entsprechenden Regelungen des bayerischen Landesrechts (BayObLG, Wohnungswirtschaft und Mietrecht 93, 689, BayObLG, MittBayNot 1988, 75) die analoge Anwendung der die Ausstellung eines Unschädlichkeitszeugnisses ermöglichenden §§ 35 AGBGB ff. sowohl hinsichtlich der Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum (Kellertausch) als auch hinsichtlich der Einräumung von Sondernutzungsflächen (Terrassen) im Grundsatz für gerechtfertigt hält.

Die vom Landgericht befürchteten unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten können (und müssen) bei der analogen Anwendung von §§ 35 AGBGB ff. durch ein restriktives Verständnis des Tatbestandsmerkmals "Unschädlichkeit" vermieden werden. Auch hier ist der vorliegende Fall beispielhaft. Hinsichtlich des erforderlich gewordenen Kellertausches lässt

sich eine Beeinträchtigung der Grundpfandgläubiger mit Sicherheit ausschließen. Auch hinsichtlich der Einräumung der Sondernutzungsrechte weisen die Beteiligten überzeugend darauf hin, dass durch die Bestellung der Sondernutzungsrechte eine Wertminderung der übrigen Eigentumswohnungen nicht eingetreten ist, da z. B. Sachverständige in Grundstücksangelegenheiten bei der Bewertung von Eigentumswohnungen keine Wertabschläge vornehmen, weil zu Gunsten einer Erdgeschosswohnung ein Sondernutzungsrecht an einer Terrassenfläche begründet wurde.

Dadurch, dass der Wohnungseigentümergeinschaft oder einzelnen Wohnungseigentümern die Möglichkeit eingeräumt wird, in geeigneten Fällen zur Vermeidung der Einholung überflüssiger und kostenträchtiger Zustimmungserklärungen der Grundpfandgläubiger in analoger Anwendung von § 35 AGBGB ein Unschädlichkeitszeugnis zu erhalten, sind die Rechte der Grundpfandgläubiger nicht beeinträchtigt. Nach § 39 Abs. 1 AGBGB ist der Beschluss, der die Unschädlichkeit feststellt, unter anderem auch dem eingetragenen Berechtigten von Amts wegen zuzustellen. Gegen diesen Beschluss steht dem Grundpfandgläubiger das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu (§ 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Dieser Beschluss wird erst mit Rechtskraft wirksam (§ 40 Abs. 2 EGBGB).

(.)..

12. BGB § 1090; GBO §§ 15, 53 Abs. 1 (*Zulässiger Inhalt einer Austragshaus-Dienstbarkeit*)

Ein Wohnungsbesetzungs- oder Wohnungsbelegungsrecht ist als beschränkte persönliche Dienstbarkeit eintragungsfähig. Dies gilt auch dann, wenn in der Bestellsurkunde eine Zustimmungsfiktion vorgesehen ist für bestimmte Personen sowie für den Fall der Vermietung, wenn diese Personen den Wohnraum auf Dauer nicht benötigen.

(Leitätze der Schriftleitung)

LG München II, Beschluss vom 18.6.2002 – 6 T 2621/02, mitgeteilt von Notar *Dr. Ulrich Bracker*, Weilheim

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1) sind als Eigentümer in Gütergemeinschaft von umfangreichem, landwirtschaftlichen Grundbesitz eingetragen. Sie bestellten mit notariell beglaubigter Erklärung vom 12.4.2001 unter anderem unter Ziffer II b eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für den Freistaat Bayern mit folgendem Inhalt:

1. Der Wohnraum, der in dem Austragshaus zur Verfügung steht, das auf Flst.Nr. 1461 errichtet wurde, darf nur von Personen genutzt werden, die durch den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst.Nr. 1461 (herrschendes Grundstück) mit Zustimmung des Freistaates Bayern (Inhaber der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit) bestimmt werden. Diese Zustimmung durch den Freistaat Bayern gilt als erteilt für Personen, die entweder ehemalige Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebes sind, oder hauptberuflich im landwirtschaftlichen Betrieb des Bestimmungsberechtigten tätig sind oder zu dessen noch nicht selbstständigen und wirtschaftlich von ihm abhängigen Familienangehörigen gehören. Weiter gilt diese Zustimmung erteilt zur Vermietung des Wohnraums im Austragshaus für den Fall, dass vorgenannte Personen den Wohnraum auf Dauer nicht benötigen.
2. Wenn das Austragshaus nicht mehr im Außenbereich liegt (,).. abgebrochen wird oder untergeht, erlischt die beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

Die Beteiligten zu 1) bewilligten und beantragten die Eintragung der vorgenannten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Den vom Notar mit Schreiben vom 12.4.2001 gemäß § 15 GBO eingereichten

Vollzugsantrag, der mit weiterem Schreiben vom 29.11.2001 auf die Eintragung der oben wiedergegebenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit beschränkt worden ist, wies die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes mit Beschluss vom 9.4.2002 zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, das bestellte Recht könne nicht Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein. Der zulässige Inhalt einer Austragshaus-Dienstbarkeit, wie er in der Entscheidung des BayObLG vom 30.3.1989 – 2 Z 75/88 – wiedergegeben sei, sei überschritten.

Hiergegen richtet sich die von den Beteiligten zu 1) eingelegte Beschwerde.

Der Beschwerde hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes mit Beschluss vom 30.4.2002 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrages findet gemäß § 71 Abs. 1 GBO i.V.m. § 11 Abs. 1 RPflG die unbeschränkte Beschwerde statt, die sich auch im Übrigen als zulässig erweist.

In der Sache hat das Rechtsmittel Erfolg.

Dem Antrag auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist vorliegend zu entsprechen, weil die Eintragung von den Betroffenen (den Beteiligten zu 1) bewilligt ist (§ 19 GBO) und ein Eintragungshindernis nicht besteht. Ein Eintragungshindernis liegt vor, wenn die Eintragung ihrem Inhalt nach unzulässig wäre (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) oder wenn die Eintragung das Grundbuch unrichtig machen würde und dieses Eintragungshindernis sicher feststünde.

Vorliegend ist die beantragte Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit entgegen der Ansicht des Erstgerichtes nicht unzulässig. Der Inhalt der bewilligten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist nicht zu beanstanden. In Übereinstimmung mit der nun herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum ist auch die Kammer der Ansicht, dass die Eintragungsfähigkeit eines Wohnungsbesetzungs- oder Wohnungsbelegungsrechtes als einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu bejahen ist. Nach § 1090 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu nutzen, oder dass ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann. Danach ist eine Belastung eines Grundstücks auch in der Weise zulässig, dass der Inhaber des Rechtes das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf, oder dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder dass die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt (§ 1018 BGB).

Mit der Einräumung eines Wohnungsbesetzungsrechtes wird dem jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks eine von mehreren verschiedenen tatsächlichen Benutzungsmöglichkeiten des Eigentums genommen, nämlich die Möglichkeit, die Wohnung im Austragshaus auf dem dienenden Grundstück von anderen Personen nutzen zu lassen als denjenigen, die durch den jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks mit Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten bestimmt wurden. Dass diese Beschränkung der aus dem Eigentum fließenden Rechte (§ 903 BGB) zwar auch, aber nicht ausschließlich eine Beschränkung in der rechtlichen Verfügungsmacht bewirkt und deshalb als beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Unterlassungsdienstbarkeit) eintragungsfähig ist, ist bereits mehrfach entschieden worden (vgl. BayObLG, FGPrax 00, 134; BayObLG, MittBayNot 1990, 34; BayObLG, MittBayNot 1989, 212; BayObLG, MittBay-

Not 1982, 122; BayObLG, RPfleger 82, 273; LG Ravensburg, RPfleger 92, 192).

Die Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten, die nach dem Inhalt der Bewilligungserklärung für bestimmte Fälle als vorweg erteilt gelten soll, ändert grundsätzlich nichts daran, dass dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Nutzung zu Wohnzwecken generell genommen ist und dies als Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit somit trotz vereinbarter Zustimmungsfiktion eintragungsfähig ist (vgl. BayObLG, MittBayNot 1989, 212/214). Aus dieser Entscheidung des BayObLG vom 30.3.1989 lässt sich nicht im Umkehrschluss entnehmen, dass das Wohnungsbesetzungsrecht ausschließlich mit dem Inhalt, der der dortigen Entscheidung zugrunde lag, zulässig wäre, insbesondere nur bei Begrenzung der Zustimmungsfiktionstatbestände auf die dort aufgezählten Sachverhalte. Eine abschließende Aufzählung der zulässigen Fiktionstatbestände enthält die Entscheidung nicht.

Dass die Parteien vorliegend einen weiteren Fiktionstatbestand vereinbart haben, steht der Eintragung der Dienstbarkeit nicht entgegen. Die Dienstbarkeit schränkt das Bestimmungsrecht des Eigentümers des belasteten Grundstücks vielmehr umfassend ein. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks bedarf nach zutreffender Auslegung der Bewilligungserklärung in jedem Falle der Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten, wenn das auf dem belasteten Grundstück befindliche Austragshaus zu Wohnzwecken genutzt werden soll. Der Inhalt der aus der Dienstbarkeit fließenden Berechtigung des Begünstigten und umgekehrt der Inhalt der Belastung des dienenden Grundstückes ist daher zweifelsfrei bestimmt und inhaltlich nicht zu beanstanden.

Unschädlich ist der Umstand, dass die Tatbestände, bei denen die erforderliche Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten als vorweg erteilt gilt, nicht eindeutig beschrieben sind. Wann der Wohnraum im Austragshaus auf Dauer“ von den zunächst in der Bewilligungserklärung aufgezählten Personen nicht benötigt wird, wird im Einzelfall zu prüfen sein, und ist möglicherweise nicht immer eindeutig zu klären, zumal nähere Angaben dazu, anhand welcher Kriterien die vorausschauende Beurteilung der Frage, ob die genannten Personen künftig auf Dauer den Wohnraum nicht benötigen werden, zu erfolgen hat, fehlen. Einer Eintragung der Dienstbarkeit steht dies aber nicht entgegen. Das aus der Dienstbarkeit fließende Recht und dazu korrespondierend die auf dem dienenden Grundstück lastende Unterlassungspflicht ist umfassend bestellt und damit klar. Die Unklarheit bei der Beurteilung der Fälle, in denen die erforderliche Zustimmung als bereits vorweg erteilt gilt, erstreckt sich nicht auf den Inhalt der Dienstbarkeit selbst. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem vom BayObLG in MittBayNot 1990, 34 entschiedenen Fall. Die Zustimmungsfiktion ist nicht als Beschränkung des Zustimmungsrechtes selbst zu verstehen, weshalb Unklarheiten im Bereich der Zustimmungsfiktion die Eintragung des – umfassend bestellten – Zustimmungsrechtes als beschränkter persönlicher Dienstbarkeit nicht unzulässig machen. Etwaige Streitfragen darüber, ob die auf Grund der bestellten Dienstbarkeit erforderliche Zustimmung zu einer konkreten Nutzung erteilt ist oder die konkrete Nutzung auf Grund der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit wegen fehlender Zustimmung untersagt werden kann, werden die Prozessgerichte zu entscheiden haben.

Da das einzutragende Recht seinem Inhalt nach somit zulässig ist und das Grundbuch durch die Eintragung auch nicht unrichtig würde, war wie tenoriert zu entscheiden.

13. BGB § 1353 Abs. 1 Satz 2 (*Pflicht des Ehegatten zur Zustimmung zur gemeinsamen Steuerveranlagung*)

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Ehegatte verpflichtet ist, dem Antrag des anderen auf gemeinsame Veranlagung zur Einkommensteuer zuzustimmen, wenn in dem betreffenden Veranlagungszeitraum die eheliche Lebensgemeinschaft noch bestand und die Ehegatten in die Steuerklassen III/V eingereiht waren.

BGH, Urteil vom 12.6.2002 – XII ZR 288/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Der Kläger verlangt von der Beklagten Zustimmung zur Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer nach § 26 b EStG für die Jahre 1994 bis 1996.

Die Parteien, die 1983 heirateten und seit März 1997 getrennt lebten, sind seit Juli 1999 geschieden. Sie bezogen in den Jahren 1994 bis 1996 beide Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit. Entsprechend einer von ihnen in den Vorjahren gemeinsam getroffenen Wahl erfolgte der Abzug der Lohnsteuer beim Verdienst des Klägers nach der Steuerklasse III, während vom Verdienst der Beklagten die Lohnsteuer nach der Steuerklasse V abgeführt wurde. In den genannten Jahren bezog der Kläger wesentlich höhere Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit als die Beklagte. Er hatte 1996 zusätzlich Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Im Juli 1997 beantragte die Beklagte bei dem für sie zuständigen Finanzamt, für die Jahre 1994 bis 1996 die getrennte Veranlagung nach § 26 a EStG durchzuführen. Die Beklagte erhielt daraufhin für die genannten Jahre vom Finanzamt insgesamt 13.601,35 DM erstattet. Die Bescheide sind zwischenzeitlich bestandskräftig.

Daraufhin veranlagte das für den Kläger zuständige Finanzamt diesen ebenfalls getrennt zur Einkommensteuer. Nach den hierzu ergangenen Bescheiden hatte der Kläger für die Streitjahre insgesamt etwa 20.500 DM an Einkommensteuer, Solidaritätszuschlag und Zinsen nachzuzahlen. Die Bescheide sind nicht bestandskräftig. Würden die Parteien für die Streitjahre gemeinsam veranlagt werden, so müsste der Kläger an Einkommensteuer einschließlich Solidaritätszuschlag noch 5.304,76 DM bezahlen. Dabei ist allerdings vorausgesetzt, dass der Erstattungsbetrag von 13.601,35 DM, den die Beklagte vom Finanzamt erhalten hat, zurückbezahlt wird.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Zustimmung zur Zusammenveranlagung für die genannten Jahre. Er hat zu Protokoll erklärt, die Beklagte von der Steuerschuld freizustellen, soweit diese über die ihr bereits vom Lohn abgezogenen Beträge hinausgehe, also in Höhe von 5.304,76 DM, nicht jedoch in Höhe der weiteren, der Beklagten erstatteten 13.601,35 DM. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr auf die Berufung des Klägers stattgegeben. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

(...)

1. Zu Recht und von der Revision unbeanstandet hat das Oberlandesgericht das Rechtsschutzbedürfnis der Klage auf Zustimmung der Beklagten zur Zusammenveranlagung der Parteien bejaht. Zwar sind die gegen die Beklagte ergangenen Einzelveranlagungsbescheide bereits bestandskräftig. Dies trifft jedoch für die gegen den Kläger ergangenen Bescheide nicht zu. Den Parteien steht daher die Wahl der Veranlagung noch offen. Ein Zusammenveranlagungsbescheid, wie ihn der Kläger erstrebt, kann daher noch erlassen werden (vgl. BFHE 134, 412, 414).

2. Weiter führt das Berufungsgericht aus, dass sich aus dem Wesen der Ehe grundsätzlich für beide Ehegatten die Verpflichtung ergebe, die finanziellen Lasten des anderen Teils nach Möglichkeit zu vermindern, soweit dies ohne Verletzung

eigener Interessen möglich sei. Eine hiernach begründete familienrechtliche Verpflichtung, der Zusammenveranlagung zuzustimmen, bleibe auch nach der Scheidung als Nachwirkung der Ehe bestehen. Diese Ausführungen des Oberlandesgerichts stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.1976 – IV ZR 104/74 – FamRZ 1977, 38, 40) und werden von der Revision im Grundsatz auch nicht angegriffen.

3. a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe zwar erkannt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft bürgerlich-rechtlich die jeweiligen Schulden getrennt seien und dadurch im Verhältnis der Ehegatten zueinander jeder von ihnen nur für die Steuern, die auf seine Einkünfte entfallen, selbst aufzukommen habe (vgl. BGHZ 73, 29, 38). Mit diesem Grundsatz habe sich das Oberlandesgericht jedoch mit seinen weiteren Ausführungen selbst in Widerspruch gesetzt, indem es davon ausgegangen sei, dass die Beklagte mit ihrem Freistellungsanspruch in Höhe des Erstattungsbetrags nichts anderes als die Rückforderung ihres Beitrags zum Familienunterhalt verlange. Bei den vom Lohn der Beklagten an das Finanzamt abgeführten Steuerbeträgen handele es sich außerdem nicht um Leistungen zum Familienunterhalt. Deshalb fordere die Beklagte auch keine Unterhaltsleistungen zurück. Vielmehr mache sie ihre Zustimmung zur Zusammenveranlagung nur davon abhängig, dass ihr gegenüber der getrennten Veranlagung keine Nachteile entstünden. Da der Kläger sie von der Rückforderung des Finanzamts in Höhe der erhaltenen Erstattungen nicht freistellen wolle und mangels finanzieller Möglichkeiten auch nicht könne, sei sie nicht verpflichtet, in die Zusammenveranlagung einzuwilligen.

Damit dringt die Revision nicht durch.

b) Die Beklagte kann ihre Zustimmung zur Zusammenveranlagung der Parteien nicht davon abhängig machen, dass der Kläger sie von der Rückzahlung des Erstattungsbetrages in Höhe von 13.601,35 DM freistellt. Richtig ist zwar, dass der die Zustimmung verlangende Ehegatte regelmäßig zum internen Ausgleich verpflichtet ist, wenn sich bei dem anderen Ehegatten die Steuerschuld infolge der Zusammenveranlagung im Vergleich zur getrennten Veranlagung erhöht (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.1976 a.a.O., 41; Senatsurteil vom 23.3.1983 – IVb ZR 389/81 – FamRZ 1983, 576, 577). Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Ehegatten, wie hier, eine andere Aufteilung ihrer Steuerschulden konkludent vereinbart haben.

aa) Auszugehen ist zunächst davon, dass sich das Innenverhältnis der Parteien nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB richtet. Dies folgt daraus, dass die Parteien in den genannten Streitjahren bis zur Stellung des Antrags der Beklagten auf getrennte Veranlagung im Juli 1997 gemäß § 44 AO als Gesamtschuldner auf die Steuerschulden hafteten (vgl. *Boeker in Hüschmann/Hepp/Spitaler*, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, § 44 AO Rdnr. 16; *Tipke/Kruse*, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, § 44 Rdnr. 13). Im Rahmen der vom Kläger angestrebten Zusammenveranlagung ist dies ebenso der Fall. Nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB haften Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Eine solche abweichende Bestimmung kann sich aus dem Gesetz, einer Vereinbarung, dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder der Natur der Sache, mithin aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens, ergeben (vgl. BGHZ 87, 265, 268; BGHZ 77, 55, 58; Senatsurteile vom 20.3.2002 – XII ZR 176/00 – FamRZ 2002, 739, 740 m. Anm. *Wever*; vom 30.11.1994 – XII ZR 59/93 – FamRZ 1995, 216, 217).

bb) Zu Recht weist das Oberlandesgericht darauf hin, dass sich die Notwendigkeit, die Aufteilung der Haftung abweichend von der Grundregel vorzunehmen, aus den güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten ergeben kann. Diese sind sowohl im Güterstand der Gütertrennung als auch im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft hinsichtlich ihres Vermögens und ihrer Schulden selbstständig. Deshalb hat im Verhältnis der Ehegatten zueinander grundsätzlich jeder von ihnen für die Steuer, die auf seine Einkünfte entfällt, selbst aufzukommen (vgl. BGHZ 73, a.a.O.; Senatsurteile vom 15.11.1989 – IVb ZR 100/88 – FamRZ 1990, 374, 376 und vom 20.3.2002, a.a.O., 740).

cc) Indessen kann auch dieser Maßstab von einer anderweitigen Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 Halbs. 2 BGB überlagert werden. Das ist hier der Fall. Die Parteien haben nach ihrer bisherigen Handhabung konkludent eine solche anderweitige Bestimmung getroffen. Danach hat die Beklagte die Steuerschuld der Parteien insoweit zu tragen, als sie Lohnsteuer im Abzugsverfahren entrichtet hat. Der Kläger hingegen hat alleine die festgesetzten Mehrbeträge zu entrichten.

Zu Recht rügt allerdings die Revision in diesem Zusammenhang, dass sich dieses Ergebnis, wonach die Beklagte im Innenverhältnis der Parteien die ihr abgezogene Lohnsteuer voll zu tragen hat, nicht auf die unterhaltsrechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts und somit nicht auf § 1360 b BGB stützen lässt. Entgegen der Meinung des Oberlandesgerichts stellen nämlich die laufenden Zahlungen der Beklagten im Lohnsteuerabzugsverfahren keine regelmäßigen Leistungen zum Familienunterhalt gemäß § 1360 a Abs. 2 Satz 1 BGB dar. Der durch das Gleichberechtigungsgesetz (BGBl. 1957 I 609) eingeführte Begriff des Familienunterhalts (§§ 1360, 1360 a BGB) umfasst zwar den gesamten Lebensbedarf der Familie, wozu einmal der Unterhalt im engeren Sinne für Ehegatten und gemeinsame Kinder und zum anderen die Kosten des Haushalts gehören. Hierzu können jedoch die Steuern, die auf die Einkünfte der Ehegatten entfallen und diese Bezüge mindern, nicht gerechnet werden (vgl. BGHZ 73, 37).

Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Parteien, auch wenn die Wahl der Steuerklassen die Höhe der nach Veranlagung sich ergebenden Steuer nicht beeinflusst, bewusst die Steuerklassen III/V gewählt haben, um damit monatlich mehr bare Geldmittel zur Verfügung zu haben, als dies bei einer Wahl der Steuerklassen IV/IV der Fall gewesen wäre. Dabei nahmen die Parteien in Kauf, dass das wesentlich höhere Einkommen des Klägers relativ niedrig und das niedrige Einkommen der Beklagten vergleichsweise hoch besteuert wurde. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte in der Zeit des Bestehens der ehelichen Lebensgemeinschaft der Parteien nicht beabsichtigt, einen Antrag auf getrennte Veranlagung zu stellen. Vielmehr hätten die Parteien, wenn sie sich nicht getrennt hätten, auch für die hier in Rede stehenden Jahre die Zusammenveranlagung beantragt. Dies hätte dem normalen Verlauf der Dinge entsprochen, da Ehegatten in intakter Ehe die Zusammenveranlagung wählen, wenn sie, wie im vorliegenden Fall, wegen der verschiedenen Höhe ihrer Einkommen aufgrund der Anwendung der Splittingtabelle eine wesentlich geringere gemeinsame Steuerlast als bei getrennter Veranlagung zu tragen haben. Dass sich die Beklagte für diesen Fall der Zusammenveranlagung einen Ausgleich vorbehalten hätte, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt und wäre auch völlig fernliegend. Tatsächlich hat die Beklagte vom Kläger wegen der höheren Besteuerung ihrer Einkünfte weder einen Ausgleich gefordert noch erhalten. Es ist daher aufgrund der langjährigen entsprechenden Übung von einer konkludenten Vereinba-

rung der Parteien des Inhalts auszugehen, dass die Beklagte ihre Einkünfte nach der Lohnsteuerklasse V versteuert, ohne vom Kläger, dessen Lohn dem Abzug nach der Steuerklasse III unterliegt, einen Ausgleich zu erhalten (vgl. Senatsurteil vom 20.3.2002 a.a.O., 740).

dd) Die Beklagte kann auch nicht wegen des Scheiterns der Ehe den Mehrbetrag, den sie wegen der Besteuerung ihres Einkommens nach der Lohnsteuerklasse V im Vergleich zur Besteuerung bei getrennter Veranlagung geleistet hat, vom Kläger ersetzt verlangen. Der ehelichen Lebensgemeinschaft liegt nämlich die Anschauung zugrunde, mit den Einkommen der Ehegatten gemeinsam zu wirtschaften und finanzielle Mehrleistungen nicht auszugleichen. Es hätte daher einer besonderen Vereinbarung bedurft, wenn sich die Beklagte die Rückforderung dieser Mehrleistung für den Fall der Trennung hätte vorbehalten wollen (vgl. Senatsurteil vom 20.3.2002, a.a.O., 740, für den Fall der Erbringung von Einkommensteuer-Vorauszahlungen durch einen Ehegatten). Eine derartige Vereinbarung ist indes von der Beklagten nicht dargelegt worden.

ee) Entgegen der Revision ändert sich an diesem Ergebnis nichts deswegen, weil der Kläger 1996 neben seinen Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit auch Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 47.556 DM erzielte und diese nicht auf das gemeinsame Konto der Parteien einzahlte, sondern auf dem Geschäftskonto seines im September 1996 neu gegründeten Betriebes stehen ließ. Dadurch wurde die Vereinbarung der Parteien über die Tragung der Steuern für das Einkommen aus nichtselbstständiger Arbeit nicht hinfällig, da beide Parteien auch 1996 solche Einkommen in gleicher Höhe wie in den Vorjahren hatten, und der Kläger, was er nie in Abrede gestellt hat, den Mehrbetrag an Steuern, die durch die Einkünfte aus Gewerbebetrieb anfallen, allein zu tragen hat.

(...)

14. BGB §§ 2218, 666, 1629, 1796 (*Ergänzungspflegschaft bei (Mit-)Testamentsvollstreckung durch gesetzlichen Vertreter*)

Wenn der gesetzliche Vertreter des Vollstreckungsunterworfenen gleichzeitig zum Testamentsvollstrecker bestellt ist, ist wegen des erheblichen Interessengegensatzes ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Dies gilt auch dann, wenn der gesetzliche Vertreter nur Mitvollstrecker ist.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Nürnberg, Beschluss vom 29.6.2002 – 11 UF 1441/01

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte H. geb. am 21.7.1993 ist die alleinige Erbin ihres Vaters, der am 7.1.1999 verstorben ist. Die elterliche Sorge für sie wird allein von ihrer Mutter V. ausgeübt. Aufgrund der Anordnung im Testament des Erblassers ist die Mutter zusammen mit O. zur Mittestamentsvollstreckerin über den Nachlass des Verstorbenen ernannt worden.

Mit Beschluss vom 27.3.2001 hat das Familiengericht für das Kind Ergänzungspflegschaft mit dem Wirkungskreis der Vertretung bei den Auskunfts- und Rechnungslegungsrechten des Erben gegenüber den Testamentsvollstreckern angeordnet.

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Kindes, mit der es erstrebt, den Beschluss aufzuheben. Zur Begründung wird im wesentlichen angeführt, ein Interessengegensatz ihrer gesetzlichen Vertreterin, den die Anordnung der Ergänzungspflegschaft voraussetze, läge nicht vor, da die Mutter nur zusammen mit dem anderen Testamentsvollstrecker handeln könne und somit eine ausreichende Überwachung der Mutter vorläge.

Aus den Gründen:

Die gemäß § 621 e Abs. 1 i.V.m. § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO stattliche Beschwerde ist zulässig, sachlich aber nicht begründet. Zutreffend hat das Familiengericht Ergänzungspflegschaft angeordnet. Die gesetzliche Vertreterin ist rechtlich verhindert, das Kind in Auskunfts- und Rechnungslegungsrechten als Erbin gegen die Testamentsvollstrecker zu vertreten, da die Mutter ihr Kind nicht gegenüber sich selbst als Testamentsvollstreckerin vertreten kann.

Gemäß § 2218 Abs. 1 i.V.m. § 669 BGB hat der Testamentsvollstrecker die Pflicht, den Erben unaufgefordert die erforderlichen Nachrichten zu geben sowie auf Verlangen Auskunft zu erteilen. Dauert die Testamentsvollstreckung länger als ein Jahr (§ 2209 BGB), kann der Erbe gemäß § 2218 Abs. 2 BGB jährliche Rechnungslegung verlangen, die gemäß § 666 BGB i.V.m. § 259 Abs. 1 BGB zu erfolgen hat (BayObLG, Rpfleger 1998, 246, 247). Über diese Rechte des Kindes als Erbin hat die Mutter als alleinige gesetzliche Vertreterin zu wachen. Gegebenenfalls hat sie diese Ansprüche auch geltend zu machen.

Diese Doppelstellung als Testamentsvollstreckerin einerseits und als gesetzliche Vertreterin der Erbin andererseits führt zu einem Interessengegensatz i.S.v. § 1629 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 1796 BGB, der so erheblich ist, dass er die Wahrnehmung der Aufgaben der beiden Ämter durch ein und dieselbe Person ausschließt (BayObLG, Rpfleger 1977, 440).

An dieser rechtlichen Beurteilung ändert sich nichts dadurch, dass die gesetzliche Vertreterin nicht allein Testamentsvollstreckerin ist, sondern nur Mitvollstreckerin. Zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung gegenüber den Erben ist nämlich jeder der mehreren Testamentsvollstrecker verpflichtet, jeder einzelne Testamentsvollstrecker kann hierauf verklagt werden (*Haegle/Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 15. Aufl., S. 221, Rdnr. 463).

Im Hinblick darauf, dass die gesetzliche Vertreterin der minderjährigen Erbin gegenüber den Testamentsvollstrecker echte Überwachungsaufgaben hat, liegt auch kein Fall der unzulässigen Beobachtungspflegschaft vor (OLG Hamm, FamRZ 1993, 1122, 1123).

3. Von der Anhörung des Kindes hat das Beschwerdegericht abgesehen, da der Wille des sieben Jahre alten Kindes für die Entscheidung keine Bedeutung hat und auch ein unmittelbarer Eindruck für die Feststellung des Sachverhalts nicht nötig ist (§ 50 b Abs. 1 FGG).

()..

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Kirchner*, MittBayNot 2002, S. 368 (in diesem Heft).

15. BGB §§ 138, 1793, 1915 (*Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Schenkung mit Widerrufsvorbehalt*)

Ein im Schenkungsvertrag vorgesehenes Widerrufsrecht des Schenkers wenn nicht durch Ehevertrag des Beschenkten der geschenkte Gegenstand vom Zugewinn ausgenommen ist, ist nicht sittenwidrig, ein solcher Schenkungsvertrag kann daher vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG München I, Beschluss vom 11.2.2002 – 13 T 2232/02 –, mitgeteilt von Notar *Richard von Grafenstein*, München

Aus den Gründen:

1. Das Rechtsmittel der einfachen Beschwerde ist gemäß §§ 19, 21 FGG zulässig. Das betroffene Kind ist beschwerdeberechtigt (§ 20 FGG) und damit durch den mit Beschluss vom 18.4.2001 bestellten Ergänzungspfleger wirksam vertreten, dieser wiederum vertreten durch den bevollmächtigten Notar gemäß § 9 des Übertragungsvertrags vom 28.8.2001 sowie der Genehmigung durch den Ergänzungspfleger vom selben Tag.

2. Das Rechtsmittel ist begründet, da der Übertragungsvertrag gemäß notarieller Urkunde vom 1.3.2001 die Schenkung der darin genannten Immobilie an den Sohn und Beschwerdeführer nicht mit einer sittenwidrigen Auflage i.S.v. § 138 BGB verknüpft.

§ 5 des Vertrags stellt im Einzelnen die Voraussetzungen für ein vorbehaltenes Widerrufsrecht des Übertragenden dar, darunter unter Buchstabe d):

Wenn der Erwerber oder dessen Ehegatte Scheidungsklage erhebt, ausgenommen der Fall, dass in der Ehe Gütertrennung vereinbart oder der Vertragsbesitz durch Ehevertrag von jeglichem Zugewinn ausgeschlossen ist“

Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, ob die Genehmigung erteilt oder verweigert wird, ist am Interesse des Pflinglings auszurichten (§§ 1793, 1915 Abs. 1 BGB). Dabei hat das Vormundschaftsgericht das Wohl und die Interessen des Pflinglings zu berücksichtigen sowie die Interessen der Familie in Betracht zu ziehen, jedoch erst in zweiter Linie und nur dann, wenn sich das mit den Interessen des Pflinglings vereinbaren lässt, § 1697 a BGB. Das Vormundschaftsgericht hat sich auf den Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen zu stellen und muss deshalb auch Erwägungen zur Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit anstellen. Bei der Prüfung wird regelmäßig auf materielle, insbesondere finanzielle Gesichtspunkte abzustellen sein. Jedoch sind diese nicht ausschließlich entscheidend. Das Gericht kann auch ideelle Gesichtspunkte beachten, insbesondere auf Anstand und Sitte Rücksicht nehmen. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist das Gesamtinteresse, wie es sich zur Zeit der tatrichterlichen Entscheidung darstellt. Das Vormundschaftsgericht hat bei seiner Entscheidung alle für dieses Gesamtinteresse maßgebenden Umstände vernünftig abzuwägen. Es darf hierbei auch nicht die Beziehungen des Pflinglings zum Vertragsgegner außer Acht lassen (vgl. BayObLGZ 1977, 121/126 f.).

Das Amtsgericht hat in wirtschaftlicher Hinsicht keinerlei Bedenken gegen die Vertragsklauseln angemeldet, jedoch eine sittenwidrige Auflage in dem vorbehaltenen Widerrufsrecht gesehen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Schenkung als solche nicht mit einer Auflage verbunden ist, zu deren Erfüllung der Beschenkte verpflichtet ist, um dem Rechtsgeschäft zur Durchführung zu verhelfen. Vielmehr räumt sich der übertragende Elternteil ein Widerrufsrecht ein, dessen Ausübung davon abhängig ist, ob im Falle einer späteren Scheidung des Bedachten eine vereinbarte Gütertrennung oder modifizierte Zugewinnsgemeinschaft, die das zu übertragende Gut vom Zugewinnausgleich ausnimmt, besteht, um die Immobilie uneingeschränkt dem Familienbesitz zu erhalten.

Dies beeinträchtigt zwar die persönliche Entfaltungsfreiheit des Sohnes in der Weise, dass er bereits im Zeitpunkt der Eheschließung im Hinblick auf eine nie auszuschließende mögliche Scheidung eine Güterstandsvereinbarung im Sinne des Widerrufsberechtigten mit seiner zukünftigen Ehefrau abschlie-

Ben muss, um den Verlust der Immobilie von vorneherein für den Fall der Scheidung auszuschließen. Ein unzumutbarer Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit kann jedoch nicht darin gesehen werden; das Recht auf Scheidung wird dadurch nicht berührt und der Beschenkte hat die Freiheit, die vermögensrechtlichen Grundlagen seiner Ehe abweichend von der Vorgabe zu gestalten, wenn dies seiner Grundeinstellung in diesen Dingen entspricht. Er läuft dann allerdings Gefahr, das ihm schenkungsweise übertragene Eigentum verlieren zu können. Diese Konsequenz beruht jedoch auf der freien Entscheidung des Beschenkten und nicht auf einer sittenwidrigen Anknüpfung des Widerrufsrechts an eine bestimmte güterrechtliche Vereinbarung; wirtschaftlich würde die Lage des Sohnes im Fall des Widerrufs derjenigen entsprechen, die derzeit vor der wirksamen Übertragung besteht, sodass eine Schlechterstellung nicht eintreten würde. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass der Widerruf nicht zwingend bei Eintritt der Voraussetzungen zu erklären ist und im Übrigen die Gründe für die beabsichtigte Regelung seitens desjenigen, der aus seinem Vermögen unentgeltlich etwas zuwendet aufgrund besonderer familienrechtlicher Bindung vernünftig und nachvollziehbar sind. Der Tatbestand des § 138 BGB kann darin nicht erkannt werden.

()..

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. zur Vormerkungsfähigkeit eines Rückübertragungsanspruchs wegen Unterlassung güterrechtlicher Vereinbarungen BayObLG, Beschluss vom 1.8.2002 – ZZ BR 72/01 –, MittBayNot 2002, S. 396 (in diesem Heft).

16. BGB § 2113, GBO § 51 (*Nacherbschaft zwischen Gesamthädern*)

Wird einer von zwei Miterben eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück durch den anderen Miterben zum Vorerben eingesetzt und stirbt der andere, so kann der Überlebende als Alleinerbe über den Miteigentumsanteil ohne die Beschränkungen eines Vorerben verfügen; ein Nacherbenvermerk ist insoweit in das Grundbuch nicht einzutragen.

Dagegen bleibt es hinsichtlich des vererbten Miteigentumsanteils bei den Beschränkungen des Vorerben und bei der Eintragung eines Nacherbenvermerks, wenn bei einer Bruchteilsgemeinschaft ein Miteigentümer Vorerbe des anderen wird. Daran ändert sich hinsichtlich dieses Miteigentumsanteils nichts, wenn der andere Miteigentumsanteil im Gesamthandseigentum von Erblasser und Vorerben stand und auf den Vorerben übergegangen ist.

BayObLG, Beschluss vom 23.5.2002 – ZZ BR 37/02 = BayObLGZ 2002 Nr. 27 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Als Eigentümer eines Grundstücks waren ursprünglich Eheleute in Bruchteilsgemeinschaft zu je $\frac{1}{2}$ eingetragen.

Im Jahr 1997 ging der $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil der Ehefrau im Weg der Erbfolge auf die aus dem Ehemann und dem gemeinsamen Sohn, dem Beteiligten zu 1, bestehende Erbengemeinschaft über. In Abteilung I wurden im Grundbuch nunmehr als Eigentümer eingetragen unter Nr. 2 a der Ehemann zur Hälfte und unter Nr. 2 b I und II die aus dem Ehemann und dem Sohn bestehende Erbengemeinschaft zur anderen Hälfte.

Der Ehemann wurde im Jahr 1999 von dem Sohn als Vorerbe beerbt. Nacherbe ist dessen Sohn, der Beteiligte zu 2.

Der Beteiligte zu 1 ist seit dem Jahr 1999 als Alleineigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. In Abteilung II wurde vermerkt, dass Nacherbfolge angeordnet ist hinsichtlich der Anteile Nr. 2 a und 2 b I.

Der Beteiligte zu 1 hat beantragt, im Weg der Grundbuchberichtigung den Nacherbenvermerk zu löschen. Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung vom 27.12.2001 die Zustimmung des Nacherben verlangt. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 25.3.2002 die Beschwerde des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich dessen weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Der Beteiligte zu 1 sei hinsichtlich seines $\frac{3}{4}$ -Anteils an dem Grundstück nichtbefreiter Vorerbe. Lediglich die Verfügung über das restliche $\frac{1}{4}$ sei nicht durch Nacherbfolge beschränkt. In einem solchen Fall gehe bei der vorzunehmenden Güterabwägung der Schutzzweck des § 2113 BGB dem Interesse des Eigentümers an einer freien Verfügungsmöglichkeit vor.

2. Die Entscheidung des Landgerichts und die Zwischenverfügung müssen aus formellen Gründen aufgehoben werden.

Durch die Zwischenverfügung sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrags richten und die bei sofortiger Zurückweisung verlorengehen, erhalten bleiben. Dies ist nur gerechtfertigt, wenn der Mangel des Antrags mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann; nur unter diesen Voraussetzungen kommt der Erlass einer Zwischenverfügung in Betracht. Durch Zwischenverfügung kann somit nicht aufgegeben werden, eine zur Eintragung erforderliche, aber noch gar nicht erklärte Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen beizubringen (BayObLG, MittBayNot 1990, 307 m.w.N.).

Diese Grundsätze hat das Grundbuchamt nicht beachtet und durch Zwischenverfügung aufgegeben, die Zustimmung des Nacherben beizubringen. Soweit eine Zustimmung verlangt wird, ist die Zwischenverfügung so auszulegen, dass die gemäß § 19 GBO erforderliche Eintragungsbewilligung gemeint ist. Die Zwischenverfügung und die sie bestätigende Entscheidung des Landgerichts können daher keinen Bestand haben; sie sind aufzuheben.

3. Da Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht der Eintragungsantrag selbst ist, kann über den Eintragungsantrag vom Rechtsbeschwerdegericht nicht entschieden werden. Dies ist Sache des Grundbuchamts.

4. Die Anordnung einer Kostenerstattung ist nicht veranlasst (§ 13a Abs. 1 Satz 1 FGG).

III. Für das weitere Verfahren wird bemerkt:

1. Wird einer von zwei Miterben eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück durch den anderen zum Vorerben eingesetzt und stirbt der andere, so kann der Überlebende als Alleinerbe über diesen Miteigentumsanteil ohne die Beschränkungen des § 2113 BGB verfügen; die Regelung des § 51 GBO gilt in diesem Fall nicht (BGH, Rpfleger 1978, 52; *Demharter* GBO 24. Aufl. § 51 Rdnr. 3). Andernfalls würde nicht nur der zum Nachlass des verstorbenen Miterben gehörende Gesamthandsanteil den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB unterworfen werden, sondern auch derjenige Gesamthandsanteil, der dem überlebenden Miterben

schon vorher zu eigenem Recht zustand. Aus dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit verdient das Schutzbedürfnis des Vorerben an der Flexibilität der Geschäftsführung und des Verkehrsschutzes den Vorrang vor dem Interesse des Nacherben am Schutz vor unberechtigtem Rechtsverlust (vgl. BGH a.a.O.; BayObLGZ 1994, 177/180 ff.; *Meikel/Kraiss* Grundbuchrecht Rdnr. 59; *Schaub* in *Bauer/von Oefele* Grundbuchordnung Rdnr. 58 und 62, jeweils zu § 51). Nichts anderes ergibt sich im Hinblick darauf, dass der Vorerbe in einem solchen Fall vor dem Eintritt des Nacherbfalls über seinen ursprünglichen Miterbenanteil im Ganzen hätte verfügen (§ 2033 BGB) oder Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft (§ 2042 BGB) verlangen können (vgl. BGH a.a.O.).

Der Nacherbenvermerk ist damit insoweit zu löschen, als er bezüglich des ursprünglich unter Nr. 2 b I vorgetragenen Anteils eingetragen ist, ohne dass eine Bewilligung des Nacherben erforderlich wäre (vgl. § 22 GBO).

2. Es bleibt dagegen bei der Anwendung von § 2113 BGB und bei der Eintragung des Nacherbenvermerks, wenn bei einer Bruchteilsgemeinschaft ein Miteigentümer hinsichtlich eines Miteigentumsanteils Vorerbe des anderen wird (vgl. BGH, MittBayNot 1973, 28; *Demharter*; Rdnr. 3, *Meikel/Kraiss* Rdnr. 61, jeweils zu § 51).

Ein solcher Fall liegt hinsichtlich des ursprünglichen Miteigentumsanteils Nr. 2 a vor. Dieser Miteigentumsanteil stand im Alleineigentum des Ehemanns. Im Gegensatz zu dem Miteigentumsanteil Nr. 2 b war er also nicht Gesamthandseigentum, das aus dem ursprünglich im Alleineigentum der Ehefrau stehenden Miteigentumsanteil entstand. Hinsichtlich des im Alleineigentum stehenden Miteigentumsanteils konnte der Ehemann Vor- und Nacherbschaft anordnen, ohne dass ein Konflikt zwischen dem Interesse eines Gesamthänders und dem Interesse des Nacherben am Schutz vor unberechtigtem Rechtsverlust entstehen konnte.

Der Beteiligte zu 1 ist somit durch die Anordnung der Nacherbschaft in der Verfügung über das Grundstück hinsichtlich des ursprünglichen Miteigentumsanteils Nr. 2 a beschränkt. Insoweit gilt nichts anderes als in dem Fall gälte, dass der Erblasser (Ehemann) seinen Miteigentumsanteil Nr. 2 a einem Dritten unter Anordnung von Vor- und Nacherbschaft vermacht hätte. Allein der Umstand, dass die beiden miteigentumsanteile an dem Grundstück Nr. 2 a und 2 b bei dem Sohn nunmehr in einer Hand vereint sind, kann nicht dazu führen, dass die Rechtsprechung zur Eintragung eines Nacherbenvermerks, wenn zum Nachlass des Erblassers Anteile an einem Gesamthandsvermögen gehören und Vor- und Nacherbschaft angeordnet ist, erweitert wird. Im Ergebnis hat sich der Nacherbenvermerk darauf zu beschränken, dass Nacherbfolge nur hinsichtlich eines 1/2-Miteigentumsanteils angeordnet ist.

17. BGB § 2233 Abs. 3, BeurkG § 24 Abs. 1 (*Testament eines sprech- und schreibunfähigen Erblassers*)

1. **Die Feststellung der Sprechunfähigkeit eines mehrfach behinderten Erblassers beurteilt sich auch nach der Entscheidung des BVerfG vom 10.1.1999 (NJW 1999, 1853) allein nach § 2233 Abs. 3 BGB, maßgeblich ist deshalb allein die tatsächliche Überzeugung des Notars zum Zeitpunkt der Beurkundung. Die Feststellung der Sprechunfähigkeit ist nicht von einer entsprechenden ausdrücklichen Erklärung des Notars in der notariellen Urkunde gem. § 24 Abs. 1 S. 2 BeurkG abhängig.**

2. **Die Zuziehung einer Vertrauensperson im Sinne des § 24 Abs. 1 BeurkG setzt voraus, dass der mitwirkende Person durch den Notar die persönliche Mitverantwortung für die Ermittlung des Erblasserwillens bei dem Beurkundungsvorgang übertragen wird; die bloße Anwesenheit dieser Person bei der Beurkundung reicht nicht aus.**

3. **Die Notwendigkeit der Zuziehung einer Vertrauensperson zu der Beurkundung verstößt auch dann nicht gegen das Benachteiligungsverbot Behinderter (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), wenn der Notar der Überzeugung ist, sich mit dem Erblasser hinreichend verständigen zu können, weil er aufgrund persönlicher Bekanntschaft mit seiner Art der Kommunikation durch unartikulierte Laute vertraut ist.**

OLG Hamm, Beschluss vom 26.12.2002 – 15 W 385/01 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

18. GBO § 52, BGB § 2048, BGB § 2209 S. 1 Halbsatz 2 (*Löschung des Testamentsvollstreckervermerks nach Nachlassauseinandersetzung*)

Wirkt der Testamentsvollstrecker daran mit, ein zum Nachlass gehörendes Grundstück in Vollzug einer Teilungsanordnung auf einen Miterben zu übertragen, so ist der eingetragene Testamentsvollstreckervermerk gleichwohl nicht zu löschen, wenn durch letztwillige Verfügung gem. § 2209 S. 1 Halbsatz 2 BGB die Fortdauer der Testamentsvollstreckung nach Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben an dem Erbeil dieses Miterben angeordnet ist.

OLG Hamm, Beschluss vom 31.5.2002 – 15 W 74/02 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

19. GmbHG § 35; HGB § 54 (*Generalvollmacht durch GmbH-Geschäftsführer*)

Zur Auslegung einer notariell beurkundeten Generalvollmacht, in der der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten auch ermächtigt, für ihn sämtliche Erklärungen und Rechtshandlungen vorzunehmen, die ihm in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der von ihm vertretenen Unternehmungen zustehen.

BGH, Urteil vom 18.7.2002 – III ZR 124/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die im Jahr 1913 geborene J. R. war bis zu ihrem Tod im Frühjahr 2000 alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der beklagten Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie bestellte durch eine am 17.2.1983 vom Notar S. in B. beurkundete Generalvollmacht ihren Sohn, den Rechtsanwalt P. R., zu ihrem alleinigen Bevollmächtigten und ermächtigte ihn zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten. Namentlich sollte er – wie in der Urkunde beispielhaft aufgeführt wird – befugt sein, für sie sämtliche Erklärungen und Rechtshandlungen vorzunehmen, die ihr in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin der von ihr vertretenen Unternehmungen zustanden.

Die Parteien streiten über die Verbindlichkeit zweier ebenfalls durch den Notar S. beurkundeter Verträge vom 29.10.1998, die P. R. unter Bezugnahme auf die im Beurkundungstermin im Original vorliegende Vollmachtsurkunde für die Beklagte abgeschlossen hat. Gegenstand des mit der Klägerin geschlossenen Vertrags war der Kauf eines mit einer Seniorenwohnanlage bebauten Grundstücks zum Preis von 12.510.000 DM. Die Beklagte war daran interessiert, den Betrieb der Wohnanlage selbst zu übernehmen und die Tätigkeit der damaligen Betreiberin, die mit der Klägerin einen Pachtvertrag geschlossen hatte, zu einem Ende zu bringen. Dies war neben anderem Gegenstand eines mit der M. GmbH (im Folgenden: M. GmbH) geschlossenen Geschäftsbesorgungs- und Treuhandvertrags. Zur Erfüllung ihrer im Einzelnen im Treuhandvertrag aufgeführten Aufgaben sollte die Treuhänderin in Teilbeträgen, die bis zum 1.5.1999 zahlbar waren, insgesamt 1.990.000 DM erhalten. Hiervon sollte an die Klägerin als pauschale Entschädigung für deren Darlehen an die (frühere) Betreiberin sowie für den Aufwand und das zu tragende Risiko aus deren Liquidation ein Betrag von 1 Mio. DM weitergeleitet werden. Über die Fälligkeit dieses Teilbetrags sollte zwischen der Beklagten und der Klägerin eine separate Absprache getroffen werden.

Am 7.7.1999 trafen die M. GmbH – als Bevollmächtigte der Verkäuferin bezeichnet – und die Beklagte unter Bezugnahme auf die beiden vorgenannten notariellen Verträge Abreden über die Verrechnung gegenseitiger Forderungen, die im Wesentlichen im Zusammenhang mit dem Übergang der Betriebsführung auf die Seniorenresidenz K. GmbH in Gründung standen, deren Gesellschafter und Geschäftsführer P. R. ist. Ferner verpflichtete sich die Beklagte mit einer Verfallsklausel bei Zahlungsverzug zu monatlichen Abschlagszahlungen ab 17.7.1999 bis zum Ausgleich des im Treuhandvertrag vereinbarten Betrages. Diese Vereinbarung unterzeichnete die damalige Geschäftsführerin der Beklagten.

Die Klägerin, die sich auch auf eine Abtretung von Ansprüchen der M. GmbH stützt, verlangt von der Beklagten aus dem für sie bestimmten Betrag von 1 Mio. DM jetzt noch einen offenstehenden Rest von 560.000 DM. Das Landgericht hat der Klage in dieser Höhe nebst Zinsen entsprochen, das Berufungsgericht hat sie auf Befurteilung der Beklagten abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet.

1. a) Das Berufungsgericht geht unter Bezugnahme auf das Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 18.10.1976 (II ZR 9/75 – NJW 1977, 199 f = WM 1976, 1246) davon aus, die frühere Geschäftsführerin der Beklagten habe ihren Sohn mit der Generalvollmacht vom 17.2.1983 nicht wirksam bevollmächtigt. Richtig ist, dass nach dieser Entscheidung die Befugnis des Geschäftsführers einer GmbH zur organschaftlichen Willensbildung und -erklärung und die damit verbundene Verantwortung unübertragbar sind (in diesem Sinn vorher bereits BGHZ 13, 61, 65; 34, 27, 30; 64, 72, 76; BGH, Urteil vom 19.6.1975 – II ZR 170/73 – WM 1975, 790, 791). Infolgedessen kann der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht nicht im Ganzen durch einen anderen ausüben lassen. Das Verbot einer umfassenden Übertragung der organschaftlichen Vertretungsmacht schützt nicht nur die Gesellschafter vor einer Ausübung aller Geschäftsführungsbefugnisse durch Personen, die nicht ihr Vertrauen genießen, sondern es will auch der besonderen Verantwortlichkeit des Geschäftsführers Rechnung tragen. Ob die Gesellschafter einer entsprechenden Bevollmächtigung zugestimmt haben, ist deshalb nicht von Bedeutung, weil Rechtssicherheit und die Belange des Rechtsverkehrs darunter leiden könnten, wenn solche nicht nach außen tretenden gesellschaftsinternen Vorgänge für die allgemeine Vertretungsmacht maßgebend wären (vgl. BGH, Urteil vom 18.10.1976 – II ZR 9/75 – WM 1976, 1246).

b) Mit Recht wendet jedoch die Revision hiergegen ein, die genannte Rechtsprechung schließe es nicht aus, in geeigneten

Fällen die Vollmachtserklärung als eine sogenannte Generalhandlungsvollmacht nach § 54 HGB aufzufassen oder in eine solche umzudeuten. Insoweit habe das Berufungsgericht zu Unrecht eine Auslegung unterlassen und unberücksichtigt gelassen, dass die Vollmacht der damaligen Geschäftsführerin in erster Linie für ihren eigenen, persönlichen Rechtskreis erteilt worden sei und sich nur daneben auf ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin der von ihr vertretenen Unternehmungen erstreckt habe.

Diese Rüge ist begründet. Das Berufungsgericht hat den Inhalt der P. R. erteilten Vollmacht nicht näher gewürdigt, sondern sich darauf beschränkt, eine Passage aus ihr herauszugreifen, die – bei isolierter Betrachtung – als unzulässige Übertragung von Organbefugnissen eines Geschäftsführers angesehen werden könnte. Es hat damit zugleich den Grundsatz einer interessengerechten Auslegung der von der Vollmachtgeberin abgegebenen Erklärung verletzt, der es darum ging, ihrem Sohn im Rahmen des rechtlich Zulässigen möglichst weitgehende Befugnisse zu verleihen, um sie in ihren persönlichen und geschäftlichen Angelegenheiten zu vertreten. Da die Vollmachtsurkunde in das Verfahren eingeführt worden ist und weiterer Vortrag der Parteien hierzu nicht zu erwarten ist, kann der *Senat* diese Auslegung selbst vornehmen.

Sie führt zum Ergebnis, die Vollmacht – soweit sie die geschäftlichen Aktivitäten der Vollmachtgeberin für die Beklagte betrifft – als eine Generalhandlungsvollmacht nach § 54 HGB anzusehen. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist geklärt, dass gegen die Zulässigkeit einer solchen allgemeinen Handlungsvollmacht, die sich auf sämtliche Geschäfte erstreckt, die in einem Geschäftsbetrieb wie dem der GmbH üblich sind, und die nicht auf die unmittelbare Vertretung der GmbH, sondern lediglich auf ein Handeln in (Unter-)Vollmacht des oder der Geschäftsführer gerichtet ist, keine Bedenken bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 8.5.1978 – II ZR 209/76 – WM 1978, 1047, 1048). Ein beachtliches Interesse der Beklagten, die von ihrer früheren Geschäftsführerin erteilte Vollmacht als unzulässige Übertragung organschaftlicher Befugnisse aufzufassen, vermag der *Senat* nicht zu erkennen. In erster Linie geht es zunächst um das Anliegen der Vollmachtgeberin, in wirksamer Weise eine – auch weitgehende – Bevollmächtigung vorzunehmen. Dabei verliert ihre Rechtsstellung als Geschäftsführerin ihr das Recht, ihrem Sohn Befugnisse zu erteilen, die einem Generalhandlungsbevollmächtigten nach § 54 Abs. 1 HGB zukommen. Dass der Bevollmächtigte durch die am 29.10.1998 geschlossenen Verträge seine Befugnisse überschritten hätte, ist nicht erkennbar. Die Beklagte hat sich zwar, nachdem erstmals in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen die Frage der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung durch das Gericht unter Hinweis auf die Entscheidung BGH WM 1976, 1246 aufgeworfen wurde, den Standpunkt zu eigen gemacht, die Vollmacht enthalte eine unwirksame Übertragung organschaftlicher Befugnisse; hiervon abgesehen hat sie jedoch – wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat – von diesen Verträgen keinen Abstand genommen und, wie die Vereinbarung vom 7.7.1999 zeigt, den Betrieb der gekauften Seniorenwohnanlage durch eine ihr nahestehende Gesellschaft übernommen. Das ist aber ein deutlicher Hinweis, dass der Bevollmächtigte sich bei Abschluss der Verträge vom 29.10.1998 trotz ihres hohen finanziellen Volumens im Rahmen des Geschäftsbetriebs der Beklagten gehalten hat.

(...)

2. Erweist sich hiernach die Beklagte als durch den am 29.10.1998 geschlossenen Geschäftsbesorgungs- und Treuhandvertrag gebunden, bedarf es einer Beantwortung der vom

Berufungsgericht verneint Frage, ob die Beklagte den Vertragsschluss durch die Vereinbarung vom 7.7.1999 genehmigt hat, nicht. Da aber über die Fälligkeit des hier von der Klägerin beanspruchten Betrages nach § 4 des Geschäftsbesorgungs- und Treuhandvertrags eine separate Absprache getroffen werden sollte, kommt es auch darauf an, ob die von der früheren Geschäftsführerin der Beklagten unterzeichnete Vereinbarung vom 7.7.1999, der diese Fälligkeitsregelung zu entnehmen ist, Bindungen gegenüber der Beklagten entfaltet. Die Beklagte hat dies mit der Begründung in Abrede gestellt, ihre Geschäftsführerin sei im Juli 1999 geschäftsunfähig gewesen. Das Landgericht hat das Vorbringen der Beklagten insoweit für unsubstantiiert gehalten; das Berufungsgericht hat die Geschäftsfähigkeit der Geschäftsführerin – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – offen gelassen und dementsprechend keine Feststellungen getroffen.

Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz hierzu vorgetragen, ihre frühere Geschäftsführerin habe sich seit 1994 im Altenheim befunden. Bereits im Frühjahr 1999 sei sie aufgrund des fortschreitenden Verfalls und aufgrund ihres hohen Alters nicht mehr in der Lage gewesen, klare Gedanken zu fassen und irgendwelche Entscheidungen zu treffen. Sie sei während dieser Zeit ständig verwirrt und vollständig von Pflege durch Dritte abhängig gewesen. Die Vereinbarung vom 7.7.1999 sei ihr weder zur Kenntnis gebracht worden noch hätte sie deren Inhalt erfassen und verstehen können. Sie habe in den letzten Jahren jegliche Tätigkeit für die Beklagte eingestellt und den gesamten Aufgabenbereich eines Geschäftsführers ihrem Sohn überlassen, der auch für die Vereinbarung vom 7.7.1999 verantwortlich gewesen sei und sie seiner Mutter zur Unterschrift vorgelegt habe. Dieser Vortrag ist in das Wissen des Sohnes P. R. gestellt, der Mitte 1999 Gesellschafter der Beklagten gewesen ist.

Dieser Vortrag rechtfertigt, worauf sich auch die Klägerin hilfsweise berufen hat, eine Zurechnung nach den Maßstäben des Urteils BGHZ 115, 78, 82 f. In diesem Urteil wird näher ausgeführt, dass der Gesetzgeber das Vertrauen des Rechtsverkehrs, dass Rechtsgeschäfte, die mit einer GmbH getätigt werden, wirksam sind, geschützt sehen wolle, wie sich den Normen des § 15 HGB und des § 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG entnehmen lasse. Es heißt hierzu dann weiter:

Mit dem gesetzgeberischen Zweck des Schutzes Dritter, die mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten, wäre es unvereinbar, falls diese sich auch dann auf die Nichtigkeit von Willenserklärungen ihres Geschäftsführers berufen könnte, wenn dessen Geschäftsunfähigkeit für die Gesellschafter erkennbar war und von ihnen sein Handeln für die Gesellschaft hätte verhindert werden können.

Gesetzlich geregelt ist zwar nur das Vertrauen in die Vertretungsmacht, weil das Handelsregister nichts über die Geschäftsfähigkeit des Organmitgliedes aussagt. Die Eintragung des Organs ins Handelsregister gibt aber auch eine ausreichende Rechtsscheinbasis dafür ab, dass es die für dieses Amt erforderlichen persönlichen Voraussetzungen erfüllt, also voll geschäftsfähig ist ... Der Rechtsverkehr kann erwarten, dass die Gesellschafter einen erkennbar Geschäftsunfähigen nicht bestellen oder sofort durch einen geschäftsfähigen Geschäftsführer ersetzen, falls die Geschäftsfähigkeit erst später wegfällt.“

Im hier zu beurteilenden Fall hatte die frühere Geschäftsführerin ihrem Sohn bereits im Jahr 1983 die Wahrnehmung ihrer Belange anvertraut, wie sich aus der Generalvollmacht im Einzelnen entnehmen lässt. Der Sohn hat namens der Beklag-

ten zu einer Zeit, als deren Geschäftsführerin bereits seit mehreren Jahren in einem Altenheim aufgenommen war, die hier streitigen Verträge abgeschlossen und war, wie aus einer Vorbemerkung zur Vereinbarung vom 7.7.1999 ersichtlich ist, Gesellschafter und Geschäftsführer der Seniorenresidenz K. GmbH in Gründung, die die gekaufte Seniorenwohnanlage seit dem 1.1.1999 betrieb. Der Vortrag der Beklagten in der Berufungsinstanz macht überdeutlich, dass dem Sohn, zugleich Gesellschafter der Beklagten, die gesundheitliche und geistige Verfassung seiner Mutter bereits seit geraumer Zeit vor Augen stand. Unter diesen Umständen hat die Beklagte aus Rechtsscheingesichtspunkten für die Vereinbarung vom 7.7.1999 zu haften.

3. Den Einwand der Beklagten, der Treuhandvertrag sei sittenwidrig und nichtig, weil die Gebühren des Treuhänders um das fünf- bis siebenfache übersteuert seien, hat das Landgericht für unbeachtlich gehalten. Es hat hierzu ausgeführt, mit den üblichen Treuhandgebühren könne die vereinbarte Vergütung hier schon deshalb nicht verglichen werden, weil die Verpflichtungen des Treuhänders weit über das Übliche hinausgegangen seien. Der M. GmbH sei nicht nur die Abwicklung des Kaufvertrages übertragen worden, vielmehr habe sie darüber hinaus die frühere Betreibergesellschaft liquidieren und sicherstellen müssen, dass diese keinerlei Funktionen mehr ausübe, die mit dem Betrieb der Seniorenwohnanlage in Verbindung gestanden hätten. Die Beklagte habe nichts dazu vorgetragen, welcher Aufwand für die Liquidation der Betreibergesellschaft nach der damaligen Auffassung der Parteien erforderlich gewesen sei, dass und in welchem Umfang diese Erwartung unrichtig gewesen bzw. inwieweit sie in dieser Hinsicht getäuscht worden sei. Gegen diese Beurteilung, die Rechtsfehler nicht erkennen lässt, hat die Beklagte in der Berufungsinstanz keine beachtlichen Einwände erhoben. Die Rüge eines Verstoßes gegen § 313 BGB a.F. greift angesichts der notariellen Beurkundung des Geschäftsbesorgungs- und Treuhandvertrags ersichtlich nicht durch. Auch die Mutmaßungen der Beklagten, die in diesem Vertrag vorgesehenen Leistungen seien möglicherweise verschleierte Kaufpreisteile, erlauben eine genauere Überprüfung nicht. Mangels beachtlicher Einwände hat die Beklagte daher den der Höhe nach unstreitigen Restbetrag nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen.

20. GmbHG § 54 Abs. 3 HRV § 26 (*Mängelbehebung im Registerverfahren*)

1. **Der Formmangel der fehlenden Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses über die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH kann auch noch nach erfolgter Anmeldung behoben werden; einer erneuten Anmeldung der nunmehr beurkundeten Satzungsänderung bedarf es nicht.**
2. **Für die Entscheidung über die Anmeldung kommt es nur darauf an, ob zum Zeitpunkt der Eintragung sämtliche Eintragungsvoraussetzungen vorliegen.**

OLG Hamm, Beschluss vom 20.12.2001 15 W 378/01 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Durch einen nicht in notarieller Form gefassten Gesellschafterbeschluss vom 20.4.2001 wurde § 2 des Gesellschaftsvertrages der vorgenannten Gesellschaft hinsichtlich des Firmensitzes geändert. Es

wurde beschlossen, dass der Sitz der Gesellschaft in Sch. sein soll. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 27.4.2001 meldete der Geschäftsführer der Beteiligten die Verlegung des Sitzes gegenüber dem Amtsgericht – Handelsregister – zur Eintragung in das Handelsregister an. Beigefügt wurde der o.g. Gesellschafterbeschluss vom 20.4.2001. Am 13.7.2001 erfolgte sodann ein weiterer, diesmal notariell beurkundeter Gesellschafterbeschluss gleichen Inhalts über die Verlegung des Sitzes nach Sch. Dieser weitere Beschluss wurde beim Handelsregister am 20.7.2001 eingereicht. Eine neue Handelsregisteranmeldung erfolgte nicht.

Mit Beschluss vom 13.9.2001 wies das Amtsgericht den Eintragungsantrag zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Gesellschafterbeschluss vom 20.4.2001 mangels Einhaltung der erforderlichen Form nichtig sei und sich die Anmeldung vom 27.4.2001 nicht auf den späteren Beschluss vom 13.7.2001 beziehen könne. Da eine erneute Anmeldung nicht erfolgt sei, könne keine Eintragung erfolgen.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte Beschwerde wies das Landgericht mit Beschluss vom 25.10.2001 zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

()..

Gem. § 54 Abs. 1 GmbHG ist die Abänderung des Gesellschaftsvertrages zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung ist der vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrages beizufügen; er muss mit der Bescheinigung eines Notars versehen sein, dass die geänderten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages mit dem Beschluss über die Änderung des Gesellschaftsvertrages und die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt zum Handelsregister eingereichten vollständigen Wortlaut des Gesellschaftsvertrages übereinstimmen. Über den Wortlaut des § 54 GmbHG hinaus ist erforderlich, dass auch die Niederschrift über den Satzungsänderungsbeschluss beigefügt wird. Die Satzungsänderung kann gem. § 53 Abs. 1 GmbHG nur durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen, der gem. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf. Fehlt es an der erforderlichen notariellen Beurkundung, so ist der satzungsändernde Gesellschafterbeschluss analog § 241 Nr. 2 AktG nichtig (*Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl., § 53 Rdnr 37). Die Einreichungspflicht des satzungsändernden Beschlusses ergibt sich aus dem Zweck des Formerfordernisses in § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG, dem Registerrichter die Prüfung der Satzungsänderung zu ermöglichen.

Der Registerrichter hat zunächst die Ordnungsgemäßheit der Anmeldung zu prüfen; weiter die Legitimation der Anmeldung, Form der Anmeldung, Vollständigkeit der beizufügenden Urkunden, Übereinstimmung von Anmeldungsinhalt und Änderungsbeschluss. Desweiteren hat das Gericht auch den Satzungsänderungsbeschluss auf seine Wirksamkeit zu prüfen. Ist er nichtig oder unwirksam, darf die Satzungsänderung nicht eingetragen werden (vgl. *Baumbach/Hueck*, a.a.O., Rdnr. 18 m.w.N.). In diesem Fall können die Gesellschafter aber einen nichtigen Beschluss unter Vermeidung der Mängel wiederholen. Es liegt dann ein Zweitbeschluss vor (Neuvornahme), dem keine Rückwirkung zukommt (vgl. *Scholz/Schmidt*, GmbH-Gesetz, 8. Aufl., § 45 Rdnr. 32).

Von diesen Voraussetzungen ist das Landgericht zutreffend ausgegangen. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei erkannt, dass der Gesellschafterbeschluss vom 20.4.2001 mangels der notariellen Form nichtig war und aufgrund dieses Beschlusses keine Satzungsänderung eingetragen werden durfte. Das Landgericht hat weiter zutreffend erkannt, dass bezüglich des Beschlusses vom 13.7.2001 ein sog. Zweitbeschluss vorliegt, der nunmehr wirksam ist.

Das Landgericht hat gleichwohl die Eintragung verweigert, da der formgerechte Gesellschafterbeschluss über die Satzungsänderung der Handelsregisteranmeldung zeitlich vorangehen müsse. Dies ergebe sich daraus, dass das Registergericht gehalten sei, zu überprüfen, ob die Anmeldung zum Handelsregister alle Formerfordernisse erfülle und insbesondere, ob ihr die beizufügenden Urkunden beiliegen. Hierzu gehöre auch der Beschluss über die Satzungsänderung. Wenn die notarielle Niederschrift über den Satzungsänderungsbeschluss der Handelsregisteranmeldung beigefügt sein müsse, dann ergebe sich daraus zwangsläufig, dass der notariell beurkundete Gesellschafterbeschluss zeitlich vor der Handelsregisteranmeldung liegen müsse. Werde ein Zweitbeschluss gefasst, sei eine abermalige Handelsregisteranmeldung erforderlich, zumal die Registereintragung auch das Beschlussdatum zu nennen habe.

Dieser Auffassung vermag der *Senat* sich nicht anzuschließen.

Die Anmeldung ist als Eintragungsantrag Verfahrenshandlung. Sie enthält das an das Registergericht gerichtete Begehren auf Eintragung. Die Anmeldung ist zugleich Eintragungsgrundlage, in der die dazu verpflichteten oder berechtigten Personen die einzutragenden Tatsachen glaubhaft darstellen und damit deren Eintragung gestatten sowie die sonst zur Eintragung erforderlichen Erklärungen vortragen (vgl. *Keidel/Stöber*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 18). Gegenstand der Anmeldung ist die konkrete Satzungsänderung selber, nicht jedoch der dieser zugrunde liegende Beschluss. Anzumeldende Änderung ist hier die Verlegung des Sitzes der Firma nach Sch. Dies ist die einzutragende Tatsache. Die Eintragung erfolgt, wenn der Antrag im Zeitpunkt der über ihn zu treffenden Entscheidung zulässig und begründet ist (vgl. LG Frankfurt GmbHR 1986, 434, 435). Vor Zurückweisung der Anmeldung ist dem Anmeldenden durch Zwischenverfügung Gelegenheit zur Behebung etwaiger Mängel zu geben (vgl. *Keidel/Winkler*, a.a.O., Rdnr. 29 a). Ergehen kann eine Zwischenverfügung aber nur, wenn der Mangel behebbar ist; zurückzuweisen ist der Eintragungsantrag daher, wenn er überhaupt nicht vollziehbar ist. Stets ist aber eine formlose Beanstandung einer Anmeldung als Meinungsäußerung des Registergerichts zulässig, mithin als bloßer Hinweis auf ein bei vorläufiger Prüfung des Antrages festgestelltes Eintragungshindernis oder bloße Äußerung der Ansicht des Registergerichtes verbunden mit der Ankündigung einer in Aussicht genommenen Entscheidung (Ablehnung, auch Zwischenverfügung), falls ein Hindernis fortbesteht oder auch nur der Antrag aufrechterhalten wird (vgl. *Keidel/Winkler*, a.a.O.). Daraus folgt, dass für die Beurteilung des Vorliegens der Eintragungsvoraussetzungen allein auf den Zeitpunkt der Eintragung abzustellen ist. Zwar soll die notarielle Niederschrift über den Satzungsänderungsbeschluss der Handelsregisteranmeldung beigefügt sein. Daraus ergibt sich jedoch nicht zugleich, dass die Anmeldung als solche keine Wirksamkeit hat. Es kann nur keine Eintragung erfolgen, solange nicht der entsprechende Gesellschafterbeschluss dem Registergericht zur Prüfung vorgelegt worden ist. Dies kann zeitlich auch noch nach der Anmeldung erfolgen. Nach Ansicht des *Senates* ist es nicht zwingend, dass der Satzungsänderungsbeschluss der Handelsregisteranmeldung zeitlich vorangehen muss. Aus dem Gesetz ergibt sich hierfür nichts. Die Begründung des Landgerichts (unter Berufung auf *Scholz/Priester* a.a.O., § 54 Rdnr. 47), dass die Registereintragung auch das Beschlussdatum zu nennen hat, ist nicht tragend. Einzutragen im Handelsregister ist das Beschlussdatum und der Tag der Eintragung. Die Abänderung ist gem. § 54 Abs. 3 GmbHG erst dann wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen ist. Der

Zeitpunkt der Anmeldung wird nicht in das Handelsregister eingetragen. Die Anmeldung ist als solche nur erforderlich, um überhaupt die gewünschte Eintragung vornehmen zu können. Nicht ist erforderlich, dass sämtliche Voraussetzungen schon zum Zeitpunkt der Anmeldung vorliegen. Die Voraussetzungen können hierfür auch erst nachträglich geschaffen werden. Der Gegenstand der Anmeldung hat sich im vorliegenden Fall nicht verändert. Es geht nach wie vor um die Verlegung des Firmensitzes. Ausgetauscht wurde nur der entsprechende satzungsändernde Beschluss. Da die Satzungsänderung erst mit Eintragung im Handelsregister wirksam wird, ist es auch nicht möglich, sich durch eine „verfrühte“ Anmeldung rechtliche Vorteile zu verschaffen. Entscheidend ist der Tag der Eintragung.

Nach alledem war der angefochtene und der Beschluss des Amtsgerichts aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung über die Anmeldung an das Amtsgericht zurückzuverweisen.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Krafka*, MittBayNot 2002, S. 365 (in diesem Heft).

21. §§ 112 AktG, 134, 177 ff. BGB (*Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 12 AktG*)

Schließt der Vorstand einer Aktengesellschaft mit Dritten Verträge, obwohl zur Vertretung der Gesellschaft nach § 112 AktG der Aufsichtsrat berufen war, führt dies nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB, sondern zur Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB.

OLG Celle, Beschluss vom 25.2.2002 – 4 U 176/01 –

Zum Sachverhalt:

Der Vorstand einer AG schloss trotz mangelnder Vertretungsbefugnis Grundstückskaufverträge für die Gesellschaft. Der Aufsichtsrat der AG beantragte wegen Verstoßes gegen § 112 AktG Grundbuchberichtigungen im Wege der einstweiligen Verfügung. Das LG wies den Antrag zurück. Auch der Antrag des Aufsichtsrats, ihm Prozesskostenhilfe für die Berufungsinstanz zu gewähren, wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die nachgesuchte Prozesskostenhilfe war dem Verfügungskläger zu versagen. Seine Berufung hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg nach Maßgabe der §§ 119 Abs. 1, 114 ZPO.

Denn der Verfügungskläger hat keinen Anspruch auf die beantragten Grundbuchberichtigungen. Die Grundbücher sind richtig. Die Verfügungsbeklagte hat durch die im Jahre 1998 geschlossenen Grundstückskaufverträge wirksam Eigentum (...) erworben. Denn die genannten Verträge sind nicht wegen Verstoßes gegen § 112 AktG nichtig. Sie verstoßen auch nicht gegen die Nachgründungsvorschrift des § 52 Abs. 1 AktG. Das hat das Landgericht in dem angefochtenen Urteil mit zutreffender Begründung ausgeführt. Dem schließt sich der *Senat* an. Ergänzend ist insoweit auszuführen:

1. Die von dem früheren Vorstandsmitglied mit der Verfügungsbeklagten geschlossenen Übertragungsverträge sind nicht wegen Verstoßes gegen § 112 AktG nichtig. Es kann dahinstehen, ob – was hier allein in Betracht zu ziehen ist – § 112 AktG auf den vorliegenden Fall, dass der Vorstand einer

AG Kaufverträge mit einer anderen Kapitalgesellschaft abschließt, wobei er zu diesem Zeitpunkt dieser AG (Verfügungsbeklagten) unstreitig nicht als Vorstand oder Aufsichtsratsmitglied angehörte, sondern lediglich deren (alleiniger) Aktionär war, entsprechende Anwendung finden kann. Selbst wenn dies unter dem Gesichtspunkt wirtschaftlicher Identität „zu bejahen wäre, wären nämlich die mit der Verfügungsbeklagten geschlossenen Übertragungsverträge nicht nichtig, sondern nach den §§ 177 ff. BGB nur schwebend unwirksam. Sie wurden deshalb durch die unstreitig seitens des Aufsichtsrats am 12.11.1999 erteilte Genehmigung nach § 182 Abs. 1 BGB wirksam, wobei etwaige Formmängel nach § 313 S. 2 BGB geheilt sind.

a) Zwar wird vor allem im aktienrechtlichen Schrifttum die Auffassung vertreten, dass § 112 AktG als gesetzliches Verbot i. S. des § 112 AktG anzusehen sei, sodass ein Verstoß die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und nicht nur schwebende Unwirksamkeit zur Folge habe (so *Mertens*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., § 112 Rdnr. 5; m.w.N. auch aus dem aktienrechtlichen Schrifttum; ferner neben der bereits im angefochtenen Urteil genannten Entscheidung OLG Stuttgart BB 92, 1669 auch OLG Hamburg WM 1986, 972).

Dagegen lehnen das OLG Karlsruhe (WM 1996, 161 mit Anmerkung *Fonk* in WiB 1996, 431) und mit ihm das wohl überwiegende zur Kommentierung des BGB vorhandene Schrifttum eine Anwendung des § 134 BGB ab (vgl. z.B. *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl., § 134 Rdnr. 2; *Staudinger/Sack*, 13. Aufl., § 134 Rdnr. 33 jeweils m.w.N.).

Einige Stimmen in der Literatur schlagen eine differenzierende Betrachtungsweise danach vor, ob im konkreten Einzelfall das Gesetz den Geschäftserfolg wegen Befangenheit des Vorstands dessen Zuständigkeit entzieht (Beispiel: Bezügeregelung für den Vorstand) oder ob nur praktisch ein „Normalfall“ allein fehlender Vollmacht vorliegt (so z.B. *Hffer*, AktG, 4. Aufl., § 112 Rdnr. 7; ferner *Fonk* a. a. O.).

Der Bundesgerichtshof hat für den Fall gerichtlicher Vertretung eine Genehmigung zugelassen (BGH WM 1999, 2026), für Fälle außergerichtlicher Vertretung die Frage in der Entscheidung BGH WM 1993, 1630 jedoch ausdrücklich offen gelassen.

b) Der *Senat* schließt sich mit dem Landgericht der Auffassung an, wonach die §§ 177 ff. BGB anwendbar sind und § 112 AktG insbesondere kein gesetzliches Verbot i. S. von § 134 BGB beinhaltet.

Gegen die Wertung des § 112 AktG als gesetzliches Verbot i. S. von § 134 BGB spricht bereits, dass § 112 AktG eine Regelung der Vertretungsmacht darstellt und Rechtsgeschäfte, die der Vorstand gleichwohl an Stelle des als Vertretungsorgan berufenen Aufsichtsrats vornimmt, nicht als solche (hier also die Kaufverträge) verboten sind. Liegt aber nur eine Regelung bzw. Begrenzung der Rechtsmacht vor, ist im Zweifel kein Verbotsgesetz anzunehmen (vgl. auch *Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl., § 134 Rdnr. 5).

Entscheidend aber ist, dass sich die Aktiengesellschaft auch im Falle der Annahme bloß schwebender Unwirksamkeit ausreichend dadurch schützen kann, dass der Aufsichtsrat die erforderliche Genehmigung versagt. Deshalb wird – worauf das Landgericht bereits zutreffend hingewiesen hat – auch bei Anwendung der §§ 177 ff. BGB der Normzweck des § 112 AktG nicht in Frage gestellt. Warum – wie das Landgericht Stuttgart meint – gleichwohl der Schutzzweck des § 112 AktG und die in § 78 AktG geregelte Organstellung des Aufsichtsrats die Annahme einer Nichtigkeit erfordern und die §§ 177

ff. BGB gleichsam überlagern“ sollen, ist deshalb nicht erkennbar. Das gilt um so mehr, als die §§ 177 ff. BGB als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens sogar bei der Vertretung Minderjähriger oder Betreuer (vgl. §§ 1629 Abs. 2, 1795 und § 1903 BGB) die schwebende Unwirksamkeit als ausreichenden Schutz ansehen. Warum die Aktiengesellschaft gleichwohl in den Fällen des §§ 112 AktG größeren Schutzes bedürfen soll als Minderjährige bei rechtsgeschäftlicher Betätigung erschließt sich nicht. Soweit in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen wird, dass die Annahme schwebender Unwirksamkeit erhöhten Anreiz zu Manipulationen durch nicht bevollmächtigte Vorstandsmitglieder geben könnte, ist dieses Argument deshalb kaum tragfähig, weil sich bewusste Manipulationen nie völlig ausschließen lassen.

Im Übrigen ist auch nicht erkennbar, dass im Fall außgerichtlicher Tätigkeit die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 112 AktG anders zu beurteilen sein sollten als bei Beantwortung der prozessrechtlichen Parallelfrage, die der Bundesgerichtshof – wie bereits erwähnt – ebenfalls im Sinne einer Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB beantwortet hat.

2. Die Übertragungsverträge aus dem Jahr 1998 sind schließlich nicht wegen Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 AktG unwirksam. In diesem Zusammenhang hat die Kammer zutreffend darauf hingewiesen, dass die genannten Grundstücksgeschäfte ausweislich des § 2 der Satzung der Verfügungsbeklagten gerade zum Inhalt ihrer Tätigkeit gehören, sodass § 52 Abs. 1 AktG nach Absatz 9 dieser Vorschrift nicht anwendbar ist. Darauf, wo in den Bilanzen der Verfügungsbeklagten diese Rechtsgeschäfte aufgeführt worden sind, kommt es nicht an.

(...)

Beurkundungs- und Notarrecht

22. AGBG § 9 Abs. 2 Nr.1, BeurkG § 53, BGB §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 320, BNotO § 15, GBO § 15 (*Verhältnis von Umschreibungssperre und materiell-rechtlich unzulässiger Vorleistungspflicht*)

Die übereinstimmende Weisung der Parteien, erst nach Zahlung des Kaufpreises zum Vollzug der Urkunde tätig zu werden, bindet den Notar auch wenn materiell-rechtlich eine in AGB unzulässige Vorleistungspflicht vorliegt.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG Bonn, Beschluss vom 14.2.2002 – 4 T 801/01

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1., 2. und 3. schlossen vor dem Notar einen Kauf- und Werklieferungsvertrag (Bauträgervertrag). Dabei sollte auf dem Grundstück ein Wohn- und Geschäftshaus errichtet werden. Die Beteiligte zu 1. sollte hiernach einen Miteigentumsanteil von 1.099/10.000 an dem Grundbesitz, verbunden mit dem Sondereigentum an der Gewerbeeinheit (Praxis) im 1. Obergeschoss (Neubau), im Aufteilungsplan mit Nr. 7 bezeichnet, sowie das Sondernutzungsrecht an vier Tiefgaragenstellplätzen erwerben. Die Kaufpreisfälligkeit regelt sich nach Ziff. IV. des Vertrages nach dem Bautenstand. In Ziff. XII. heißt es u.a.:

„... Der vertretene Notar wird angewiesen, den Umschreibungsantrag dem Grundbuchamt erst dann zum Vollzug vorzulegen und beglaubigte Abschriften oder Ausfertigungen dieser Urkunde, in denen die Auflassung enthalten ist, erst dann zu erteilen, wenn der Käufer den Kaufpreis – ohne Zinsen – an den Verkäufer gezahlt hat.“

Wie weit die Bauarbeiten seit Vertragsschluss gediehen sind und ob und wenn ja, welche Mängel an dem Bauwerk bestehen, ist im Einzelnen nicht bekannt. Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt ist der Bauträger in Insolvenz geraten.

Mit dem vorliegenden Notarbeschwerdeverfahren will die Beteiligte zu 1. die Umschreibung des Grundeigentums im Grundbuch erreichen. Sie hat sich an den Notar gewandt und sich unter Berufung auf die Entscheidung des BGH vom 7.6.2001 (DNotZ 2002, S. 41 ff.) auf den Standpunkt gestellt, die in dem vorliegenden Vertrag verwandte zitierte Umschreibungs-Sperrklausel in Ziff. XII. des Vertrages sei wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz unwirksam. Der Notar sei daher zur umgehenden Stellung des Umschreibungsantrags beim Grundbuchamt verpflichtet. Der Notar hat die Beteiligte zu 1. auf den Beschwerdeweg nach § 15 BNotO verwiesen.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist gem. §§ 15 Abs. 2 S. 1 BNotO, 20 Abs. 2 FGG statthaft, da es hier um die Weigerung des Notars geht, den grundbuchlichen Vollzug seiner Kaufvertragsurkunde durchzuführen (vgl. OLG Köln – 2 Wx 1/01). § 15 Abs. 1 BNotO erfasst alle Fälle der Amtsverweigerung, auch die Ablehnung einer Vollzugstätigkeit nach § 53 Beurkundungsgesetz (OLG Köln – 2 Wx 18/99; *Seybold/Schippel*, BNotO, 6. Aufl., § 15, Rdnr. 27f).

Sie hat in der Sache keinen Erfolg.

Denn eine Anweisung an den Notar, den Umschreibungsantrag beim Grundbuchamt jetzt zu stellen, kommt vorliegend nicht in Betracht. Eine entsprechende übereinstimmende Weisung der Beteiligten an den Notar liegt nicht vor.

Auch sonst ist nicht ersichtlich, woraus die Pflicht des Notars resultieren sollte, den Umschreibungsantrag stellen zu müssen. § 53 GBO sieht vor, daß der Notar die beurkundete Willenserklärung beim Grundbuchamt einreichen soll, wenn die Urkunde vollzogen werden kann. Dieser Zeitpunkt ist hier vorliegend durch Ziff. XII. des Vertrages gesondert geregelt. An die dort festgelegte übereinstimmende Weisung der Beteiligten ist der Notar gebunden (vgl. *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 53 Rdnr. 20). Unstreitig aber ist bislang der Gesamtkaufpreis nicht gezahlt; vielmehr ist ein Rechtsstreit zwischen den Beteiligten anhängig über Restkaufpreisansprüche und Gegenansprüche (Gewährleistung, Schadensersatz). In diesem Streit Position zu beziehen und durch die Vollzugstätigkeit nach § 53 GBO Fakten zu schaffen, ist nicht Aufgabe des Notars, der eine unparteiliche Stellung einzunehmen hat. Hieraus erhellt zugleich, dass sich die Entscheidung des BGH auf die Abwicklung von Grundstückskaufverträgen durch den Notar nicht unmittelbar auswirken kann, weil die Entscheidung sich ausschließlich mit dem Verhältnis der am Kaufvertrag Beteiligten zueinander befasst und hierzu postuliert, dass es bei dem Zug-um-Zug-Prinzip der §§ 320, 322 BGB (a.F.) zu bleiben hat und eine in AGB postulierte Vorleistungspflicht nur wirksam ist, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, der auch bei der Abwägung mit den für den Erwerber entstehenden Nachteilen Bestand hat (BGH, DNotZ 2002, 41ff., 43 m. Anm. *Basty*).

Von dieser materiell-rechtlichen Frage der Zug-um-Zug-Leistung zwischen den Beteiligten ist die verfahrensmäßige Abwicklung des Vertrages durch den Notar, wie sie hier durch die Umschreibungssperrklausel in Ziff. XII. des notariellen Vertrages geregelt ist, zu trennen. Die übereinstimmende Weisung der Parteien, erst nach Zahlung des Kaufpreises zum Vollzug der Urkunde tätig zu werden, bindet den Notar; entfiele diese Klausel, läge keine Regelung dieser Frage vor, was aber nicht dazu führen würde, dass der Notar nunmehr etwa verpflichtet wäre, auf einseitiges Verlangen eines der Beteiligten den Umschreibungsantrag zu stellen.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das vorliegend gewählte Verfahren die zivilgerichtliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien, die offenbar noch nicht beendet ist, weder verkürzen noch ersetzen kann.

(...)

Kostenrecht

23. BGB §§ 196, 201, 222; KostO §§ 46 Abs. 5 (*Verjährung der Kostenforderung bei unrichtiger Wertangabe*)

1. **Bei Beurkundung einer letztwilligen Verfügung sind für die Berechnung der Gebühren des Notars in der Regel die Angaben des Verfügenden über den Geschäftswert zu Grunde zu legen. Hat der Verfügende unrichtige Angaben gemacht, beginnt die Verjährung eines Nachforderungsbetrages erst mit Ablauf des Jahres, in dem die Verfügung eröffnet oder zurück gegeben ist (§ 46 Abs. 5 KostO).**
2. **Lässt der Notar die Verjährungsfrist ungenutzt verstreichen, kann er sich im Hinblick auf die zu niedrige Wertangabe des Verfügenden nicht auf die Einrede rechtsmissbräuchlichen Verhaltens berufen.**

(*Leitstze der Schriftleitung*)

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.3.2001 – 20 W 146/97 –

Aus den Gründen:

Der angefochtene Beschluss ist aus Rechtsgründen (§§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, 550 ZPO) nicht zu beanstanden.

Das Landgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass der von den Kostenschuldern erhobene Verjährungseinrede der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) nicht entgegen steht.

Gemäß § 46 Abs. 5 Satz 2 KostO in Verbindung mit § 196 Abs. 1 Ziffer 15, § 201 BGB verjährt der Gebührenanspruch des Kostengläubigers spätestens zwei Jahre nach Rückgabe des Testaments aus der amtlichen Verwahrung, d. h. mit Ablauf des 31.12.1995. Die Kostenschuldner sind daher berechtigt, die Leistung zu verweigern (§ 222 Abs. 1 BGB).

Hiergegen greift die Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung nicht durch.

Hat der Kostenschuldner durch arglistiges Verhalten vor Ablauf der Verjährung die Erhebung der Kosten verhindert, so kann der Notar der von dem Kostenschuldner später erhobene Einrede der Verjährung mit Erfolg die Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung entgegensetzen (KG, DNotZ 1942, 381; OLG, Hamm Rpfleger 62, 26; BayObLG, JurBüro 1970, 332/336; OLG, Düsseldorf JurBüro 1994, 164; *Rohs/Wedewer*, KostO, 2. Aufl., § 143 Rdnr. 5 b; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 14. Aufl., § 143 Rdnr. 8; *Göttlich/Mümler*, KostO, 14. Aufl. Verjährung/Ziffer 2.4). Sie setzt voraus, dass die Berufung auf die Verjährung angesichts des früheren Verhaltens des Schuldners gegenüber dem Gläubiger als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Schuldner von vornherein beabsichtigt hat, den Gläubiger von der rechtzeitigen Geltendmachung seiner Rechte abzuhalten; es genügt, wenn der Schuldner unabsichtlich ein Verhalten an den Tag gelegt hat, das dazu beigetragen hat, dass der Gläubiger die Frist hat verstreichen lassen (OLG, Hamm a.a.O.; BayObLG, a.a.O.; OLG, Düsseldorf

Beschluss vom 28.9.2000 – 10 W 54/2000). Ein derartiges Verhalten der Erblasserin der Kostenschuldner liegt nicht vor. Zwar hat die Erblasserin bei Beurkundung des notariellen Testaments vom 12.8.1993 einen zu niedrigen Geschäftswert bezüglich des zu vererbenden Vermögens angegeben. Das Landgericht hat aber zu Recht darauf abgestellt, dass der Gesetzgeber dieses Verhalten in § 46 Abs. 5 Satz 2 KostO bereits dadurch sanktioniert, dass der Beginn des Laufs der Verjährung nach hinten hinausgeschoben wird und erst mit Ablauf des Jahres einsetzt, in welchem die Verfügung eröffnet oder zurückgegeben wird. Könnte sich in allen Fällen, in denen der Kostenschuldner zu niedrige Wertangaben gemacht hat, der Kostengläubiger auf die Einrede rechtsmissbräuchlichen Verhaltens berufen, so wäre die Regelung in § 46 Abs. 5 Satz 2 KostO obsolet.

Der *Senat* teilt daher die Auffassung des Landgerichts, dass über die bloße falsche Wertangabe hinaus ein Verhalten des Kostenschuldners hinzutreten muss, das den Gläubiger von der rechtzeitigen Geltendmachung seines Rechtes abhält (so auch LG Berlin, DNotZ 42, 275/277 und die darauf ergangene Entscheidung des KG, DNotZ 42, 381). Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Kostengläubiger von der Rücknahme des Testaments Kenntnis erhält oder nicht. Die Unkenntnis des Gläubigers hindert den Beginn der Verjährung nicht; der Ablauf der im Gesetz vorgesehenen Verjährungsfrist für einen Anspruch ist ein objektives, sich in der Zeit abspielendes Geschehen, das keine subjektiven Elemente enthält (*Schneider*, Verjährungseinrede und unzulässige Rechtsausübung, JurBüro 1965, 586; OLG, Hamm DNotZ 73, 51). Etwaige sich aus der Unkenntnis ergebenden Unbilligkeiten hat der Gesetzgeber jedoch im Interesse der Rechtssicherheit bewusst in Kauf genommen, um der Behelligung mit veralteten Ansprüchen ein Ende zu setzen (BGH, NJW 1968, 1381, 1382 = MDR 1968, 568). Fälle, in denen die Notare nicht eingeschaltet werden und keine Kenntnis von der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung oder der Eröffnung erhalten, werden dadurch reduziert, dass § 36 Kostenverfügung den Kostenbeamten im Rahmen einer Sollvorschrift anweist, den beurkundenden Notar von der Feststellung einer beträchtlichen Erhöhung oder Verminderung des der Berechnung der Gerichtsgebühr für die Verwahrung zu Grunde gelegten Wertes zu verständigen.

Die wenigen Fällen, die dann noch übrig bleiben, rechtfertigen keine Sonderregelung zu Gunsten des Kostengläubigers über den Ausnahmetatbestand des § 242 BGB.

Steuerrecht

24. EStG § 15 Abs. 1, EStDV § 7 Abs. 1, UmwStG 1977 § 24 (*Buchwertfortführung bei Einbringung in Personengesellschaft*)

1. **Bringt der Gesellschafter einer Personengesellschaft einzelne Wirtschaftsgüter seines Betriebsvermögens gegen ein ausgewogenes (drittübliches) Mischentgelt, d.h. gegen die Gewährung von Gesellschaftsrechten und sonstige Ausgleichsleistungen, in die Personengesellschaft ein, so ist die Fortführung der Buchwerte der eingebrachten Wirtschaftsgüter bei der aufnehmenden Personengesellschaft nach den Grundsätzen des „Einbringungsurteils“ (BFH-Urteil vom 15.7.1976 – I R 17/74, BFHE 119, 285, BStBl II 1976, 748) nur insoweit möglich, als die Übertragung gegen die Ge-**

währung von Gesellschaftsrechten erfolgt. Die Einbringung ist dabei entsprechend dem Verhältnis der jeweiligen Teilleistungen (Wert der erlangten Gesellschaftsrechte einerseits und Wert der sonstigen Gegenleistungen andererseits) zum Teilwert der eingebrachten Wirtschaftsgüter in einen erfolgsneutral gestaltbaren und einen für den einbringenden Gesellschafter zwingend erfolgswirksamen Teil aufzuspalten.

2. Die im Zuge der Einbringung einzelner Wirtschaftsgüter von der aufnehmenden Personengesellschaft übernommenen Verbindlichkeiten des übertragenden Gesellschafters führen auch dann zu einer für diesen gewinnwirksamen Gegenleistung, wenn die übernommenen Schulden in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den eingebrachten aktiven Einzelwirtschaftsgütern stehen (Bruttobetrachtung).

BFH, Urteil vom 11.12.2001 – VIII R 58/98 –

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine GmbH & Co. KG, die Immobilien erwirbt und veräußert. Kommanditisten mit Einlagen von je 500.000 DM sind K und Sch, Komplementärin ist die R-GmbH, an der K und Sch ebenfalls je zur Hälfte beteiligt sind.

Mit Gesellschaftsvertrag vom 2.11.1990 wurde die H-GmbH & Co. KG (H-KG) gegründet. Gegenstand der H-KG sind der Erwerb, die Bebauung und Verwertung von Grundbesitz. Komplementärin der H-KG wurde die ebenfalls neu errichtete H-GmbH mit einer bar zu erbringenden Kapitaleinlage von 10.000 DM. Anteilseigner der H-GmbH sind K und Sch mit Geschäftsanteilen von je 25.000 DM. Vorerst alleinige Kommanditistin der H-KG wurde die Klägerin mit einer Einlage von 5 Mio. DM, die nach Maßgabe des Einbringungsvertrages vom 8.11.1990 zu leisten war.

Nach diesem Einbringungsvertrag übertrug die Klägerin das zu ihrem Betriebsvermögen (Gesamthandsvermögen) gehörende unbebaute Grundstück K auf die H-KG. Der Wert des Grundstücks wurde mit 33 Mio. DM (zzgl. Umsatzsteuer) festgesetzt. Die H-KG übernahm im Gegenzug im Wege der befreienden Schuldübernahme die bei den Sparkassen F und N bestehenden Darlehensverbindlichkeiten der Klägerin in Höhe von 25 Mio. DM, die durch Grundschulden auf dem eingebrachten Grundstück abgesichert waren. Mit dem restlichen Einbringungswert (8 Mio. DM) erbrachte die Klägerin ihre Kommanditeinlage von 5 Mio. DM und gewährte der H-KG ein Darlehen in Höhe von 3 Mio. DM.

Im Einbringungsvertrag wurde des Weiteren vereinbart, dass die H-KG den Buchwert des Grundstücks K, den die Klägerin im Einbringungszeitpunkt mit 9.233.098 DM zzgl. des Buchwerts für teiltfertige Leistungen in Höhe von 339.194 DM ermittelte, fortführen sollte. Zu diesem Zweck sollte die H-KG für die Klägerin eine entsprechende (negative) Ergänzungsbilanz führen.

Gemäß Gesellschaftsvertrag vom 2./9.11.1990 der H-KG traten am 9.11.1990 eine weitere Komplementärin, die X-GmbH, mit einer Einlage von 10.000 DM und eine weitere Kommanditistin, die J-AG, mit einer Kommanditeinlage von 5 Mio. DM in die H-KG ein. Die Einlagen der neu eintretenden Gesellschafter wurden bar erbracht.

Die H-KG setzte in ihrer Eröffnungsbilanz zum 8.11.1990 das Grundstück mit 33 Mio. DM an. In einer negativen Ergänzungsbilanz für die Klägerin wies sie in Höhe der Differenz zwischen dem Einbringungswert (33 Mio. DM) und dem Buchwert des Grundstücks im Einbringungszeitpunkt einen entsprechenden Korrekturposten aus. Dementsprechend ging die Klägerin im Rahmen ihrer Gewinnfeststellungserklärung 1990 davon aus, dass die Übertragung des Grundstücks auf die H-KG in vollem Umfang erfolgsneutral gewesen sei.

Im Anschluss an eine bei der Klägerin durchgeführte Außenprüfung vertrat der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) die Auffassung, dass eine Buchwertfortführung bei der H-KG nur insoweit zulässig gewesen sei, als die Gegenleistung für die Grundstücksübertragung in der Gewährung von Gesellschaftsrechten an der H-KG bestanden habe (5 Mio. DM). Die weiteren Gegenleistungen in Form der befreienden Schuldübernahme in Höhe von 25 Mio. DM und der Einräumung einer Darlehensforderung in Höhe von 3 Mio.

DM seien als Verkaufsentgelte zu würdigen mit der Folge, dass insoweit die (anteiligen) stillen Reserven aufzulösen und von der Klägerin als Veräußerin zu versteuern seien. Den Veräußerungsgewinn berechnete das FA in Höhe der Differenz zwischen den sonstigen Entgelten von 28 Mio. DM und dem auf diesen Entgeltsteil entfallenden anteiligen Buchwert in Höhe von 8.122.090 DM ($= \frac{28}{33} = 84,85\%$ vom Gesamtbuchwert des Grundstücks in Höhe von 9.572.292 DM), also mit 19.877.910 DM.

In Tz. 5 des Einbringungsvertrages vom 8.11.1990 war festgelegt worden, dass sich dann, wenn wider Erwarten eine Grunderwerbsteuer festgestellt werden (sollte), ... zusätzlich eine Umsatzsteuer auf die hälftige Grunderwerbsteuer (erbebe): Nach den Angaben der Klägerin setzte das zuständige FA im Jahr 1994 Grunderwerbsteuer fest, die von der H-KG noch im selben Jahr bezahlt wurde. Das Finanzgericht (FG) bestätigte die Rechtmäßigkeit dieses Grunderwerbsteuerbescheids. Der Betriebsprüfer aktivierte die (auf die hälftige Grunderwerbsteuer entfallende) Umsatzsteuer in Höhe von 26.386 DM in der Prüferbilanz zum 31.12.1990 als Forderung der Klägerin gegen die H-KG. Die Einstellung erfolgte im Ergebnis gewinnneutral, weil in der Prüferbilanz 1990 die Umsatzsteuer gewinnmindernd berücksichtigt worden war.

Im Änderungsgewinnfeststellungsbescheid 1990 vom 29.6.1995 stellte das FA den Gewinn der Klägerin in Höhe von 13.369.676 DM fest. Mit der dagegen nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage wandte sich die Klägerin gegen die Erfassung des Veräußerungsgewinns aus der Grundstücksübertragung und gegen die Aktivierung der Umsatzsteuer auf die hälftige Grunderwerbsteuer. Das FG hat die Klage abgewiesen (vgl. EFG 1997, 1437).

Mit der Revision beantragt die Klägerin, die Vorentscheidung aufzuheben und den angefochtenen Änderungsgewinnfeststellungsbescheid 1990 vom 29.6.1995 dahin gehend abzuändern, dass der Buchgewinn aus der Einbringung des Grundstücks K lediglich mit $\frac{3}{33}$ statt den vom FA zugrunde gelegten $\frac{28}{33}$ der Differenz zwischen 33 Mio. DM und dem Buchwert des Grundstücks in Ansatz kommt sowie der Gewinn um weitere 26.386 DM zu mindern ist.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Zu Recht hat das FG die Auffassung des FA bestätigt, dass die Einbringung des Grundstücks K durch die Klägerin in die H-KG nur insoweit erfolgsneutral möglich war, als der Klägerin im Gegenzug Gesellschaftsrechte an der H-KG gewährt wurden ($= \frac{5}{33}$ des Gesamtentgelts), nicht dagegen auch insoweit, als die aufnehmende H-KG Verbindlichkeiten der einbringenden Klägerin übernahm ($\frac{25}{33}$) und die H-KG der Klägerin eine Darlehensforderung einräumte ($\frac{3}{33}$, vgl. unten I.). Ebenso zutreffend hat das FG im Einklang mit dem FA angenommen, dass der Klägerin aus der Umsatzsteuerschuld auf die durch die Grundstückseinbringung entstandene Grunderwerbsteuer in Höhe von 14 % der hälftigen Grunderwerbsteuer im Streitjahr 1990 (26.386 DM) kein (gewinnmindernder) Aufwand entstand (unten II.).

I. Nicht beizupflichten vermag der erkennende Senat der früheren Auffassung der Klägerin, dass die im Streitjahr 1990 erfolgte Einbringung des unbebauten Grundstücks K in die H-KG in vollem Umfang erfolgsneutral gestaltet werden konnte. Diese Einbringung hat vielmehr insoweit zu einem (laufenden) Veräußerungsgewinn der Klägerin geführt, als die ihr im Zuge der Einbringung von der aufnehmenden H-KG eingeräumten, nicht in der Gewährung von Gesellschaftsrechten (5 Mio. DM) bestehenden Vermögensvorteile (Befreiung von Verbindlichkeiten in Höhe von 25 Mio. DM; Einräumung einer Darlehensforderung in Höhe von 3 Mio. DM) den anteiligen Buchwert des Grundstücks K ($\frac{28}{33}$ von 9.572.292 DM) überschritten.

1. Nach ständiger, auch vom erkennenden Senat befürworteter Rechtsprechung des BFH kann der Gesellschafter einer Personengesellschaft einzelne Wirtschaftsgüter seines Be-

triebsvermögens an die Gesellschaft wie ein fremder Dritter entgeltlich veräußern (vgl. z.B. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 3.5.1993 GrS 3/92, BFHE 171, 246, BStBl II 1993, 616, unter C. III. 6. a, cc; BFH-Urteile vom 25.7.1995 VIII R 25/94, BFHE 178, 418, BStBl II 1996, 684, unter II. 3. a; vom 11.12.1997 IV R 28/97, BFH/NV 1998, 836, unter II. 1. a). Veräußert der Gesellschafter ein Wirtschaftsgut an seine Personengesellschaft zu Bedingungen, die auch bei entgeltlichen Veräußerungen zwischen Fremden üblich sind, so stellt dieser Vorgang insgesamt und einheitlich eine entgeltliche Veräußerung dar (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 31.3.1977 IV R 54/72, BFHE 121, 470, BStBl II 1977, 415; Schmidt, Einkommensteuergesetz, 20. Aufl., § 15 Rdnr. 661, m.w.N.). Überschreitet der Kaufpreis den Buchwert des veräußerten Wirtschaftsguts, erzielt der Gesellschafter insoweit grundsätzlich einen Veräußerungsgewinn. Überschreitet allerdings der Kaufpreis das zwischen fremden Dritten übliche Entgelt, so liegt in Höhe des Überpreises grundsätzlich eine verdeckte Entnahme mit der Folge vor, dass insoweit eine Gewinnrealisierung beim Veräußerer ausscheidet (vgl. z.B. Schmidt, a.a.O., § 15 Rdnr. 661).

Im Streitfall ist mit dem FG davon auszugehen, dass die der Klägerin im Zuge der Einbringung gewährten Entgelte in Höhe von insgesamt 33 Mio. DM (Gutschrift auf Festkapitalkonto der Klägerin: 5 Mio. DM, Übernahme von Verbindlichkeiten der Klägerin: 25 Mio. DM, Einräumung einer Darlehensforderung: 3 Mio. DM) den angemessenen, drittüblichen Kaufpreis nicht überstiegen. Das FG hat hierzu festgestellt, dass das Grundstück K zum Teilwert von 33 Mio. DM in die H-KG eingebracht worden sei und die Beteiligten ausdrücklich von der Werthaltigkeit des Grundstücks in Höhe von 33 Mio. DM ausgegangen seien. An diese Feststellung ist der erkennende Senat – mangels zulässiger und begründeter Verfahrensrügen der Klägerin – gemäß § 118 Abs. 2 FGO gebunden.

2. Trotz der – wie dargelegt – nach kaufmännischen Grundsätzen und drittüblichen Kriterien bemessenen Höhe des für die Grundstückseinbringung der Klägerin gewährten Gesamtentgelts scheidet im Streitfall eine vollständige Aufdeckung der stillen Reserven aus, soweit der Klägerin als (Teil-)Entgelt für die Einbringung Gesellschaftsrechte an der aufnehmenden H-KG gewährt wurden (vgl. unten B. I. 3. b. aa). Der erkennende Senat geht im Einklang mit den Beteiligten und dem FG davon aus, dass letzteres in Höhe der Gutschrift von 5 Mio. DM auf dem Festkapitalkonto der Klägerin bei der H-KG zutraf.

3. Andererseits kann aber der Umstand, dass der Klägerin im Zuge der Einbringung des Grundstücks in die H-KG Gesellschaftsrechte gewährt wurden, nicht dazu führen, dass der Einbringungsvorgang zur Gänze oder auch nur in einem größeren als vom FA und FG angenommenen Umfang erfolgsneutral gestaltet werden konnte.

a) Ein anderes Ergebnis kann insbesondere nicht aus der direkten Anwendung des § 24 UmwStG 1977 hergeleitet werden. Zu Recht hat das FG die Ansicht der Klägerin verworfen, dass es sich bei dem in Rede stehenden Grundstück um einen Teilbetrieb gehandelt habe.

Unter einem Teilbetrieb i.S. des § 24 UmwStG ist – ebenso wie etwa im Rahmen des § 16 EStG (vgl. die Nachweise bei Schlöβr in Haritz/Benkert, Umwandlungssteuergesetz, 2. Aufl., § 24 Rdnr. 15) – ein mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestatteter, organisatorisch geschlossener Teil des Gesamtbetriebs anzusehen, der – für sich betrachtet – alle Merkmale eines Betriebes aufweist und als solcher lebensfähig ist (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 12.4.1989 – I R 105/85, BFHE 157, 93, BStBl II 1989, 653, zu § 7 Abs. 1 EStDV a.F.;

vom 1.2.1989 – VIII R 33/85, BFHE 156, 158, BStBl II 1989, 458, betreffend § 16 EStG; vom 5.10.1976 VIII R 62/72, BFHE 120, 257, BStBl II 1977, 42, zur Teilbetriebsverpachtung; vgl. ferner z.B. Dehmer, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 2. Aufl., § 20 UmwStG Rdnr. 64 und § 24 UmwStG Rdnr. 61, m.w.N.).

Diese Voraussetzungen erfüllte das in Rede stehende – im Zeitpunkt der Einbringung in die H-KG unbebaute und von der Klägerin neben einer Reihe weiterer Grundstücke als Umlaufvermögen ausgewiesene – Grundstück offenkundig nicht (vgl. auch Dehmer, a.a.O., § 20 UmwStG Rdnr. 82). Etwas anderes folgt entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht daraus, dass es sich um ein besonders wertvolles Wirtschaftsgut handelte und das Grundstück im Falle einer späteren, von der H-KG seinerzeit ins Auge gefassten Bebauung zur wesentlichen Grundlage eines Teilbetriebs bei der H-KG hätte werden können.

b) Im Streitfall handelt es sich sonach um die Einbringung eines einzelnen Wirtschaftsguts des Betriebsvermögens des Gesellschafters (hier: Klägerin) in eine Personengesellschaft (hier: H-KG) gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten und weitere Gegenleistungen.

aa) Hätte das Entgelt für die Einbringung des Grundstücks ausschließlich in der Gewährung von Gesellschaftsrechten an der H-KG bestanden, so hätte der Einbringungsvorgang nach den für das hier zu beurteilende Streitjahr 1990 unverändert fortgeltenden Grundsätzen des BFH-Urteils vom 15.7.1976 – I R 17/74 (BFHE 119, 285, BStBl II 1976, 748) in vollem Umfang erfolgsneutral – ohne Aufdeckung der im Bilanzansatz des Grundstücks ruhenden stillen Reserven – gestaltet werden können. Zwar wäre auch dann von einem (voll-)entgeltlichen (tauschähnlichen) Geschäft auszugehen. Jedoch rechtfertigt es in diesem Fall nach den Grundsätzen des BFH-Urteils in BFHE 119, 285, BStBl II 1976, 748 der Gesichtspunkt der Fortsetzung des bisherigen unternehmerischen Engagements des einbringenden Gesellschafters in anderer – nunmehr mitunternehmerischer – Form, von einer starren Anwendung des grundsätzlich auch beim Tausch eingreifenden Realisationsprinzips abzusehen und den am Einbringungsvorgang Beteiligten ein Realisationswahlrecht einzuräumen (BFH-Urteil in BFHE 119, 285, BStBl II 1976, 748, unter I. 2. a und b der Gründe; vgl. auch Mickle, Steuerberater-Jahrbuch – StbJb – 1995/1996, 75, 85 f.: Beitragsgedanke; „Engagementgedanke“).

bb) Indessen waren der Klägerin neben der Gewährung von Gesellschaftsrechten (in Höhe von 5 Mio. DM) weitere Vermögensvorteile, namentlich die Befreiung von Verbindlichkeiten (in Höhe von 25 Mio. DM, unten aaa) und die Begründung eines Darlehensanspruchs (in Höhe von 3 Mio. DM, unten bbb) eingeräumt worden. Insoweit greift der im Einbringungsurteil (BFHE 119, 285, BStBl II 1976, 748, unter I. 2.) für die Einräumung des Realisationswahlrechts betonte Gedanke der Fortsetzung des unternehmerischen Engagements in anderer – mitunternehmerischer – Form nicht ein. Denn von einer solchen Fortführung kann insoweit nicht die Rede sein, als der Gesellschafter für die Übernahme des Wirtschaftsguts ein über die Gewährung von Gesellschaftsrechten hinausgehendes Entgelt erhält. Insoweit erbringt der Gesellschafter seine Leistung nämlich nicht zur Stärkung der Gesellschaft oder seiner Gesellschafterstellung, sondern im Rahmen eines Leistungsaustauschs wie unter Fremden (so zutreffend Mickle, StbJb 1995/1996, 75, 100).

Die genannten weiteren Vermögensvorteile in Höhe von zusammen 28 Mio. DM sind entgegen der Ansicht der Revision

nicht um die von der Klägerin und ihren Kommanditisten zugunsten der H-KG eingegangenen Bürgschaften in Höhe von insgesamt 5,5 Mio. DM zu kürzen (unten ccc).

aaa) Entgegen der von der Klägerin und einem Teil des Schrifttums (vgl. z.B. *Mäkle*, StbJb 1995/1996, 75, 100 ff.; *Schlöβr* in *Haritz/Benkert*, a.a.O., § 24 Rdnr. 34; *Dehmer*, a.a.O., § 24 UmwStG Rdnr. 78; *Patt*, GmbHR 1998, 970, 973; *Korn*, Kölner Steuerdialog –KÖDI– 1997, 11219, 11222) vertretenen Ansicht führen die im Zuge der Einbringung einzelner Wirtschaftsgüter von der aufnehmenden Personengesellschaft übernommenen Verbindlichkeiten des übertragenden Gesellschafters auch dann zu einer (gewinnwirksamen) Gegenleistung beim einbringenden Gesellschafter, wenn die übernommenen Schulden in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den eingebrachten aktiven Einzelwirtschaftsgütern stehen (BFH-Urteil in BFH/NV 1998, 836, unter II. 2. a der Gründe, obiter dictum; Schreiben des BMF vom 12.10.1994, BB 1994, 2318). Der streitige Sachverhalt kann deshalb nicht dahingehend gewürdigt werden, dass das Grundstück lediglich mit dem um die Schulden geminderten Nettowert auf die H-KG übertragen wurde. Werden vom Erwerber Verbindlichkeiten des Veräußerers unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, so stellen diese Verbindlichkeiten grundsätzlich Anschaffungskosten für die übernommenen Wirtschaftsgüter dar (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 10.12.1991 – VIII R 69/86, BFHE 166, 476, BStBl II 1992, 385, unter A. I. 2. d der Gründe, m.w.N.; BFH-Beschluss vom 5.7.1990 – GrS 4-6/89, BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, unter C. II. 3. b der Gründe; BFH-Urteil in BFH/NV 1998, 836, unter II. 2. a der Gründe). Dies gilt zunächst zweifellos in dem Fall, dass ein Steuerpflichtiger ein einzelnes aktives Wirtschaftsgut aus seinem Betriebsvermögen gegen Übernahme der mit diesem Wirtschaftsgut wirtschaftlich zusammenhängenden Verbindlichkeiten an einen fremden Dritten veräußert.

Nichts anderes gilt aber auch im hier zu beurteilenden Fall der (vollentgeltlichen) Einbringung einzelner Wirtschaftsgüter aus dem Betriebsvermögen des Gesellschafters in eine Personengesellschaft, soweit die aufnehmende Gesellschaft dem Einbringenden nicht nur Gesellschaftsrechte gewährt, sondern auch dessen Verbindlichkeiten übernimmt. Hier gilt der bereits eingangs (vgl. oben B. I. 1.) erwähnte Grundsatz, dass für solche Veräußerungsgeschäfte zwischen Personengesellschaft und Gesellschafter keine anderen Regeln als bei Geschäften unter Fremden gelten: Die Übernahme der Verbindlichkeiten führt zu Aufwendungen des Erwerbers (hier: der H-KG), die er tätigt, um die Verfügungsmöglichkeit über das gleichzeitig übertragene aktive Wirtschaftsgut zu erlangen, und folglich bei ihm zu Anschaffungskosten. In gleicher Höhe erwächst dem Veräußerer (hier: Klägerin) ein als Gegenleistung zu wertender Vermögensvorteil, indem er von einer (persönlichen) Verbindlichkeit befreit wird (vgl. BFH-Beschluss in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, unter C. II. 3. b der Gründe, m.w.N.). Dieser Sachverhalt kann bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung nicht anders beurteilt werden, als wenn der Gesellschafter den entsprechenden Betrag in bar erhalten und anschließend zur Tilgung der zurückgehaltenen Schulden verwendet hätte (vgl. auch BFH-Beschluss vom 7.3.1989 – IX R 82/86, BFHE 157, 341, BStBl II 1989, 766, unter II. 3., letzter Absatz der Gründe; BFH-Beschluss in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, unter C. II. 3. b, vorletzter Absatz, a.E.; BFH-Urteil in BFH/NV 1998, 836, unter II. 2. a der Gründe, m.w.N.).

An diesem Ergebnis vermag auch nichts der Umstand zu ändern, dass der BFH in eng begrenzten und besonders gelagerten Ausnahmefällen, namentlich bei der Übertragung struktu-

rierter Einheiten (Betriebe, Teilbetriebe und Mitunternehmeranteile) sowie bei der Teilung von Gesamthandsvermögen (Realteilung bei Personengesellschaft, Erbauseinandersetzung) von diesen allgemeinen Regeln der Gewinnrealisierung abgewichen ist und die mit den aktiven Wirtschaftsgütern zusammenhängenden Schulden im Sinne einer Nettobetrachtung als unselbstständige Bestandteile der jeweiligen Organisationseinheit bzw. des jeweiligen Sondervermögens beurteilt hat. Denn die Nettobetrachtung dient in den Fällen der Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen dazu, eine unentgeltliche Übertragung i.S. von § 7 Abs. 1 EStDV (jetzt: § 6 Abs. 3 EStG) auch dann zu ermöglichen, wenn – wie meist – zu der übertragenen strukturierten Einheit auch passive Wirtschaftsgüter gehören (ebenso schon BFH-Urteil in BFH/NV 1998, 836, unter II. 2. a).

Im Falle der Realteilung und der Erbauseinandersetzung besteht die im hier zu beurteilenden Fall nicht gegebene Besonderheit darin, dass ein – zumeist nicht nur aus aktiven, sondern auch aus passiven Wirtschaftsgütern zusammengesetztes – Sondervermögen (Gesamthandsvermögen) unter den Gesamthändern aufgeteilt wird, wobei sich der Aufteilungsmaßstab nach dem jeweiligen Anteil der einzelnen Gesamthänder am Nettovermögen richtet, so dass in die Auseinandersetzung nicht nur die positiven, sondern auch die negativen Wirtschaftsgüter (Verbindlichkeiten) einzubeziehen sind (vgl. z.B. BFH-Urteil in BFHE 166, 476, BStBl II 1992, 385, unter A. I. 2. d; BFH-Beschluss vom 5.7.1990 – GrS 2/89, BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837, unter C. II. 2. a). Wie sich das dem einzelnen Gesamthänder im Rahmen der Auseinandersetzung zugeteilte, seiner Beteiligungsquote entsprechende (Netto-)Vermögen zusammensetzt, ist dabei ohne Belang. Ein einzelner Gesamthänder kann daher zum Ausgleich für die Zuteilung von aktiven Wirtschaftsgütern, deren Wert seine Beteiligungsquote übersteigt, einen entsprechend höheren Anteil an den Gesamthandsschulden übernehmen, ohne dass dies zu einer Gewinnrealisierung führt. Denn bei einer solchen Auseinandersetzung handelt es sich zwar um ein entgeltliches, nicht aber um ein Veräußerungs- und Anschaffungsgeschäft (ebenso BFH-Urteil in BFH/NV 1998, 836, unter II. 2. a; *Groh*, DB 1990, 2135, 2138, m.w.N.).

Im Streitfall geht es indessen weder um die Übertragung einer strukturellen Einheit noch um die Spaltung (Realteilung) eines Gesamthandsvermögens. Hier lässt sich eine Nettobetrachtung entgegen der von einem Teil der Literatur (vgl. z.B. *Mäkle*, StbJb 1995/1996, 75, 101 f.) vertretenen Auffassung auch nicht mit dem im Einbringungsurteil des BFH (BFHE 119, 285, BStBl II 1976, 748) betonten Gedanken rechtfertigen, der Gesellschafter setze sein gewerbliches Engagement auch nach der Einbringung des Einzelwirtschaftsguts in die Personengesellschaft in anderer Form fort. Letzteres lässt sich vielmehr nur insoweit annehmen, als dem einbringenden Gesellschafter im Gegenzug Gesellschaftsrechte eingeräumt werden, nicht dagegen auch insoweit, als ihm als Gegenleistung dritttübliche, das Gesamthandsvermögen der aufnehmenden Gesellschaft schmälernde Barentgelte und diesen vergleichbare Leistungen, wie die Befreiung von Verbindlichkeiten, gewährt werden (vgl. schon oben B. I. 3. b. aa und bb).

Ein anderes Ergebnis lässt sich entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht auch dann nicht überzeugend begründen, wenn man –mit einem Großteil der Literatur– die Rechtfertigung für die erfolgsneutral gestaltbare Einbringung einzelner Wirtschaftsgüter aus dem Betriebsvermögen des Gesellschafters in die Personengesellschaft auf eine rechtsanaloge Anwendung des § 24 UmwStG stützt. Diese Norm ordnet lediglich die Rechtsfolge an, dass die Einbringung insoweit er-

folgsneutral gestaltet werden kann, als dem einbringenden Gesellschafter als „Gegenleistung“ Gesellschaftsrechte gewährt werden. Sie sagt hingegen nichts darüber aus, ob die im Zuge der Einbringung aktiver Wirtschaftsgüter von der aufnehmenden Personengesellschaft übernommenen, mit dem eingebrachten aktiven Betriebsvermögen zusammenhängenden Schulden im Sinne einer Brutto- oder Nettobetrachtung ein neben der Gewährung von Gesellschaftsrechten stehendes Entgelt darstellen oder nicht. Letzteres beantwortet sich vielmehr nach den dargelegten allgemeinen Grundsätzen.

bbb) Zu einer (gewinnwirksamen) Gegenleistung führt nach inzwischen übereinstimmender Auffassung der Beteiligten auch der von der aufnehmenden H-KG der Klägerin als Teilentgelt für die Einbringung eingeräumte Darlehensanspruch in Höhe von 3 Mio. DM. Auch insoweit ist der aufnehmenden Gesellschaft – nicht anders als bei einer sofort beglichenen Kaufpreisforderung – kein Eigenkapital zugeführt und sind der Klägerin – mangels Gutschrift auf deren Kapitalkonto bei der H-KG – keine Gesellschaftsrechte gewährt worden mit der Folge, dass insoweit eine erfolgsneutrale Fortführung des Buchwerts des eingebrachten Grundstücks ausscheidet.

Dem steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die streitige Darlehensforderung der Klägerin in einer für sie bei der H-KG zu führenden Sonderbilanz zu aktivieren war (a.A. offenbar *Schlößer* in *Haritz/Benkert*, a.a.O., § 24 Rdnr. 61, m.w.N., betreffend den Fall der direkten Anwendung des § 24 UmwStG; *Widmann*, Umwandlungsrecht, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, § 24 UmwStG 1977 Rdnr. 101, Beispiel, Variante 4). Denn die Forderung, der in der Steuerbilanz der Personengesellschaft eine entsprechend hohe Schuld als Fremdkapital korrespondiert (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 13.10.1998 – VIII R 78/97, BFHE 187, 227, BStBl II 1999, 163, unter II. 4. b, cc; *Schmidt*, a.a.O., § 15 Rdnr. 540, m.w.N.), wurde nicht dem Vermögensbereich der Personengesellschaft als Teil des eingebrachten Vermögens zugeführt, sondern im Zusammenhang mit der Einbringung – nämlich als Gegenleistung für die Übertragung des eingebrachten Wirtschaftsguts – begründet (vgl. auch *Wacker*, BB 1998, Beilage 8 zu Heft 26/98, S. 1, 30, rechte Spalte, betreffend den Fall der direkten Anwendung des § 24 UmwStG).

ccc) Dem FG ist im Ergebnis auch darin beizupflichten, dass die Übernahme der Bürgschaft durch die Klägerin und ihre Kommanditisten für Bankschulden der H-KG in Höhe von 5,5 Mio. DM nicht zu einer Minderung der der Klägerin im Zuge der Einbringung des Grundstücks gewährten sonstigen Ausgleichsleistungen in Höhe von 28 Mio. DM (vgl. oben aaa und bbb) führte.

Eine solche Minderung scheidet schon daran, dass ein etwaiger Aufwand des Personengeschafters aus dessen Bürgschaft für Schulden der Personengesellschaft erst nach Beendigung der Gesellschaft bzw. nach Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft berücksichtigt werden kann (vgl. z.B. *Schmidt*, a.a.O., § 15 Rdnr. 547 i.V.m. Rdnr. 544, m.w.N.).

Unabhängig davon würde eine entsprechende Minderung aber auch deshalb ausscheiden, weil keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Inanspruchnahme der Klägerin aus der Bürgschaft bereits bis zum Ende des Streitjahres 1990 wahrscheinlich und die sich im Falle einer solchen Inanspruchnahme ergebende (Regress-)Forderung der Klägerin gegen die H-KG ganz oder teilweise uneinbringlich war. An diesem Ergebnis ändert nichts, dass die Klägerin – wie in ihrer Revisionsbegründung vorgetragen – zu einem späteren Zeitpunkt (1996) aus der Bürgschaft in Anspruch genommen

wurde. Dieser Vorgang wirkt nicht als rückwirkendes Ereignis i.S. von § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO 1977 auf das Streitjahr zurück. Anders als bei außerordentlichen Gewinnen i.S. der §§ 16, 17, 34 EStG (grundlegend hierzu BFH-Beschluss vom 19.7.1993 – GrS 2/92, BFHE 172, 66, BStBl II 1993, 897; vgl. ferner z.B. BFH-Urteile vom 14.12.1994 – X R 128/92, BFHE 176, 515, BStBl II 1995, 465, und vom 6.3.1997 – IV R 47/95, BFHE 183, 78, BStBl II 1997, 509) bietet § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO 1977 keine verfahrensrechtliche Handhabe zur rückwirkenden Korrektur des hier in Rede stehenden laufenden, durch Betriebsvermögensvergleich zu ermittelnden Gewinns. Die hier maßgebenden Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung sehen eine rückwirkende Stornierung früherer laufender Geschäftsvorfälle infolge des späteren Eintritts eines gegenläufigen Ereignisses gerade nicht vor; hier erfolgt die Korrektur – nicht zuletzt aus Praktikabilitätsgründen – vielmehr mit Wirkung ex nunc (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 26.7.1984 – IV R 10/83, BFHE 141, 488, BStBl II 1984, 786, unter 2., erster Absatz der Gründe, m.w.N.; BFH-Beschluss vom 26.3.1991 – VIII R 315/84, BFHE 166, 7, BStBl II 1992, 472, unter B. III. 5. d der Gründe, m.w.N.).

cc) Der erkennende *Senat* pflichtet der Vorinstanz und dem FA darin bei, dass im Fall der Einbringung eines Einzelwirtschaftsguts gegen ein gemischtes Entgelt; d.h. sowohl gegen die Gewährung von Gesellschaftsrechten als auch gegen sonstige Entgelte, ein Wertansatzwahlrecht und damit die Möglichkeit zur Fortführung des Buchwerts des eingebrachten Einzelwirtschaftsguts nach den Grundsätzen des Einbringungsurteils in BFHE 119, 285, BStBl II 1976, 748 oder nach dem sinngemäß heranzuziehenden Rechtsgedanken des § 24 UmwStG 1977 nur insoweit besteht, als die Übertragung gegen die Gewährung von Gesellschaftsrechten erfolgt. Der Einbringungsvorgang ist dabei entsprechend dem Verhältnis der jeweiligen Teilleistungen (Wert der erlangten Gesellschaftsrechte einerseits und Wert der sonstigen Entgelte andererseits) zum Teilwert des eingebrachten Wirtschaftsguts in einen erfolgsneutral gestaltbaren (hier: 5/33) und einen zwingend erfolgswirksamen Teil (hier: 28/33) aufzuspalten (*Mikle*, StbJb 1995/1996, 75, 98 ff.; *Blüwich/Stuhrmann*, Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuersteuergesetz, § 15 EStG Rdnr. 472; *Söffing* in *Lademann*, Einkommensteuergesetz, § 15 Rdnr. 388; *Thiel/Rödter*, FR 1998, 401, 414; BMF-Schreiben vom 20.12.1977 = Mitunternehmererlass, BStBl I 1978, 8 Tz. 28, 35 und 66; a.A. *Döllerer*, DSStZ 1983, 179, 181; *Groh*, StuW 1984, 217, 228 ff.; *Schmidt*, a.a.O., 18. Aufl., § 15 Rdnr. 667). Die Richtigkeit einer solchen Aufspaltung ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

aaa) Im Streitfall lag ein vollentgeltliches Geschäft vor, weil sich die der Klägerin im Zuge der Einbringung gewährten gemischten „Gegenleistungen“ in Höhe von insgesamt 33 Mio. DM mit dem von den Vertragsparteien dem übertragenen Grundstück seinerzeit beigemessenen Wert von ebenfalls 33 Mio. DM deckten.

Hätte die der Klägerin im Zuge der Grundstückseinbringung gewährte „Gegenleistung“ – anders als im Streitfall – ausschließlich in der Gewährung von Gesellschaftsrechten in Höhe von 33 Mio. DM gelegen, hätte der Einbringungsvorgang entsprechend den Grundsätzen des Urteils in BFHE 119, 285, BStBl II 1976, 748 zu 100 % erfolgsneutral gestaltet werden können. Hätte das Entgelt hingegen umgekehrt ausschließlich in der Gewährung eines Barentgelts und/oder vergleichbarer Ausgleichsleistungen (z.B. Befreiung von Verbindlichkeiten und Einräumung eines Darlehensanspruchs) im Gesamtwert von 33 Mio. DM bestanden, hätte die Grundstücksübertragung – nicht anders als bei der Veräußerung an

einen fremden Dritten – zwingend in vollem Umfang zur Aufdeckung der stillen Reserven geführt (vgl. oben B. I. 1., erster Absatz). Es liegt daher nahe und entspricht den Regeln der Logik, in den zwischen diesen beiden Grundkonstellationen angesiedelten Mischentgeltsfällen“die für jene geltenden unterschiedlichen Realisationsgrundsätze im Wege der Aufspaltung des Übertragungsvorgangs miteinander zu kombinieren. Führt ein vollentgeltlicher Einbringungsvorgang zur vollständigen (100 %igen) Aufdeckung der stillen Reserven, wenn die dem Einbringenden gewährte Gegenleistung zu 100 % aus sonstigen Entgelten“besteht, so muss derselbe Vorgang eine 80 %ige Aufdeckung der stillen Reserven nach sich ziehen, wenn die sonstigen Entgelte“lediglich 80 % betragen und nur im Übrigen – in Höhe von 20 % – Gesellschaftsrechte gewährt werden; die stillen Reserven können in diesem Fall von der aufnehmenden Personengesellschaft also nur in Höhe von 20 % fortgeführt werden.

Die demgegenüber von Teilen der Literatur vertretene Gegenauffassung, wonach auch bei Einbringung einzelner Wirtschaftsgüter aus dem Betriebsvermögen des Gesellschafters in das Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten und sonstige Ausgleichsleistungen eine zwingende Aufdeckung der stillen Reserven nur insoweit geboten sei, als die Summe der sonstigen Entgelte“den Buchwert des eingebrachten Wirtschaftsguts überschreitet, vermag den Senat nicht zu überzeugen. Sie führt zu einer einseitigen und unangemessenen vollständigen Zuordnung des Buchwerts zu den sonstigen Ausgleichsleistungen“des gemischten“Gesamtentgelts und ist daher ebenso abzulehnen, wie es die umgekehrte alleinige Zuordnung des Buchwerts zu dem in der Gewährung von Gesellschaftsrechten bestehenden Entgeltteil wäre.

Soweit Rechtsprechung und Lehre bei teilentgeltlichen Geschäften die Einheitsbetrachtung mit der Maßgabe befürworten, dass die Buchwerte in vollem Umfang dem entgeltlichen Teil des Geschäfts zuzuordnen seien, steht dies einer Aufspaltung des Buchwerts im hier zu beurteilenden Fall nicht entgegen; denn im Streitfall handelt es sich nicht um ein teilentgeltliches, sondern – wie bereits dargelegt (vgl. oben B. I. 3. b. aa und cc. aaa) – um ein vollentgeltliches Geschäft.

bbb) Nicht zu folgen ist erst recht der Ansicht, dass die Einbringung einzelner Wirtschaftsgüter in die Personengesellschaft gegen Mischentgelt“(Gewährung von Gesellschaftsrechten und sonstige Ausgleichsleistungen) auch insoweit erfolgsneutral gestaltet werden könne, als die sonstigen Ausgleichsleistungen“den Buchwert des eingebrachten Wirtschaftsguts übersteigen (so aber wohl *Althans*, BB 1993, 1060, 1062).

Eine solche Sichtweise wäre auch im Bereich der direkten Anwendung des § 24 UmwStG, also bei der Einbringung strukturierter Einheiten in eine Personengesellschaft gegen Mischentgelt“ verfehlt. Auch § 24 UmwStG erlaubt eine erfolgsneutrale Gestaltung des Einbringungsvorgangs maximal bis zur Höhe des Werts der gewährten Gesellschaftsrechte. Dasselbe wie im direkten Anwendungsbereich des § 24 UmwStG muss dann aber auch bei seiner sinnngemäßen Heranziehung in dem hier zu entscheidenden Fall der Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern gegen Mischentgelt gelten.

ccc) Nach den vorstehenden Grundsätzen konnte die aufnehmende H-KG den Buchwert des Grundstücks K“lediglich in Höhe von 5/33 fortführen und zu diesem Zweck die Differenz zwischen 5 Mio. DM und 5/33 des Grundstücksbuchwerts in einer für die Klägerin geführten negativen Ergänzungsbilanz ausweisen.

II. Dem FG ist im Ergebnis auch darin zu folgen, dass der im angefochtenen Bescheid festgestellte Gewinn der Klägerin nicht um den streitigen Umsatzsteuerbetrag in Höhe von 26.386 DM zu mindern ist. Dabei kann der Senat offen lassen, ob die zwischen der Klägerin und der H-KG im Einbringungsvertrag vom 8.11.1990 getroffene Abrede, wonach die H-KG der Klägerin für den Fall, dass in Bezug auf die Grundstückseinbringung wider Erwarten eine Grunderwerbsteuer festgestellt werden (sollte);“die Umsatzsteuer auf die hälftige Grunderwerbsteuer zu erstatten hatte, bereits eine – wie FA und FG angenommen haben – kompensierende Aktivierung des zwar noch nicht rechtlich, möglicherweise aber bereits wirtschaftlich entstandenen Erstattungsanspruchs der Klägerin gegen die H-KG zuliebe. Der Senat unterstellt insoweit zu Gunsten der Klägerin, dass dies noch nicht möglich war. Gleichwohl kann die Revision keinen Erfolg haben, weil für diesen Fall die Umsatzsteuerrückstellung um den erst künftig – aus der Sicht des Bilanzstichtags: mit (überwiegender) Wahrscheinlichkeit – entstehenden Erstattungsanspruch gegen die H-KG in gleicher Höhe zu kürzen wäre und damit ganz entfielen. Der Senat folgt insoweit der bisherigen Rechtsprechung des BFH (vgl. Urteile vom 17.2.1993 – X R 60/89, BFHE 170, 397, BStBl II 1993, 437; vom 3.8.1993 – VIII R 37/92, BFHE 174, 31, BStBl II 1994, 444; vom 8.2.1995 – I R 72/94, BFHE 176, 575, BStBl II 1995, 412). Danach sind Rückgriffsansprüche bei der Bewertung einer Rückstellung zu berücksichtigen, wenn sie in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der drohenden Inanspruchnahme stehen, in rechtlich verbindlicher Weise der Entstehung oder Erfüllung der Verbindlichkeit zwangsläufig nachfolgen und vollwertig sind, weil sie vom Rückgriffsschuldner nicht bestritten werden und dessen Bonität nicht zweifelhaft ist.

An dem Vorliegen der unter 1. und 2. genannten Voraussetzungen bestehen im Streitfall keine Zweifel. Aber auch die dritte Voraussetzung ist erfüllt. Anhaltspunkte dafür, dass die H-KG als Rückgriffsschuldnerin bereits am maßgeblichen Bilanzstichtag (31.12.1990) nicht mehr solvent gewesen sei, ergeben sich weder aus den Feststellungen des FG noch aus dem Vortrag der Klägerin. Ebenso wenig kann davon ausgegangen werden, dass die in Rede stehende Regressforderung bereits am 31.12.1990 von der H-KG bestritten wurde. Hierzu hat das FG ausdrücklich – für den Senat bindend (§ 118 Abs. 2 FGO) – festgestellt, dass von einem Bestreiten des Anspruchs durch die H-KG jedenfalls bis zur Bilanzerstellung (am 19.12.1991) der Klägerin nicht die Rede war.“Ein etwaiges späteres – erst nach dem maßgebenden Bilanzstichtag (31.12.1990) erfolgtes und erst recht ein erst nach Ablauf der für die Berücksichtigung wertauhellender Tatsachen maßgebenden, einem ordnungsgemäßen Geschäftsgang entsprechenden (Jahres-)Frist zur Bilanzaufstellung (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 3.7.1991 – X R 163-164/87, BFHE 164, 556, BStBl II 1991, 802, unter 2. d, m.w.N.) – erfolgtes Bestreiten wirkt nicht auf den Ansatz und die Bewertung der Rückstellung im Streitjahr zurück.

In diesem Sinne hat denn auch die Klägerin selbst bei der ursprünglichen Aufstellung ihrer Bilanz zum 31.12.1990 eine Umsatzsteuerrückstellung nicht gebildet.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Spiegelberger*, MittBayNot 2002, S. 356 (in diesem Heft).

25. GG Art. 3 Abs. 1, Art. 100 Abs. 1 Satz 1, BVerfGG § 80, ErbStG § 10 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 5 Nrn. 1 und 2, Abs. 6, § 12 Abs. 1 bis 5, § 13 Abs. 3 Satz 2, § 13a Abs. 1 und 2, Abs. 4 Nr. 1 und 3, Abs. 5, § 15, § 19, § 19a, § 28, BewG § 6, § 9 Abs. 1 und 2, § 10, § 11 Abs. 1 und 2, Abs. 4, § 12 Abs. 1, §§ 13 ff., § 31, § 33 Abs. 3 Nr. 2, §§ 95 bis 99, § 103, § 104, § 109 Abs. 1 und 2, § 137, § 138 Abs. 1 und 3, § 140 Abs. 2, § 141 Abs. 1, § 142, § 143, § 144, § 145 Abs. 3, § 146 Abs. 1 bis 8 (Vorlage an das BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der erbschaftsteuerlichen Privilegierung von Betriebsvermögen, Grundbesitz, land- und forstwirtschaftlichem Vermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften)¹

Der BFH hält § 19 Abs. 1 ErbStG i.d.F. des JStG 1997 i.V.m. § 10 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 6 Satz 4 ErbStG, § 12 ErbStG sowie §§ 13a, 19a ErbStG, dabei § 12 ErbStG i.V.m. den in dieser Vorschrift in Bezug genommenen Vorschriften des BewG, wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) für verfassungswidrig, weil die Vorschriften zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage beim Betriebsvermögen, bei den Anteilen an Kapitalgesellschaften sowie beim Grundbesitz (einschließlich des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens) gleichheitswidrig ausgestaltet sind.

BFH, Beschluss vom 22.5.2002 – II R 61/99 –, mitgeteilt von Notar *Thomas Wachter*, Osterhofen

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist die Nichte und Alleinerbin der am 23.7.1997 verstorbenen Erblasserin (E). E hatte 1994 eine Eigentumswohnung zu einem Kaufpreis von 343.000 DM gekauft. Der Kaufpreis war bis Ende 1996 vollständig gezahlt. Die Auflassung wurde am 3.6.1997 erklärt; am 4.8.1997 erfolgte die Umschreibung im Grundbuch. Zum Nachlass der E gehörten auch ein Bankguthaben in Höhe von 134.150 DM sowie ein Steuererstattungsanspruch in Höhe von 673 DM.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) setzte durch Bescheid vom 7.7.1998 gegen die Klägerin wegen des Erwerbs durch Erbanfall (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, § 1922 Abs. 1 BGB) Erbschaftsteuer in Höhe von 74.494 DM fest. Das FA sah als Gegenstand des Erwerbs der Klägerin nicht das Wohnungseigentum, sondern den auf dessen Verschaffung gerichteten Anspruch an, den es mit dem gemeinen Wert, d.h. hier mit dem Nennwert des Kaufpreises bewertete. Die im Nachlass befindlichen Kapitalforderungen erfasste das FA ebenfalls mit dem Nennwert. Den Einspruch, mit dem die Klägerin beantragte, als Wert der Eigentumswohnung nicht den gemeinen Wert (343.000 DM), sondern den vom Lagefinanzamt durch Bescheid vom 20.5.1998 festgestellten Grundstückswert (Bedarfswert gemäß § 138 Abs. 5 BewG) in Höhe von 127.000 DM der Besteuerung zu Grunde zu legen, weil das Wohnungseigentum noch vor dem Tod der E an diese aufgelassen worden sei, wies das FA als unbegründet zurück.

Das FG, dessen Urteil in EFG 2000, 1019 veröffentlicht ist, setzte die Erbschaftsteuer entsprechend dem Antrag der Klägerin, der Besteuerung den Bedarfswert für die Eigentumswohnung zu Grunde zu legen, herab. Gegenstand des Erwerbs der Klägerin sei das der E zustehende Anwartschaftsrecht, das mit keinem höheren Wert angesetzt werden dürfe als das mit dem Bedarfswert zu bewertende Vollrecht. Dem Erwerb dieses Rechts komme im Verhältnis zu dem ebenfalls auf die Klägerin übergegangenen Anspruch der E auf Eigentumsverschaffung vorrangige Bedeutung zu, weil die Verkäuferin der Eigentumswohnung noch vor dem Tod der E alles ihr Mögliche getan habe, um den Leistungserfolg herbeizuführen.

Mit der vom FG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassenen Revision rügt das FA Verletzung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 10 und 12 ErbStG, der §§ 873, 1922 BGB und der §§ 9, 138 ff. BewG. Entscheidend sei, dass E bei ihrem Tod noch nicht Eigentümerin der Wohnung gewesen sei. Das Anwartschaftsrecht könne nicht dem Grundstückseigentum gleichgestellt werden.

Der Senat hat durch Beschluss vom 24.10.2001 – II R 61/99 – (MittBayNot 2002, 63; BFHE 196, 304, BStBl II 2001, 834) das BMF aufgefordert, dem Verfahren beizutreten. Das BMF ist durch Schreiben vom 23.11.2001 dem Verfahren beigetreten und hat darauf hingewiesen, dass der Gleichheitssatz dem Steuergesetzgeber eine weitreichende Gestaltungsbefugnis belasse, die ihn insbesondere berechtige, sich bei seinen Regelungen auch von finanzpolitischen, volkswirtschaftlichen oder sozialpolitischen Erwägungen leiten zu lassen. Seine Gestaltungsfreiheit ende erst dort, wo die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar sei, wo also ein sachlicher Grund für die Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung fehle. Nur die Einhaltung dieser äußersten Grenzen der gesetzgeberischen Freiheit sei vom BVerfG nachzuprüfen.

Aus den Gründen:

Die Vorlage an das BVerfG ist gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. § 80 BVerfGG geboten, weil der Senat davon überzeugt ist, dass die Vorschrift des § 19 Abs. 1 ErbStG i.d.F. des JStG 1997 vom 20.12.1996 (BGBl I, 2049, BStBl I 1523) i.V.m. § 10 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ErbStG, § 12 ErbStG sowie §§ 13a, 19a ErbStG, dabei § 12 ErbStG i.V.m. den in dieser Vorschrift in Bezug genommenen Vorschriften des BewG, wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verfassungswidrig ist. Der Senat hält die Anwendung eines einheitlichen Steuertarifs auf alle Erwerbsvorgänge für verfassungswidrig, weil die Vorschriften zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage beim Betriebsvermögen, bei den Anteilen an Kapitalgesellschaften sowie beim Grundbesitz (einschließlich des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens) gleichheitswidrig ausgestaltet sind.

I. Rechtslage/Rechtentwicklung

(Es folgt eine ausführliche Darstellung der Privilegierungen für Betriebsvermögen (§ 2 Abs. 5 ErbStG i.V.m. § 95 bis 99, 103, 104 und 109 Abs. 1 und 2 und § 37 BewG sowie die Verweisung in § 5 Abs. 1 Satz 1 BewG auf § 5 Abs. 1 und 2 des EStG; § 13a und 19a ErbStG), nicht notierte Anteile an Kapitalgesellschaften (§ 2 Abs. 2 ErbStG i.V.m. § 11 Abs. 2 BewG), Grundbesitz (einschließlich land- und forstwirtschaftlichem Vermögen) und Betriebsgrundstücke (§ 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. § 140 ff. und 145 ff. BewG; § 13a und 19a ErbStG); vgl. hierzu auch die Vorentscheidung des BFH in MittBayNot 2002, 63 ff. [Heft 1/2002]).

II. Verfassungsrechtliche Prüfung

1. Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab

Der Gleichheitssatz verlangt für das Steuerrecht, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleichmäßig belastet werden. Das danach – unbeschadet verfassungsrechtlich zulässiger Differenzierungen – gebotene Gleichmaß verwirklicht sich in dem Belastungserfolg, den die Anwendung der Steuergesetze beim einzelnen Steuerpflichtigen erreicht (vgl. Urteil des BVerfG vom 21.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239, 268, BStBl II 1991, 654; Beschluss des BVerfG vom 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121, 134, BStBl II 1995, 655, 660).

Die Erbschaftsteuer ist eine Erbanfallsteuer. Besteuert wird die durch die Bereicherung eingetretene finanzielle Leistungsfähigkeit des Erwerbers. Diese Belastungsentscheidung muss der Gesetzgeber folgerichtig umsetzen. Da sich die Belastung bei der Erbschaftsteuer aus dem Zusammenwirken eines einheitlichen – nur nach Maßgabe des Verwandtschaftsgrades und der Höhe des Erbes (vgl. § 19 i.V.m. § 15 ErbStG) gestaffelten – Steuersatzes und der Bemessungsgrundlage ergibt, die sich aus Werten zusammensetzt, die nach unterschiedlichen Regeln ermittelt werden, hängt die gleich-

¹ Die Entscheidung ist im Volltext abrufbar unter www.bundesfinanzhof.de

mäßige, ihrer Leistungsfähigkeit entsprechende Belastung der Steuerpflichtigen davon ab, dass für die einzelnen zur Erbschaft gehörenden wirtschaftlichen Einheiten und Wirtschaftsgüter Bemessungsgrundlagen gefunden werden, die der durch den Erwerb der jeweiligen Güter vermittelten Leistungsfähigkeit des Erwerbers entsprechen (vgl. Beschluss des BVerfG in BVerfGE 93, 165, 173, BStBl II 1995, 671, 673). Das bedeutet, dass die nach den Vorschriften des Erbschaftsteuergesetzes i.V.m. dem Bewertungsgesetz vorgesehenen unterschiedlichen Regelungen über die Bewertung der zu besteuern den wirtschaftlichen Einheiten und Wirtschaftsgüter nur dann den Anforderungen genügen, wenn sie die jeweiligen Werte in ihrer Relation realitätsgerecht abbilden“ (Beschluss des BVerfG in BVerfGE 93, 165, 167, BStBl II 1995, 671, 673).

Unterschiedliche Wertansätze müssen auf sachlichen Gründen beruhen, aus denen sich die Differenzierungen grundsätzlich nach der Belastbarkeit des Erwerbers ergeben. Allerdings belässt der Gleichheitssatz des Art. 3 GG dem Gesetzgeber eine weitreichende Gestaltungsbefugnis, die ihn insbesondere berechtigt, sich bei seinen Regelungen auch von finanzpolitischen, volkswirtschaftlichen oder sozialpolitischen Erwägungen leiten zu lassen. Auch ist nicht zu prüfen, ob der Gesetzgeber für ein Problem die zweckmäßigste oder gerechteste Lösung gefunden hat, sondern nur, ob er die verfassungsrechtlichen Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit eingehalten hat (Beschluss des BVerfG vom 29.11.1989 – 1 BvR 1402, 1528/87, BVerfGE 81, 108, 117 f.).

Fehlen Gründe für eine Differenzierung, so liegt ein Fall unzulässiger (objektiver) Willkür vor, der zur Verfassungswidrigkeit der Norm führt (Beschluss des BVerfG vom 7.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72, 90). Diese Folge tritt auch ein, wenn der für die Differenzierung herangezogene Grund nicht von solcher Art und solchem Gewicht ist, dass er imstande ist, die Maßnahme des Gesetzgebers auch dem Ausmaß nach zu rechtfertigen (vgl. *Herzog* in *Maunz-Diigg*, Grundgesetz, Kommentar, Anhang Art. 3 Rdnr. 6).

Der Gesetzgeber kann auch, soweit das steuerliche Massenverfahren Vereinfachungen benötigt, eine Gleichheit im Typus herstellen, die den Sachverhalt nur vergrößert erfasst (Urteil des BVerfG vom 9.4.1992 – 2 BvE 2/89, BVerfGE 85, 264, 317) oder steuerliche Belastungstatbestände pauschalierend regeln (Beschluss des BVerfG vom 25.9.1992 – 2 BvL 5, 8, 14/91, BVerfGE 87, 153, BStBl II 1993, 413). Dies hat jedoch dort seine Grenzen, wo im Hinblick auf den Belastungsgrund eine gleiche oder verhältnismäßige Besteuerung von Falltypen mit rechtserheblicher Ähnlichkeit nicht mehr erfolgt oder rechtserheblich unterschiedliche Falltypen gleich behandelt werden (*Kirchhof* in *Festschrift: 75 Jahre RFH/BFH*, S. 300).

2. Verfassungsrechtlich maßgebliche Wechselwirkung von Steuertarif und Steuerbemessungsgrundlage

Da das ErbStG in § 19 einen einheitlichen Tarif vorsieht und Differenzierungen bei der Belastung der Steuerpflichtigen auf der Bewertungsebene vornimmt, führen gleichheits- und damit verfassungswidrige Vorschriften über die Ermittlung der Bemessungsgrundlagen zwangsläufig auch zu einem gleichheits- und damit verfassungswidrigen Steuertarif (vgl. hierzu *Birk* in *ZEV* 2002, 165, 167; *Wernsmann*, Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, 2000, S. 159 ff.). Denn erst über den Tarif wirken sich die vom Gesetzgeber auf der Ebene der Erfassung und Bewertung angeordneten (verfassungswidrigen) Differenzierungen aus und führen zur gleichheitswidrigen Behandlung solcher Steuer-

pflchtigen, die kein begünstigtes Vermögen erworben haben. Es sind somit nicht die einzelnen Begünstigungstatbestände isoliert zu betrachten, sondern ihre Folgewirkungen über die Tarifvorschrift. Dem entspricht es, soweit das BVerfG in seiner zur Vermögenssteuer ergangenen Entscheidung in BVerfGE 93, 121, 142 f., BStBl II 1995, 655, 659 darauf hinweist, ein einheitlicher Steuersatz setze voraus, dass dem Gebot der Gleichheit im steuerlichen Belastungserfolg ... bereits in der Bemessungsgrundlage Rechnung getragen und dort jede wirtschaftliche Einheit in gleichmäßiger Weise mit den Werten erfasst werde, die den steuerlichen Belastungsgrund ausdrücken.“

3. Gleichheitswidrige Ausgestaltung der Steuerbemessungsgrundlage

Der *Senat* ist von einem Verstoß der Tarifvorschrift des § 19 ErbStG gegen Art. 3 GG aus den folgenden Gründen überzeugt:

a) Betriebsvermögen:

Die Bewertung des Betriebsvermögens auf der Grundlage der Steuerbilanzwerte verbunden mit den weiteren im Gesetz vorgesehenen Begünstigungen beim Erwerb von Betriebsvermögen, bestehend aus der Unterbewertung der Betriebsgrundstücke, Freibetrag und vermindertem Wertansatz von 60 v.H. (Bewertungsabschlag von 40 v.H.), führt nach Auffassung des *Senats* zu einer gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden Privilegierung des Betriebsvermögens insbesondere im Verhältnis zu den Wirtschaftsgütern, die mit dem gemeinen Wert (§ 9 Abs. 1 BewG) zu bewerten sind.

aa) Übernahme der Steuerbilanzwerte

Mit der durch § 12 Abs. 5 ErbStG angeordneten Übernahme der Steuerbilanzwerte bei der Bewertung des Betriebsvermögens hat der Gesetzgeber seine Entscheidung, den Erwerb nach der Leistungsfähigkeit des Erwerbers zu besteuern, nicht folgerichtig umgesetzt. Die Steuerbilanzwerte sind zur Erfassung des Werts der durch Erbanfall oder Schenkung übergehenden wirtschaftlichen Einheiten und Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens ungeeignet. Denn ertragsteuerliche Rechengrößen, die lediglich dazu dienen, die Ergebnisse verschiedener Rechnungsperioden voneinander abzugrenzen, ergeben keine geeignete Grundlage für die Ermittlung stichtagsbezogener Substanzwerte (*Mellinghoff* in *DStJG*, Bd. 22 (1999), S. 127 ff., 147). Sie spiegeln regelmäßig nicht den wahren Wert eines Wirtschaftsguts wider, sondern stellen das Ergebnis – anderen Erfordernissen und Zielen dienender – handels- und steuerrechtlicher Abschreibungsregeln dar. Einkommensteuerrechtliche Bilanzierungs- und Abschreibungsregeln werden vom Gesetzgeber häufig als Instrument der Wirtschaftslenkung und Subvention verwendet. Gerade (Sonder-)Abschreibungen, die eine AfA über den wahren Wertverzehr hinaus zulassen, führen zu Bilanzansätzen, die keinen Bezug mehr zu einer realitätsgerechten Wertbildung haben. Steuerbilanzwerte können daher nur zufällig einen realistischen Wert für das Betriebsvermögen treffen (*Seer*, *GmbHR* 1999, 64, 65; *Moench/Höll*, Die neue Erbschaftsteuer, Abschnitt B, Rdnr. 7) und bilden den durch Erbanfall oder Schenkung unter Lebenden anfallenden Vermögenszuwachs nur unzureichend ab (*Gebel*, *DStR* 1996, 1385 ff.; *Häner*, *DStR* 1995, 1 ff.).

Die Übernahme der Steuerbilanzwerte führt – anders als z.B. ein Bewertungsabschlag – zu keiner zielgerichteten und gleichmäßig wirkenden Steuerentlastung für Betriebsvermögen, sondern hat einen von Zufallsmomenten abhängigen, nicht kontrollierbaren und damit willkürlich eintretenden Be-

günstigungseffekt. Die Höhe der Entlastungswirkung hängt im Einzelfall ausschließlich davon ab, in welchem Umfang im Unternehmen vor Eintritt des Erbfalls bzw. vor einer Schenkung stille Reserven angesammelt werden konnten, d.h. inwieweit das einzelne Unternehmen vom Anschaffungskostenprinzip nach § 6 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 EStG, von der Sofortabschreibung für geringwertige Wirtschaftsgüter nach § 6 Abs. 2 EStG sowie von den übrigen degressiven bzw. erhöhten Absetzungen und Sonderabschreibungen profitieren konnte. Diesen Umständen fehlt jeder sachliche Bezug zum Belastungsgrund der Erbschaft- und Schenkungsteuer, nämlich zur Höhe der durch Erbanfall oder Schenkung eingetretenen Bereicherung und zur darin liegenden Leistungsfähigkeit des Erwerbers. Die Übernahme der Steuerbilanzwerte widerspricht dem Leistungsfähigkeitsprinzip, weil hiervon vor allem ertragsstarke, in ihrem Bestand nicht gefährdete Unternehmen profitieren, die von Bilanzierungswahlrechten und Sonderabschreibungen umfassend Gebrauch machen können, während dies den ertragschwachen Unternehmen wegen des Bilanzbildes häufig nicht möglich ist.

Der Umfang der mit der Übernahme der Steuerbilanzwerte verbundenen Entlastungswirkung hängt ferner auch von den als Passivposten zu übernehmenden Schulden ab, die gemäß § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG mit dem Nennwert anzusetzen sind. Dies führt zu einer überproportionalen Kompensation der regelmäßig unter dem Verkehrswert anzusetzenden Aktivposten. Es kommt zu einer Verrechnung von Werten, die nicht vergleichbar sind (vgl. die Darstellung oben unter B. I. 6.).

Die Übernahme der Steuerbilanzwerte ist keinesfalls nur eine vereinfachte Bewertung, wie dies die Gesetzesbegründung darstellt, sondern stellt den Verzicht auf einen sach- und systemadäquaten Bewertungsmaßstab und damit auf eine Bewertung an sich dar (vgl. *Hiner*, DStR 1993, 1656, 1657). Die Regelung verstößt nach Auffassung des *Senats* wegen ihrer unkontrollierten und von Zufällen abhängigen, insbesondere nicht am Belastungsgrund – Bereicherungs- bzw. Leistungsfähigkeitsprinzip – orientierten Wirkungen sowie der systemwidrigen Verrechnung nicht vergleichbarer Wertgrößen im Verhältnis zum Erwerb anderer Vermögensarten gegen das Gleichbehandlungsgebot. Die Übernahme der Steuerbilanzwerte hat auch keinen sachlichen Bezug zu den für das Betriebsvermögen maßgeblichen verfassungsrechtlich anerkannten Differenzierungsgründen, wie der Berücksichtigung der besonderen betrieblichen Belastungen sowie der Sicherung der Betriebsfortführung.

Der *Senat* sieht darüber hinaus im Verhältnis der durch diese Regelung begünstigten Erwerber von Betriebsvermögen untereinander eine dem Gleichbehandlungsgebot nicht entsprechende Regelung, denn der Begünstigungserfolg tritt nicht gleichmäßig ein, sondern schwankt von Fall zu Fall erheblich, ohne dass hierfür erbschaftsteuerrechtlich beachtliche Gründe vorliegen.

Die Übernahme der Steuerbilanzwerte lässt sich auch nicht mit der latenten Einkommensteuerverstrickung des übergehenden Betriebsvermögens begründen (so etwa *Seer*, StuW 1997, 283, 293; *ders.* in DStJG, Bd. 22, S. 191, 197 ff.; *ders.* in GmbHR 1999, 64, 65; *Felix*, ZEV 1996, 410, 416). Es trifft zwar zu, dass es beim Erwerber (Erben, Beschenkten) im Falle des Ansatzes der Teilwerte (Verkehrswerte) in Höhe der Differenz zwischen den Verkehrs- und Steuerbilanzwerten der zum Betriebsvermögen gehörenden Wirtschaftsgüter (den sog. stillen Reserven) zu einer Doppelbelastung sowohl mit Erbschaft- und Schenkungsteuer als auch (später) mit Einkommensteuer kommen kann (s. hierzu *Mellinghoff* in DStJG, Bd. 22, S. 127 ff.). Auch liegt es in der Gestaltungs-

freiheit des Gesetzgebers, diese Doppelbelastung etwa dadurch zu beseitigen, dass er die doppelt belasteten Vermögensanteile von einer der beiden Steuern, etwa von der Erbschaftsteuer freistellt. Eine dieses Problem in angemessener Weise lösende Regelung ist allerdings nicht getroffen worden. Selbst wenn sich die Übernahme der Aktivposten der Steuerbilanz mit der latenten Ertragsteuerbelastung noch rechtfertigen ließe, weil dadurch die stillen Reserven der Belastung mit Erbschaftsteuer entzogen würden, gibt es keinen mit der zukünftigen Ertragsteuerbelastung im Zusammenhang stehenden sachlichen Grund für die durch den (ungekürzten) Ansatz der Schuldposten mit dem Nennwert eintretende zusätzliche Begünstigung.

Die Übernahme der Steuerbilanzwerte ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer verfassungsrechtlich zulässigen Pauschalierung oder Typisierung bei der Wertermittlung zu rechtfertigen. Sie dient – wie sich schon aus der Gesetzesbegründung (Bundratsdrucksache 522/91, S. 37) ergibt – nicht dem Ziel einer den gleichmäßigen Belastungserfolg sicherstellenden maßstabsgerechten Bewertung, sondern sollte in Bezug auf das Betriebsvermögen jedenfalls auch entlastende Wirkung haben. Die Übernahme der Steuerbilanzwerte ist für eine typisierende Wertermittlung ungeeignet. Sie widerspricht dem Gleichheitsgebot, weil die Auswirkungen der Regelung von Zufällen abhängig ist und darüber hinaus zu einer systemwidrigen Verrechnung nicht vergleichbarer Wertgrößen führt.

bb) Kumulationswirkung aus Unterbewertung, Freibetrag und vermindertem Wertansatz (Bewertungsabschlag)

Der *Senat* folgt der Auffassung des BVerfG (BVerfG-Beschluss in BVerfGE 93, 165, BStBl II 1995, 671, 674), dass die finanzielle Leistungsfähigkeit des Erben von Betriebsvermögen seinem durch den Erbfall erworbenen Vermögenszuwachs nicht voll entspricht. Denn betrieblich gebundenes Vermögen ist insbesondere durch Verpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmern, durch das Betriebsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht belastet und nur eingeschränkt verfügbar. Ferner ist zu beachten, dass die Erbschaftsteuerlast die Fortführung des Betriebes nicht gefährdet (Beschluss des BVerfG in BVerfGE 93, 165, 176, BStBl II 1995, 671, 674, unter C. I. 2. b bb).

Die sich aus der Anordnung der Übernahme der Steuerbilanzwerte (vgl. § 12 Abs. 5 Satz 2 ErbStG) ergebende Unterbewertung, der Freibetrag nach § 13a Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in Höhe von 256.000 EUR und der Bewertungsabschlag nach § 13a Abs. 2 ErbStG in Höhe von 40 v.H. führen in ihrer Kumulation dazu, dass Übergänge von kleineren und mittleren Betriebsvermögen weitgehend von der Erbschaftsteuer verschont, größere Betriebsvermögen im Vergleich zum sonstigen, nicht begünstigten Vermögen nur zu einem geringen Teil belastet werden.

Eine pauschale Begünstigung dieses Umfangs wäre nur dann unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn unterstellt werden könnte, typischerweise gefährde die erbschaft- und schenkungsteuerrechtliche Belastung die Betriebsfortführung. Für eine solche Annahme fehlt nach Auffassung des *Senats* jedoch jeder konkrete Anhaltspunkt. Die Prämisse, die Erbschaftsteuer gefährde generell die Existenz mittelständischer Unternehmen, ist nicht zu verifizieren (*Bareis/Elser*, DStR 1997, 557, 561; *Seer*, StuW 1997, 283, 295). Die im Gesetz getroffene Regelung trägt auch den Fällen keine Rechnung, in denen neben dem Betriebsvermögen noch weiteres, sonstiges Vermögen übergeht oder sich beim Erwerber befindet, aus dem dieser

die Steuer ohne Gefährdung der Betriebsfortführung bezahlen könnte, denn das ErbStG nimmt nicht das Unternehmen, sondern den Erwerber des Unternehmens in Anspruch. Auch wird nicht berücksichtigt, dass nach der Stundungsregelung des § 28 ErbStG bereits ein Instrument zur Verfügung steht, insbesondere in Erbfällen die Erhaltung des Betriebs zu sichern. Ähnliches gilt für den Hinweis in der Gesetzesbegründung (vgl. Bundesratsdrucksache 390/96, S. 64), den Betrieben bräuchten durch die steuerlichen Entlastungen nur in entsprechend gemindertem Umfang liquide Mittel für die Steuerzahlung entnommen werden. Auch insoweit geht der Gesetzgeber von der nicht zu verifizierenden Prämisse aus, dass im Privatvermögen des Erwerbers generell keine ausreichenden Mittel vorhanden sind, um die auf das erworbene Betriebsvermögen entfallende Erbschaftsteuer zu entrichten.

Insgesamt sind die Begünstigungen für das Betriebsvermögen in ihrer Gesamtwirkung zu weitgehend, um noch von dem verfassungsrechtlich zulässigen Differenzierungsgrund „Schutz der Betriebe“ gedeckt zu sein. Die Regelung trifft zudem nicht zielgenau und stellt nicht sicher, dass nur solche Erwerbsvorgänge erfasst werden, bei denen der Begünstigungsgrund vorliegt. Der Gesetzgeber hat sich deshalb nach Auffassung des *Senats* außerhalb seiner – wenn auch weitreichenden – Gestaltungsbefugnis bewegt. Die Regelung steht außer Verhältnis zur gesetzgeberischen Grundregel der gleichmäßigen Erfassung aller Vermögenszugänge (wie hier *Birk/Richter* in FR 2001, 764, 767; *Birk* in ZEV 2002, 165 ff.; *Seer*, DSStJG, Bd. 22, S. 191, 210 ff., 216; *ders.* in StuW 1997, 283, 298; *ders.* in GmbHR 1999, 64, 69; *Bareis/Elser*, DSStR 1997, 557, 561; *Thiel*, DB 1997, 64, 68, verfassungsrechtlich angreifbar; kritisch auch *Meincke*, DSStR 1996, 1305, 1309 f.; *ders.*, ErbStG-Kommentar, 12. Aufl., § 13a Rdnr. 3; *Weinmann* in *Moench*, Erbschaft- und Schenkungsteuer, Kommentar, Erg.Lfg. April 2002, § 13a Rdnr. 4 ff.; *Felix*, ZEV 1996, 410, 418; *Krüger/Siegemund/Köhler*, DSStR 1997, 637, 638).

b) Anteile an Kapitalgesellschaften

aa) Übernahme der Steuerbilanzwerte bei der Bewertung nicht notierter Anteile

Wie beim Betriebsvermögen entspricht die als Begünstigung gedachte Übernahme der Steuerbilanzwerte bei der Bewertung der nicht notierten Anteile an Kapitalgesellschaften nicht der Belastungsentscheidung des Gesetzgebers. Insoweit gilt hier dasselbe wie beim Betriebsvermögen.

Das Gesetz lässt im übrigen auch keine klare Begünstigungsrichtung erkennen, soweit es für Anteile, für die ein Börsenkurs vorliegt (§ 11 Abs. 1 BewG) oder deren Wert (zufällig aus stichtagsnahen Verkäufen ableitbar ist (§ 11 Abs. 2 Satz 2 BewG), den Ansatz eines dem Verkehrswert entsprechenden Werts (Kurswert, Verkaufspreis, Nennwert) vom Stichtag vorschreibt, während bei Anteilen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, jeder Versuch einer am Verkehrswert orientierten Schätzung durch die Anordnung der Übernahme der Steuerbilanzwerte von Gesetzes wegen unterbunden wird.

Der in der Gesetzesbegründung für die Begünstigung durch Übernahme der Steuerbilanzwerte allein genannte Grund der Steuervereinfachung ist nicht tragfähig, weil sich mit einem solchen Hinweis letztlich jede Steuervergünstigung begründen ließe, für die es andere sachliche Gründe nicht gibt. Der Gesichtspunkt der Steuervereinfachung bildet deshalb keine Rechtfertigung dafür, das aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Gebot einer realitätsgerechten Wertrelation einfach zu missachten (*Seer*, StuW 1997, 283, 292).

bb) Freibetrag (§ 13a Abs. 1 ErbStG) und verminderter Wertansatz (§ 13a Abs. 2 ErbStG)

Nach § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG gelten der Freibetrag von 256.000 EUR und der Wertansatz von 60 v.H. (Bewertungsabschlag von 40 v.H.) für den Erwerb von Anteilen an Kapitalgesellschaften nur, wenn der Erblasser oder der Schenker am Nennkapital der Gesellschaft zu mehr als einem Viertel unmittelbar beteiligt war. Die Begünstigung ist somit abhängig vom Umfang der Beteiligung des Erblassers oder Schenkers. War dieser zu 25,1 v.H. an der Gesellschaft beteiligt, so ist auch der Erwerb von nur 1 v.H. der Anteile beim Erben oder Beschenkten begünstigt, waren Erblasser oder Schenker zu 25 v.H. beteiligt, ist selbst der Erwerb der gesamten 25 v.H. der Anteile nicht begünstigt. Weder für die unterschiedliche Behandlung der Erwerber noch für die Abhängigkeit der Begünstigung der Erwerber von der Stellung des Erblassers oder Schenkers ist ein sachlicher Grund erkennbar. Vielmehr widerspricht die Vorschrift schlicht der Belastungsentscheidung des Gesetzgebers, denn nach der Ausgestaltung des Erbschaftsteuergesetzes als Erbanfallsteuer sind nicht die Verhältnisse beim Erblasser oder Schenker, sondern die beim Erben oder Beschenkten dafür maßgebend, in welchem Umfang der Erwerb mit Erbschaftsteuer belastet werden kann oder soll.

Darüber hinaus fehlt es hier – wie beim Betriebsvermögen – für die aus Unterbewertung (bei nicht notierten Anteilen), Freibetrag (256.000 EUR) und vermindertem Wertansatz (Abschlag von 40 v.H.) bestehende pauschale Entlastung der Erwerber von Anteilen an Kapitalgesellschaften an einem ausreichenden sachlichen Grund. Der Gesichtspunkt der Gleichstellung der Anteile an Kapitalgesellschaften mit dem Betriebsvermögen bzw. den Anteilen an Personengesellschaften rechtfertigt keine derart weitgehende pauschale Privilegierung, die im Ergebnis die Anteilserwerber in großem Umfang von der Umverteilungswirkung des Erbschaftsteuergesetzes ausnimmt. Denn die Belastung mit Erbschaftsteuer trifft beim Erwerb von Anteilen an Kapitalgesellschaften in der Regel lediglich die private Vermögenssphäre des Erwerbers. Wohingegen die steuerliche Belastung des Erwerbs einer Beteiligung an einer Personengesellschaft oder des Erwerbs eines ganzen Unternehmens im Einzelfall auch den Bestand des Betriebes berühren kann.

c) Grundvermögen

Der *Senat* geht davon aus, dass das Bewertungsverfahren für unbebaute Grundstücke (§ 145 BewG) in verfassungsrechtlicher Hinsicht unbedenklich ist. Das auf einem einheitlichen Faktor von 12,5 beruhende vereinfachte Ertragswertverfahren für bebaute Grundstücke (§ 146 ff. BewG) verstößt jedoch nach Auffassung des *Senats* gegen das Gleichbehandlungsgebot.

aa) Für Grundstücke gibt es – anders als z.B. für Geld oder börsennotierte Aktien – keinen exakten, auf den maßgeblichen Stichtag feststellbaren bzw. feststehenden Wert. Vielmehr bleibt jede Grundstücksbewertung selbst dann, wenn ihr Ziel in der Ermittlung des Verkehrswerts liegt, ein ungenaues Näherungsverfahren an einen ungenauen Wert (*Jakob*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Finanzen, Heft 48, 1992, S. 126). Es gibt somit für Grundstücke keinen absolut zutreffenden Marktwert, sondern allenfalls ein Marktwertniveau, auf dem sich mit mehr oder weniger großen Abweichungen vertretbare Verkehrswerte abbilden (*Simon* in *Simon/Cors/Troll*, Handbuch der Grundstückswertermittlung, 4. Aufl., B. 1, Rdnr. 4). Die am Grundstücksmarkt feststellbare Bandbreite von Werten kann +/- 20 v.H. (vgl. *Simon*, a.a.O. B.1,

Rdnr. 4) um einen rechnerischen Mittelwert oder auch mehr (vgl. *Weinmann* in *Christoffel*, Künftige Einheitsbewertung und Neugestaltung der Vermögen- und Erbschaftsteuer, 1996, Rdnr. 400) betragen. Jeder Wert innerhalb dieser Bandbreite kann aber noch als gemeiner Wert (Verkehrswert) des Grundstücks angesprochen werden (*Seer*, *StuW* 1997, 283, 289). Bei der Prüfung eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz kann somit nicht darauf abgestellt werden, ob der Verkehrswert – im Sinne einer punktuell greifbaren Größe – beim Bewertungsverfahren verfehlt wird, sondern nur darauf, ob die Differenzen innerhalb des Grundvermögens und der Abstand zum sonstigen Vermögen nicht willkürlich groß werden (vgl. *Jakob*, a.a.O., S. 126; *Seer*, *StuW* 1997, 283, 289).

bb) Unbebaute Grundstücke werden danach mit dem Verkehrswert angesetzt, soweit sie typisierend mit 80 v.H. des tatsächlichen Verkaufsfällen abgeleiteten Grundbesitzwerts bewertet werden. Der sich nach dieser Methode ergebende Wert liegt – wenn auch wertmäßig im unteren Bereich – innerhalb der zulässigen Bandbreite und kann deshalb (noch) als Verkehrswert angesprochen werden.

cc) Das Bewertungsverfahren für bebaute Grundstücke nach den §§ 146 ff. BewG führt in den weitaus meisten Fällen zu Werten unterhalb der am Grundstücksmarkt feststellbaren Bandbreite. In vielen Fällen wird – wie die o.g. Kaufpreisuntersuchung der Finanzverwaltung gezeigt hat – deutlich weniger als die Hälfte, z.T. nur 20 bis 30 v.H. des Mittelwerts erreicht. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollen im Durchschnitt ca. 50 v.H. des Kaufpreises erreicht werden“ (vgl. Bundestagsdrucksache 13/5952, S. 28). Der Gesetzgeber hat somit für bebaute Grundstücke bereits auf der Bewertungsebene sowohl im Verhältnis zu den unbebauten Grundstücken als auch zu den anderen Vermögensarten eine Privilegierung vorgesehen, für die es einer ausreichenden Rechtfertigung bedarf.

Eine Rechtfertigung für die Begünstigung der bebauten Grundstücke ist nicht etwa deshalb entbehrlich, weil die Werte in einem pauschalierenden und typisierenden Ertragswertverfahren ermittelt werden. Denn eine Typisierung und Pauschalierung auf der Ebene der Erfassung und Bewertung von Vermögen ist unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes nur zulässig, soweit hierdurch als Bezugspunkt das auch für andere Vermögensarten vorgeschriebene Wertniveau (§ 9 Abs. 1 BewG: gemeiner Wert) nicht verloren geht und die sich ergebenden Werte geeignet bleiben, die – von Art. 3 GG geforderte – Gleichheit im tatsächlichen Belastungserfolg herzustellen. Diesem Erfordernis genügt das vom Gesetzgeber vorgeschriebene Ertragswertverfahren für die Bewertung bebauter Grundstücke nicht, weil es entsprechend der gesetzgeberischen Intention (vgl. Bundestagsdrucksache 13/5952, S. 29) in großem Umfang zu erheblich unter dem Verkehrswert liegenden Werten führt und darüber hinaus nicht gewährleistet, dass die Erwerber bebauter Grundstücke untereinander gleichbehandelt werden (s. oben zu B. I. 4. c).

Kein Grund für die vom Gesetzgeber vorgesehene niedrigere Bewertung bebauter Grundstücke kann auch in der – so wohl kaum verifizierbaren – Annahme des Gesetzgebers gesehen werden, das im Erbschaft- und Schenkungsfall übergehende Grundvermögen sei in aller Regel nicht zur Veräußerung bestimmt“ (Bundestagsdrucksache 13/5952, S. 27), weshalb – so die Schlussfolgerung des Gesetzgebers – allein auf die Ertragsfähigkeit des Grundvermögens“ abzustellen sei. Denn der Regelbemessungsmaßstab gemeiner Wert“ ist ein objektiver, was § 9 Abs. 2 Satz 3 BewG durch den Hinweis klarstellt, dass ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse nicht zu berücksichtigen sind. Es kann somit nicht darauf ankomen,

wie der Erwerber den Gegenstand im Einzelfall nutzen wird, sondern welcher Preis im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre (§ 9 Abs. 2 Satz 1 BewG).

Die in der Gesetzesbegründung (Bundestagsdrucksache 13/5952, S. 27 f.) genannten Besonderheiten“ des Grundbesitzes (geringe Fungibilität, höhere Sozialbindung, Mieterschutzbestimmungen, öffentlich-rechtliche Auflagen, zusätzliche Belastung durch Grundsteuer) können die vom Gesetzgeber vorgesehenen Abweichungen vom Verkehrswert nicht rechtfertigen. Denn derartige Belastungen schlagen sich in einem am Markt gebildeten Preis (Verkehrswert) nieder; in diesem kommen alle Chancen und Risiken, die mit einer Kapitalanlage bzw. einem Wirtschaftsgut verbunden sind, zum Ausdruck. Der Erwerber eines Grundstücks wird bei der Kaufpreisfindung diese Belastungen stets berücksichtigen. Bei einer am Verkehrswert (d.h. an vereinbarten Markt-/Verkaufspreisen) orientierten Bewertung besteht nach Auffassung des *Senats* deshalb kein sachlicher Grund, wegen derselben Belastungen nochmals Abschläge oder zusätzliche Vergünstigungen zu gewähren (wie hier: *Bareis*, *DB* 1996, 1153, 1157 f.; *Seer*, a.a.O., S. 212). Dem entspricht es, wenn das BVerfG in seinem Beschluss in BVerfGE 41, 269, 281, BStBl II 1976, 311, 315 ausführt, der Idee der Steuergerechtigkeit widersprechende Differenzierungen in der Bewertung einzelner Wirtschaftsgüter, insbesondere im Verhältnis von Grundbesitz zu anderen Vermögensgegenständen ließen sich nicht mit den Besonderheiten des Grundbesitzes wie der ... erschwerten Übertragbarkeit und dergleichen rechtfertigen“.

Auch der Hinweis in der Gesetzesbegründung (vgl. Bundestagsdrucksache 13/5952, S. 28) auf die Auswirkungen des Bewertungsniveaus auf die Höhe der Mieten“ stellt keinen Grund dar, der eine geringere steuerliche Belastung der Erwerber von bebautem Grundbesitz rechtfertigen könnte. Der behauptete wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der erbschaftsteuerlichen Belastung und der Höhe der Mieten besteht nicht. Die Höhe der Miete richtet sich in der Regel nach Angebot und Nachfrage auf dem Wohnungsmarkt. Der Erwerber von Grundbesitz wird danach unabhängig von der Höhe der von ihm zu zahlenden Erbschaftsteuer die am Markt erziel- bzw. durchsetzbare Miete und nicht etwa als Folge einer Steuerverschonung eine geringere Miete fordern.

Die weiteren, in der Gesetzesbegründung aufgeführten finanzpolitischen, volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Gesichtspunkte können zwar grundsätzlich eine Begünstigung des Erwerbs bebauter Grundstücke im Verhältnis zu anderen Vermögensarten rechtfertigen. Das Ertragswertverfahren für bebaute Grundstücke nach §§ 146 ff. BewG ist allerdings hierfür nicht geeignet; die genannten Gründe finden darin keinen Niederschlag. Darüber hinaus entspricht das Ertragswertverfahren nicht den sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ergebenden Anforderungen, weil im Verhältnis zu den Verkehrswerten kein auch nur annähernd gleichmäßiges Steuerwertniveau erreicht wird, sodass die Erwerber bebauter Grundstücke sehr unterschiedlich be- bzw. entlastet werden (vgl. mit z.T. drastischen Formulierungen: *Moench*, Erbschaft- und Schenkungsteuer, Kommentar, Erg.Lfg. April 2002, § 12 Rdnr. 7 a; *Seer*, *StuW* 1997, 283, 290). Nach der o.g. Kaufpreisuntersuchung erreichte der nach dem gesetzlichen Ertragswertverfahren ermittelte Wert in 567 von 2.221 Fällen (rund 25 v.H. der Fälle) nicht einmal 40 v.H. (teilweise nicht einmal 20 v.H.) des Kaufpreises, der bei der Veräußerung an Dritte für ein (bebautes) Grundstück in zeitlicher Nähe zum Übergang durch Erbschaft oder Schenkung tatsächlich erzielt wurde, während in 24,6 v.H. der Untersuchungsfälle (548 von 2.221 Fällen) mehr

als 60 v.H., in 7 v.H. der Untersuchungsfälle über 80 v.H. des Verkaufspreises erreicht wurde. Das Bewertungsverfahren führt darüber hinaus in Gebieten mit hohen Grundstückspreisen, vor allem in Ballungsräumen dazu, dass es keinen Wertunterschied mehr gibt zwischen einem bebauten und einem unbebauten Grundstück, weil der im Ertragswertverfahren sich ergebende Wert für das bebaute Grundstück so niedrig ist, dass er nicht einmal den Mindestwert nach § 146 Abs. 6 i.V.m. § 145 Abs. 3 BewG erreicht (sog. „Mindestwertgebiete“; vgl. oben unter Teil B. I. 4. c).

Aus der o.g. Kaufpreisuntersuchung ergibt sich ferner, dass die Grundstücksbewertung nach § 146 BewG in einer erheblichen Anzahl von Fällen zu einer extremen Unterbewertung führt, bei der – wie auch der Vorlagefall zeigt – Werte erreicht werden, die unter 40 v.H. des Verkehrswertniveaus, teilweise noch deutlich niedriger liegen. Insoweit besteht die frühere Privilegierung des Grundbesitzes, die das BVerfG in seinem Beschluss in BVerfGE 93, 165, BStBl II 1995, 671 wegen dieses Zustandes für mit der Verfassung, insbesondere mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt hat, in wesentlichen Teilbereichen unverändert fort (*Osterloh* in DStJG, Bd. 22, S. 177, 189; *Thiel*, DB 1997, 64, 66; *Seer*, StuW 1997, 283, 290).

d) Land- und forstwirtschaftliches Vermögen

Die Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens mit nur 10 v.H. des Verkehrswerts entspricht nach Auffassung des *Senats* den Vorgaben des BVerfG (vgl. Beschluss des BVerfG in BVerfGE 93, 165, 173, BStBl II 1995, 671, 674), die Erbschaftsteuerlast so zu bemessen, dass die Fortführung der land- und forstwirtschaftlichen Betriebe steuerlich nicht gefährdet und durch eine betriebsangemessene Belastung ... eine Zerschlagung dieser Wirtschaftseinheiten“ vermieden wird.

Keinen sachlichen Grund sieht der *Senat* – insbesondere auch im Hinblick auf die die Betriebsfortführung sicherstellende Stundungsregelung in § 28 ErbStG – für die darüber hinausgehenden Begünstigungen des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens durch § 13a Abs. 1 ErbStG, d.h. durch die Gewährung eines Freibetrages von 500.000 DM (256.000 EUR) sowie eines Bewertungsabschlages von 40 v.H. Es handelt sich nach Auffassung des *Senats* um eine Überprivilegierung dieser Vermögensart, die in ihrer Kumulationswirkung aus Bewertung, Freibetrag und Bewertungsabschlag dazu führt, dass beinahe jeder Erwerb von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben, d.h. auch von Großbetrieben erbschaftsteuerfrei gestellt ist. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber nach Auffassung des *Senats* die verfassungsrechtlichen Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit überschritten; sie steht außer Verhältnis zur gesetzgeberischen Grundregel der gleichmäßigen Belastung aller Vermögenszugänge.

Der *Senat* sieht ferner insofern einen verfassungswidrigen Begünstigungsüberhang, als das Gesetz keine Regelung vorsieht, dass bei zeitnaher Veräußerung des Vermögens durch den Erwerber eine Besteuerung nach Verkehrswerten vorzunehmen ist (Nachversteuervorbehalt). Das Gesetz lässt die Fälle unberücksichtigt, in denen der Erwerber den Betrieb nicht fortführt, sondern nach dem Erwerb z.B. veräußert. Bei einem solchen Erwerb kann die Betriebsfortführung durch die Steuerbelastung nicht gefährdet sein. Es besteht kein Grund, bei einem solchen Erwerb lediglich Freibetrag und verminderten Wertansatz sowie den Entlastungsbetrag (§ 13a Abs. 5 Nr. 2, § 19a Abs. 5 Nr. 2 ErbStG) entfallen zu lassen, ihm aber den Vorteil der Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens mit ca. 10 v.H. des Verkehrswerts zu belassen, also nur etwa 10 v.H. der tatsächlichen Bereiche-

rung zu besteuern. Erhebungen des Statistischen Bundesamtes (vgl. Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 1999, S. 153) belegen, dass es sich hierbei nicht nur um Einzelfälle handelt. Viele Landwirte finden keinen geeigneten Betriebsnachfolger. Bei einer solchen Sachlage darf der Gesetzgeber nicht einfach unterstellen, dass es stets zur Betriebsfortführung durch den Erwerber kommt, vielmehr ist der Gesetzgeber gehalten, – wie nach den §§ 13a, 19a ErbStG – auch hier durch Nachversteuervorbehalte sicherzustellen, dass nur dem Regelungszweck entsprechende Erwerbsvorgänge begünstigt werden.

Die insoweit vom BMF unter Hinweis auf das Stichtagsprinzip geltend gemachten Bedenken teilt der *Senat* nicht. Es geht hier nämlich nicht um den Ansatz des aus dem Verkauf des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens erzielten Kaufpreises, sondern darum, anstelle eines die betriebsangemessene Belastung berücksichtigenden Ertragswerts den Verkehrswert des übergehenden Vermögens am maßgeblichen Stichtag anzusetzen.

4. Rechtsformabhängigkeit der Begünstigungen nach §§ 13a und 19a ErbStG

Der Freibetrag nach § 13a Abs. 1 ErbStG sowie der verminderte Wertansatz (Bewertungsabschlag) nach § 13a Abs. 2 ErbStG ist nach der gesetzlichen Regelung in § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG auch beim Erwerb von Anteilen an Gesellschaften i.S. von § 15 Abs. 3 EStG (sog. gewerblich geprägten Personengesellschaften) zu gewähren, obwohl es sich bei dem von diesen Gesellschaften gehaltenen Vermögen inhaltlich nicht um Betriebsvermögen, d.h. um Wirtschaftsgüter handelt, die zu betrieblichen Zwecken i.S. des § 15 Abs. 2 EStG eingesetzt werden. Die erbschaftsteuerrechtliche Regelung übernimmt insoweit die ertragsteuerrechtliche Fiktion, dass in der Rechtsform der gewerblich geprägten Personengesellschaft gehaltenes Vermögen als Betriebsvermögen gilt.

Diese Rechtsformabhängigkeit gegen das Gebot der folgerichtigen Umsetzung der vom Gesetzgeber getroffenen Belastungsentscheidung. Denn der erbschaftsteuerrechtliche Belastungsgrund (Belastung des Reinvermögenszugangs) und der erbschaftsteuerrechtliche Entlastungszweck der §§ 13a und 19a ErbStG (Begünstigung des Betriebsvermögens) haben keinen Bezug zur jeweiligen Rechtsform, in der Vermögen gehalten wird bzw. auf den Erwerber übergeht (vgl. die Parallele in dem zur Umsatzsteuer ergangenen Urteil des BVerfG vom 10.11.1999 – 2 BvR 2861/93, BVerfGE 101, 151, BStBl II 2000, 160). Das Bereicherungsprinzip verträgt keine Unterscheidung danach, in welcher Rechtsform Vermögen übergeht und zu einer Bereicherung des Erwerbers führt.

Durch die Vergünstigungen nach §§ 13a und 19a ErbStG sollen nach der Gesetzesbegründung in erster Linie die besonderen Belastungen berücksichtigt werden, die bei einer Aufrechterhaltung des Betriebs in seiner Sozialgebundenheit entstehen. Die Vergünstigungen setzen eine durch Widmung für betriebliche Zwecke verselbstständigte Funktionseinheit voraus, die in besonderer Weise gemeinwohlgebunden und gemeinwohlverpflichtet ist. In diesem Zusammenhang wird immer wieder auf die Sicherstellung der Betriebsfortführung und der damit verbundenen Erhaltung von Produktivität und Arbeitsplätzen hingewiesen. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist nicht davon abhängig, in welcher Rechtsform Vermögen organisiert ist. Entscheidend kann nur sein, ob tatsächlich eine gewerbliche Tätigkeit ausgeübt wird und ob es sich bei dem Vermögen um im o.g. Sinne gemeinwohlgebundenes handelt. Bei sog. gewerblich geprägten Personengesellschaften“ ist

dies nicht der Fall; diese üben keine gewerbliche Tätigkeit aus. Die Bezugnahme auf den ertragsteuerrechtlichen Betriebsvermögensbegriff führt zur Begünstigung auch solchen Vermögens, welches keiner gewerblichen Tätigkeit dient, als Privatvermögen“ (z.B. Bargeld, Wertpapiere, privater Grundbesitz) anzusprechen ist und als nicht begünstigungswürdig der vollen Steuerbelastung unterliegen müsste.

Es handelt sich nicht um dem Gleichheitsgebot entsprechende Folgen einer zulässigen Sachverhaltstypisierung, wie das BMF meint. Vielmehr ist die Übernahme des ertragsteuerrechtlichen Betriebsvermögensbegriffs gemessen am Begünstigungszweck schlechthin ungeeignet, weil dieser mit Fiktionen arbeitet, die einen Rückschluss auf die mit dem (Betriebs-)Vermögen verbundenen Soziallasten nicht zulassen.

Von dem sich aus der Rechtsformabhängigkeit ergebenden Gestaltungsrahmen wird nicht nur in wenigen Ausnahmefällen Gebrauch gemacht, vielmehr handelt es sich um eine gängige Gestaltungspraxis, wie sich aus der Fachliteratur ergibt (z.B. *Crezelius*, DB 1997, 1584 f.; *Felix*, NJW 1997, 1040; *Flick*, DB 1997, 844; *Landsittel*, Gestaltungsmöglichkeiten von Erbfällen und Schenkungen, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 902 *Schaffung von begünstigtem Vermögen*; *Korn*, Kölner Steuerdialog – KSDI – 1998, 11408, 11412; *Hörger/Stephan*, Die Vermögensnachfolge im Erbschaft- und Ertragsteuerrecht, 1998, Rdnr. 555; u.v.a.). *Weinmann* in *Moench* (Erbschaft- und Schenkungsteuer, Kommentar, Erg.Lfg. April 2002, § 13a Rdnr. 17) führt aus, dass die Erkenntnis der enormen Vorteile, die eine gewerblich geprägte Personengesellschaft bei der Schenkung- und Erbschaftsteuer bietet, Allgemeingut der Beratungspraxis sei, und *Kowallik* (DStR 1999, 1834) teilt mit, dass das Einlagemodell für Privatvermögen mit hohen Steuerwerten – vor allem für in- und ausländische Immobilien – eine gängige erbschaftsteuerrechtliche Gestaltung“ sei. Schließlich verweist *Bareis* (DStR 1997, 557 f.) darauf, dass durch die Möglichkeit, Grundbesitz vor der Übertragung in eine gewerblich geprägte Personengesellschaft einzubringen und die Vergünstigungen für Betriebsvermögen“ in Anspruch zu nehmen, der – aus der Sicht der Haus- und Grundbesitzer – negative Bewertungseffekt durch die neuen, ab dem 1.1.1996 geltenden Grundbesitzwerte kompensiert“ werde.

Die früheren Nachteile, die bei der Einbringung von Grundbesitz oder anderem Privatvermögen“ in eine gewerblich geprägte Personengesellschaft im Bereich der Ertrag- und Besitzsteuern in Kauf genommen werden mussten (vgl. hierzu die Untersuchungen von *Ottersbach/Hansen* in DStR 1997, 1269 ff. und von *Wefing* in DStR 1997, 1381 ff. sowie die Ausführungen bei *Seer*, GmbHR 1999, 64, 71 f.), sind durch den Wegfall der Gewerbesteuer, durch die pauschalierte Anrechnung der Gewerbesteuer auf die tarifliche Einkommensteuer und durch die erweiterte Steuerverstrickung auch im Privatvermögen gehaltener Grundstücke (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG) zwischenzeitlich entfallen. Darüber hinaus stellte die Tarifbegrenzung bei gewerblichen Einkünften nach § 32c EStG (bis Veranlagungszeitraum 2000) einen zusätzlichen Anreiz dar, Vermögen zu Lebzeiten oder vor einer beabsichtigten Schenkung in den Bereich des ertragsteuerrechtlichen und damit auch erbschaftsteuerrechtlichen Betriebsvermögens zu überführen.

Dieselben Begünstigungseffekte lassen sich durch Übertragung von Privatvermögen“ auf eine vermögensverwaltende Kapitalgesellschaft (z.B. eine GmbH) erreichen, deren Vermögen anknüpfend an die Rechtsform stets als Betriebsvermögen gilt. (...)

5. Verrechnung miteinander nicht vergleichbarer Werte

- a) Abzug der mit unterbewertetem Vermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Schulden

Die Möglichkeit der ungekürzten Gegenrechnung von Schulden mit – gemessen am Verkehrswert – unterbewertetem Vermögen (Betriebsvermögen, Anteile an Kapitalgesellschaften, land- und forstwirtschaftliches Vermögen und bebaute Grundstücke) verstärkt den in der Unterbewertung liegenden Begünstigungseffekt, denn es kommt dabei zu einer Verrechnung von Werten, die nicht vergleichbar sind. Dies führt zu einem überproportionalen Verrechnungseffekt und damit zu einer (weiteren) Vergünstigung von Erwerbern, die gemessen am Verkehrswert unterbewertetes“ Vermögen erhalten. Als Folge des ungekürzten Schuldenabzugs kann es in diesen Fällen sogar zu einem negativen Wert des übergehenden Vermögens kommen. Der sich auf diese Weise ergebende Schuldenüberhang ermöglicht es dem Steuerpflichtigen, im Wege der Verrechnung weiteres, eigentlich in vollem Umfang der Steuer unterliegendes Vermögen ohne Steuerbelastung zu erwerben. (...) Der Hinweis des BMF, es gebe keine allgemeingültigen Kriterien dafür, in welchem Umfang im jeweiligen Einzelfall eine Schuldenkappung vorzunehmen sei, vermag die sich aus der derzeitigen Rechtslage ergebende Begünstigungswirkung nicht zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber darf eine Begünstigung nur dann gewähren, wenn er diese durchgängig gleichheitsgerecht ausgestalten kann. Ist dies – so die Einlassung des BMF – nicht möglich, weil eine klare Abgrenzung des Begünstigungstatbestandes nicht erreichbar ist bzw. erhebliche Begünstigungsüberhänge nicht beseitigt werden können, darf der Gesetzgeber diesen (Begünstigungs-)Weg nicht gehen, sondern muss die Begünstigungsregelung auf andere, dem Gleichbehandlungsgebot entsprechende Weise ausgestalten, z.B. offen und für jedermann transparent über den Steuertarif.

- b) Abzug von Vermächtnis- und Pflichtteilslasten beim Erwerb steuerbegünstigten Vermögens

Zu einer gleichheitswidrigen Verrechnung miteinander nicht vergleichbarer Werte kommt es auch in den Fällen des Erwerbs steuerbegünstigten Vermögens, wenn der Erwerber (Geld-)Vermächtnisansprüche zu erfüllen bzw. Pflichtteilslasten zu tragen hat. Denn nach § 10 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. mit Abs. 5 Nr. 2 ErbStG sind u.a. Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen, Auflagen und geltend gemachten Pflichtteilen von dem Erwerb“ mit ihrem nach § 12 ErbStG zu ermittelnden Wert abzugsfähig. Der Abzug der (Geld-)Vermächtnis- und Pflichtteilslasten, die regelmäßig mit dem Nennwert anzusetzen sind (§ 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 9 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 Satz 1 BewG), von dem durch Steuerbegünstigungen bereits ermäßigten Erwerb führt zu einer zusätzlichen, sachlich nicht gerechtfertigten Begünstigung des durch Vermächtnis und Pflichtteil Belasteten. (...)

III. Maßgeblichkeitsprüfung

1. Die Verfassungswidrigkeit kann nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung der o.g. Rechtsnormen vermieden werden.

Soweit § 12 Abs. 2, 3 und 5 ErbStG unter Verweisung auf die entsprechenden Vorschriften des BewG für die Bewertung des Betriebsvermögens, der Anteile an Kapitalgesellschaften und des Grundbesitzes (einschließlich des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens und der Betriebsgrundstücke) besondere Regelungen vorsieht, sieht der Senat keinen Auslegungsspielraum. Das Gesetz ist nach Wortlaut und Sinn eindeutig:

der in diesen Regelungen liegende Begünstigungseffekt vom Gesetzgeber erkennbar gewollt.

Dasselbe gilt für die Begünstigungsregelungen in §§ 13a und 19a ErbStG für das Betriebsvermögen, die Anteile an Kapitalgesellschaften und für das land- und forstwirtschaftliche Vermögen. Eine verfassungskonforme Einschränkung dieser Normen (kein Bewertungsabschlag für Betriebsvermögen; keine Anwendung beim Erwerb von Anteilen an Kapitalgesellschaften und land- und forstwirtschaftlichem Vermögen) würde dem eindeutigen Wortlaut und Sinn des Gesetzes sowie der vom Gesetzgeber gewollten Begünstigungsrichtung widersprechen. Dasselbe gilt für die Rechtsformabhängigkeit der Begünstigungsnormen. Der *Senat* sieht keine Möglichkeit, diese durch eine verfassungskonforme Auslegung zu beseitigen.

Auch die verfassungswidrigen Folgen des ungekürzten Abzugs der mit dem unterbewerteten Vermögen zusammenhängenden Schulden können durch eine anderweitige Gesetzesauslegung nicht beseitigt werden. Sie sind vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet. Für den Bereich des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens ergibt sich dies aus § 33 Abs. 3 Nr. 2 und § 40 Abs. 2 BewG. Nach diesen Vorschriften gehören Geldschulden und Pensionsverpflichtungen ausdrücklich nicht zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen. Diese gehen somit nicht in der wirtschaftlichen Einheit des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens auf, sondern sind wie Schulden im Privatvermögen zu behandeln und damit zum Nennwert gegenzurechnen. Für das Betriebsvermögen ordnet § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG den ungekürzten Ansatz der Betriebsschulden an. Im Übrigen zeigen die Regelungen in § 13 Abs. 3 Satz 2 und § 13a Abs. 6 ErbStG, wonach die Kappung des Schuldenabzugs nach § 10 Abs. 6 Sätze 3 und 5 ErbStG bei Verzicht auf die Steuerbefreiung entfällt, dass der Gesetzgeber die sich aus dem ungekürzten Schuldenabzug ergebenden Vorteile erkannt und bewusst bestehen gelassen hat. Denn die Regelungen in § 13 Abs. 3 Satz 2 und § 13a Abs. 6 ErbStG sollen dem Steuerpflichtigen die sich aus der ungekürzten Gegenrechnung von Schulden ergebenden Vorteile durch die Einräumung eines Wahlrechts zwischen Steuerbefreiung und Schuldenkappung einerseits sowie Verzicht auf die Steuerbefreiung und vollem Schuldenabzug andererseits sichern helfen (...).

Auch für den ungekürzten Abzug der mit dem Nennwert anzusetzenden Vermächtnis- und Pflichtteilslasten von dem nach § 12 zu ermittelnden Wert des gesamten Vermögensanfalls, soweit er der Besteuerung ... unterliegt, gibt es in § 10 Abs. 1 Satz 2 ErbStG eine eindeutige Gesetzesanordnung. Der *Senat* sieht auch hier keinen Ansatzpunkt, den Verfassungsverstoß durch eine verfassungskonforme Auslegung zu beseitigen.

2. Maßgeblichkeit des Verfassungsverstoßes für den Streitfall

Für die Entscheidung des Streitfalls kommt es i.S. von Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG auf die Gültigkeit des § 19 Abs. 1 ErbStG an.

a) Ist diese Vorschrift verfassungsgemäß, so müsste der erkennende *Senat* die Klage unter Aufhebung der Vorentscheidung abweisen (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO). Gegenstand des Erwerbs der Klägerin von Todes wegen ist neben dem erworbenen Geldvermögen ein Anspruch auf Verschaffung des Wohnungseigentums, der mit dem gemeinen Wert anzusetzen ist. Die in Bezug auf das Wohnungseigentum auf die Klägerin übergegangene Rechtsposition (Eigentumsverschaffungsanspruch, Anwartschaftsrecht) rechtfertigt entgegen der Auffas-

sung des FG nicht den Ansatz des Grundbesitzwerts nach § 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. §§ 19 Abs. 1, 68 und 138 ff. BewG.

aa) Als Erwerb von Todes wegen gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 Abs. 1 BGB). Beim Erwerb durch Erbanfall gilt als steuerpflichtiger Erwerb (Bereicherung) der Betrag, der sich ergibt, wenn von dem nach § 12 ErbStG zu ermittelnden Wert des gesamten Vermögensanfalls die Nachlassverbindlichkeiten mit ihrem nach § 12 ErbStG zu ermittelnden Wert abgezogen werden (§ 10 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ErbStG). Für die Wertermittlung ist nach § 11 ErbStG der Zeitpunkt der Entstehung der Steuer maßgebend, das ist bei Erwerben von Todes wegen der Zeitpunkt des Todes des Erblassers (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Dies gilt auch für die Frage, was bei einem Erwerb durch Erbanfall als Gegenstand der Bereicherung des Erwerbers anzusehen ist. Der Erbe wird als Gesamtrechtsnachfolger Inhaber des Vermögens des Erblassers mit demselben rechtlichen Inhalt und demselben Entwicklungsstand, wie er im Zeitpunkt des Eintritts des Erbanfalls gegeben war (vgl. Urteile des BFH vom 28.6.1995 – II R 89/92, BFHE 178, 214, BStBl II 1995, 786, und vom 10.7.1996 – II R 32/94, BFH/NV 1997, 28).

Danach ist Gegenstand des Erwerbs der Klägerin durch Erbanfall nicht das Wohnungseigentum selbst. Denn E war im Zeitpunkt ihres Todes noch nicht als Wohnungseigentümerin im Grundbuch eingetragen. Von Todes wegen von E erworben konnte die Klägerin lediglich den Anspruch der E auf Verschaffung des Wohnungseigentums.

bb) Die auf die Klägerin durch Erbanfall übergegangene Rechtsposition ist gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 9 Abs. 1 BewG mit dem gemeinen Wert zu bewerten. Nach § 12 Abs. 1 ErbStG richtet sich die Bewertung für erbschaftsteuerrechtliche Zwecke nach den Allgemeinen Bewertungsvorschriften (Erster Teil des BewG). Danach ist grundsätzlich der gemeine Wert des Vermögensanfalls zu Grunde zu legen (§ 9 Abs. 1 BewG), soweit in den Absätzen 2 bis 6 des § 12 ErbStG nicht etwas anderes bestimmt ist.

Eine anderweitige Bestimmung für die Bewertung der von der Klägerin erworbenen Rechtsposition enthalten die Absätze 2 bis 6 des § 12 ErbStG nicht, insbesondere kommt eine Anwendung des § 12 Abs. 3 ErbStG nicht in Betracht, wonach Grundbesitz i.S. von § 19 BewG mit dem Grundbesitzwert i.S. der §§ 138 ff. BewG anzusetzen ist.

Bei der von der Klägerin im Wege des Erbanfalls erworbenen Rechtsposition handelt es sich nicht um Grundbesitz i.S. des § 19 BewG. Nach dem Katalog des § 68 Abs. 1 BewG gehört zum Grundvermögen u.a. das Wohnungseigentum, nicht jedoch ein Anspruch auf Verschaffung des Wohnungseigentums. Bewertungsrechtlich ist somit für die Anwendung des Steuerwerts (Grundbesitzwerts) allein maßgebend, ob Grundstücks- oder Wohnungseigentum, d.h. das Vollrecht erworben wird (BFH-Urteil vom 15.10.1997 – II R 68/95, BFHE 183, 248, BStBl II 1997, 820, 823, die Verwaltungsauffassung in R 36 Abs. 2 Satz 2 ErbStR; *Meincke*, ErbSt-Kommentar, 13. Aufl. 2002, § 12 Rdnr. 24).

Es gibt nach Auffassung des *Senats* keinen Grund, den Steuerwert (Grundbesitzwert) vom Grundstück (Vollrecht) zu trennen und entgegen den bewertungsrechtlichen Vorschriften dem Sachleistungsanspruch des Erwerbers bzw. der Übereignungsverpflichtung des Veräußerers zuzuordnen (BFH-Urteil in BFHE 183, 248, BStBl II 1997, 820, 823; a.A. *Daragan*, BB 2002, 649, 650). Vielmehr gebietet die zivilrechtliche Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (Abstraktionsprinzip) den Ansatz des Sachleistungsanspruchs, der Sachleistungsverpflichtung sowie der jeweiligen Gegenleis-

tung (Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises bzw. des Kaufpreisanspruchs) mit dem Nennwert (§ 12 BewG) bzw. dem gemeinen Wert (§ 9 BewG). Denn diese (gegenseitigen) Ansprüche decken sich wertmäßig und gleichen sich gegenseitig aus. Dieser Umstand würde außer Acht gelassen, wenn dem Nennwert des Anspruchs auf den Kaufpreis der (niedrigere) Steuerwert des Sachleistungsanspruchs gegenübergestellt würde (BFH-Urteil vom 23.10.1991 – II R 77/87, BFHE 166, 376, BStBl II 1992, 248; vgl. auch *Crezelius*, DStZ, Ausgabe A 1978, 243, 246).

Der Senat hat zwar in früheren Entscheidungen (vgl. die Urteile vom 30.3.1977 – II R 143/66, BFHE 122, 152, BStBl II 1977, 556; vom 25.7.1984 – II R 81/82, BFHE 141, 553, BStBl II 1984, 771, und vom 18.3.1987 – II R 133/84, BFH/NV 1988, 489) ausgeführt, dass die kaufvertragliche Verpflichtung zur Grundstücksübergabe wie das Grundstück mit dem Steuerwert zu bewerten sei, weil der schuldrechtliche Verschaffungsanspruch keinen höheren Wert haben könne als das Wirtschaftsgut, auf dessen Verschaffung er gerichtet sei, diese These aber in nachfolgenden Entscheidungen aus der Erkenntnis heraus verworfen, dass dadurch bei den hierbei zu berücksichtigenden Fallvarianten auf der Käufer- wie Verkäuferseite eine gerechtere Lösung nicht erreicht werden kann (vgl. die Urteile vom 6.12.1989 – II R 103/86, BFHE 159, 542, BStBl II 1990, 434, und in BFHE 183, 248, BStBl II 1997, 820; vgl. auch die Urteile zum Bewertungs- und Vermögensteuerrecht in BFHE 159, 542, BStBl II 1990, 434; vom 6.3.1990 – II R 63/87, BFHE 159, 555, BStBl II 1990, 504, und vom 10.4.1991 – II R 118/86, BFHE 164, 448, BStBl II 1991, 620). Denn es handelte sich dabei lediglich um eine vorzeitige Verschiebung der steuerlichen – belastenden oder entlastenden – Folgen auf einen Zeitpunkt, bevor das gegenseitige Geschäft abgewickelt ist (BFH-Urteil in BFHE 164, 448, BStBl II 1991, 620, 622; vgl. hierzu *Moench*, DStR 1978, 567, 570; *Brosch*, BB 1983, 241; *Martin*, DB 1990, 1536). Eine solche Vorverlagerung der steuerlichen Folgen beseitigt nicht die Brüche und Wertungswidersprüche, die sich aus dem unterschiedlichen Wertniveau von Steuerwert und gemeinem Wert ergeben, sondern verschiebt diese nur bzw. führt zu neuen Schwierigkeiten und Abgrenzungsproblemen (hierzu auch *Moench*, DStR 1978, 567, 570; *Brosch*, BB 1983, 241).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der E im Zeitpunkt ihres Todes aufgrund Auflassung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung bzw. des schon gestellten Eintragungsantrags bereits ein Anwartschaftsrecht zustand. Denn das Anwartschaftsrecht ist schon zivilrechtlich mit dem Vollrecht nicht identisch, es verschafft dem Erwerber in Bezug auf das Wohnungseigentum nur eine gesicherte Rechtsposition (vgl. BGH-Beschluss vom 1.12.1988 – V ZR 10/88, BGHZ 106, 108, 111; BGH-Urteil vom 30.5.1958 – V ZR 295/56, BGHZ 27, 360, 368) und ein dem Vollrecht so weit angenähertes Recht, dass zivilrechtlich auf dieses allgemein die für das Vollrecht geltenden Regeln hinsichtlich Übertragbarkeit, Pfändbarkeit, Deliktsschutz aus § 823 Abs. 1 BGB etc. Anwendung finden (vgl. hierzu *Baur/Stüner*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 3 Rdnr. 45 ff., § 19 Rdnr. 15 ff.). Das Anwartschaftsrecht ist insoweit nur ein dem Volleigentum wesensähnliches Recht, eine selbstständig verkehrsfähige und

geschützte Vorstufe des Volleigentums, deren Erstarkung zum Vollrecht vom Veräußerer nicht mehr verhindert werden kann (BGH-Urteil vom 30.4.1982 – V ZR 104/81, BGHZ 83, 395, 399). Diese zivilrechtliche Behandlung des Anwartschaftsrechts hat jedoch keinen Einfluss auf die Bewertung der sich aus einem noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag ergebenden Rechtspositionen der Vertragsparteien (a.A. *Crezelius*, DStZ, Ausgabe A 1978, 243, 246). Denn solange in der Person des Erwerbers noch ein Eigentumsverschaffungsanspruch besteht, kann dieser nicht anders bewertet werden als die Verpflichtung des Veräußerers zur Eigentumsverschaffung sowie die weiteren hiermit rechtsgeschäftlich verbundenen, den Kaufpreis betreffenden Ansprüche und Verpflichtungen, nämlich mit dem Nennwert bzw. gemeinen Wert. Eine Bewertung des Anwartschaftsrechts mit dem Grundbesitzwert (Steuerwert) würde ebenfalls nur zu einer vorzeitigen Verschiebung der steuerlichen – belastenden oder entlastenden – Folgen des noch nicht vollständig abgewickelten Geschäfts führen, nicht aber die Wertungswidersprüche beseitigen. Eine Zuordnung des Steuerwerts auf eine Vorstufe des Volleigentums (Anwartschaft) kommt somit nicht in Betracht. Die (niedrigeren) Steuerwerte können nur demjenigen zu Gute kommen, der noch oder schon Eigentümer des Grundstücks ist (vgl. BFH-Urteile in BFHE 159, 542, BStBl II 1990, 434, und in BFHE 183, 248, BStBl II 1997, 820).

Die Rechtsprechungsgrundsätze zum Zeitpunkt der Ausführung einer Grundstücksschenkung (vgl. BFH-Urteil vom 26.9.1990 – II R 150/88, BFHE 163, 214, BStBl II 1991, 320) sind auf den Erwerb durch Erbanfall nicht übertragbar. Beim Erwerb von Todes wegen entsteht die Steuer grundsätzlich mit dem Tod des Erblassers (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG); nur die in diesem Zeitpunkt in der Person des Erblassers bestehende Rechtsposition kann auf den Erben übergehen.

Danach hat das FA den Anspruch auf Übertragung des Wohnungseigentums zutreffend mit dem gemeinen Wert (§ 9 BewG), der dem Kaufpreis für die Wohnung entspricht, bzw. mit dem Nennwert (§ 12 Abs. 1 BewG) angesetzt und für den Erwerb der Klägerin nach einem Steuersatz von 17 v.H. (§ 19 Abs. 1 ErbStG) Erbschaftsteuer in Höhe von 74.494 DM festgesetzt.

b) Ist § 19 Abs. 1 ErbStG mit der Verfassung in dem unter Teil B. II. beschriebenen Umfang unvereinbar, müsste die Klage nach einer entsprechenden Entscheidung durch das BVerfG entweder in vollem Umfang Erfolg haben, weil das Fehlen einer den Steuersatz festlegenden Regelung eine Veranlagung zur Erbschaftsteuer nicht zulässt, oder das Ausgangsverfahren müsste gemäß § 74 FGO ausgesetzt werden, bis der Gesetzgeber die Vorschrift über den Steuersatz neu geregelt hat. Auch dies wäre eine andere Entscheidung als im Falle der Gültigkeit des Gesetzes (vgl. Beschlüsse des BVerfG vom 13.12.1983 – 2 BvL 13, 14, 15/82, BVerfGE 66, 1, 17 m.w.N., und in BVerfGE 93, 121, 130 f.). Dabei kann es für die Entscheidungserheblichkeit der Vorlage keine Rolle spielen, dass im Falle einer Unvereinbarkeitsklärung das BVerfG gemäß § 35 BVerfGG die weitere Anwendung des bisherigen Rechts anordnen kann (vgl. Beschlüsse des BVerfG in BVerfGE 87, 153, 180, und in BVerfGE 93, 121, 130 f.).

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Angabe der Steuernummer in einer Rechnung ab dem 1.7.2002 (§ 14 Abs. 1a UStG)

BMF-Schreiben vom 28.6.2002 (IV B 7 – S 7280 – 151/02)

Nach dem durch Artikel 1 Nr. 2 des Steuerverkürzungs-bekämpfungsgesetzes vom 19.12.2001 (BGBl. Teil 1, S. 3922) neu eingefügten § 14 Abs. 1a Umsatzsteuergesetz (UStG) hat der leistende Unternehmer in nach dem 30.6.2002 ausgestellten Rechnungen (§ 27 Abs. 3 UStG) die ihm vom Finanzamt erteilte Steuernummer anzugeben.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt hierzu Folgendes:

1. Unternehmer

- a) Jeder Unternehmer, dem von einem inländischen Finanzamt eine Steuernummer erteilt wurde und der Rechnungen ausstellt, in denen die Steuer gesondert ausgewiesen ist, ist zur Angabe dieser Steuernummer in der Rechnung verpflichtet. Die Steuernummer ist auch in Rechnungen anzugeben, in denen Umsätze, die der Durchschnittsbesteuerung (§ 24 UStG) unterliegen, abgerechnet werden.

Nicht verpflichtet zur Angabe der Steuernummer in der Rechnung sind Kleinunternehmer sowie Unternehmer, die über nicht steuerbare oder steuerfreie Umsätze, für die der Leistungsempfänger Steuerschuldner nach § 13b UStG ist, abrechnen.

- b) Im Fall der umsatzsteuerlichen Organschaft hat die Organgesellschaft in ihren Rechnungen die für Zwecke der Umsatzbesteuerung erteilte Steuernummer des Organträgers anzugeben.

2. Rechnung

Als Rechnung gilt auch

- a) eine Gutschrift im Sinne des § 14 Abs. 5 UStG,
b) eine elektronische Abrechnung nach § 14 Abs. 4 S. 2 UStG.

3. Steuernummer

- a) Die Steuernummer nach § 14 Abs. 1a UStG ist die für Zwecke der Besteuerung vom inländischen Finanzamt erteilte Steuernummer. Wenn das Finanzamt eine gesonderte Steuernummer für Zwecke der Umsatzbesteuerung erteilt hat (vgl. z. B. § 21 AO), ist diese anzugeben. Erteilt das Finanzamt dem leistenden Unternehmer eine neue Steuernummer (z. B. bei Verlagerung des Unternehmenssitzes), ist nur noch diese zu verwenden. Es ist nicht erforderlich, dass der Unternehmer die vom Finanzamt erteilte Steuernummer um zusätzliche Angaben (z. B. Name oder Anschrift des Finanzamts, Finanzamtsnummer oder Länderschlüssel) ergänzt.
- b) Die Angabe der vom Bundesamt für Finanzen erteilten Umsatzsteuer-Identifikationsnummer (§ 27a Abs. 1 UStG) genügt § 14 Abs. 1a UStG nicht.
- c) Die Angabe der Steuernummer in anderen Unterlagen als der Rechnung (vgl. § 31 Abs. 1 UStDV, Abschnitt 183 Abs. 2 UStR) reicht nicht aus.
- d) In Gutschriften, die nach dem 30.6.2002 erteilt werden, muss die Steuernummer des leistenden Unternehmers enthalten sein (§ 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 UStG). Zu die-

sem Zweck hat der leistende Unternehmer (Gutschriftempfänger) dem Aussteller der Gutschrift seine gültige Steuernummer mitzuteilen. Dies gilt auch für die von einem inländischen Finanzamt erteilte Steuernummer eines ausländischen Unternehmers.

4. Eigengeschäft, Vermittlung

Leistet ein Unternehmer im eigenen Namen (Eigengeschäft) und vermittelt er einen Umsatz im fremden Namen und für fremde Rechnung (vermittelter Umsatz), gilt für die Angabe der Steuernummer im Sinne des § 14 Abs. 1a UStG Folgendes:

- Für das Eigengeschäft gibt der leistende Unternehmer seine Steuernummer an.
- Rechnet der Unternehmer über einen vermittelten Umsatz ab (z. B. Tankstellenbetreiber, Reisebüro), hat er die Steuernummer des leistenden Unternehmers (z. B. Mineralölgesellschaft, Reiseunternehmen) anzugeben.
- Werden das Eigengeschäft und der vermittelte Umsatz in einer Rechnung aufgeführt (vgl. Abschnitt 188 Abs. 3 UStR), kann aus Vereinfachungsgründen der jeweilige Umsatz durch Kennziffern oder durch Symbole der jeweiligen Steuernummer zugeordnet werden. Diese sind in der Rechnung oder in anderen Unterlagen (§ 31 UStDV) zu erläutern.

5. Sonderfälle

- a) In Kleinbetragsrechnungen (§ 33 UStDV) und in Fahrausweisen (§ 34 UStDV) ist die Angabe der Steuernummer im Sinne des § 14 Abs. 1a UStG nicht erforderlich.
- b) Unter den Voraussetzungen des Abschnitts 183 Abs. 2 UStR ist ein Vertrag als Rechnung anzusehen. Ein nach dem 30.6.2002 geschlossener Vertrag erfüllt die Anforderung des § 14 Abs. 1a UStG, wenn er die Steuernummer des leistenden Unternehmers enthält. Der Hinweis in dem Vertrag auf andere Unterlagen, die die Steuernummer enthalten, genügt nicht (vgl. § 31 Abs. 1 UStDV). Erteilt das Finanzamt dem leistenden Unternehmer eine neue Steuernummer (z. B. bei Verlagerung des Unternehmenssitzes), ist der Vertragspartner in geeigneter Weise darüber zu informieren. Die leichte Nachprüfbarkeit dieser Angabe muss beim Leistungsempfänger gewährleistet sein.

6. Vorsteuerabzug

Die Angabe der Steuernummer nach § 14 Abs. 1a UStG ist nicht Voraussetzung für den Vorsteuerabzug nach § 15 UStG. Zur Gleichbehandlung von Rechnungen und Gutschriften in Bezug auf den Vorsteuerabzug ist aus Vereinfachungsgründen die Angabe der Steuernummer in der Gutschrift nicht Voraussetzung für den Vorsteuerabzug.

7. Steuergeheimnis

Das Steuergeheimnis wird durch die gesetzliche Verpflichtung zur Angabe der Steuernummer in der Rechnung nicht eingeschränkt oder verletzt. Insbesondere besteht keine Missbrauchsgefahr, da allein die Kenntnis der Steuernummer nicht zur Legitimation gegenüber den Finanzbehörden genügt. Bei Zweifeln an der Identität oder Berechtigung eines Auskunft Suchenden müssen sich die Finanzbehörden hierüber in geeigneter Weise vergewissern.

2. Belehrung über Widerrufsrecht

BGB-Informationspflichten-Verordnung vom 5.8.2002 (BGBl. 12002, S. 3002 ff.)

()..

§ 14

Form der Widerrufs- und Rückgabebelehrung, Verwendung eines Musters

(1) Die Belehrung über das Widerrufsrecht genügt den Anforderungen des § 355 Abs. 2 und den diesen ergänzenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wenn das Muster der Anlage 2 in Textform verwandt wird.

(2) Die Belehrung über das Rückgaberecht genügt den Anforderungen des § 356 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und den diesen ergänzenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wenn das Muster der Anlage 3 verwandt wird.

(3) Verwendet der Unternehmer für die Belehrung das Muster der Anlage 2 oder 3, darf er in Format und Schriftgröße von dem Muster abweichen und Zusätze wie die Firma oder ein Kennzeichen des Unternehmers anbringen.

(4) Belehrt der Unternehmer den Verbraucher ohne Verwendung des Musters der Anlage 2 oder 3 über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht, muss er in der Belehrung seine ladungsfähige Anschrift angeben.

()..

Anlage 2

(zu § 14 Abs. 1 und 3)

Muster

für die Widerrufsbelehrung

Widerrufsbelehrung

Widerrufsrecht

Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von [zwei Wochen]¹ ohne Angabe von Gründen in Textform (z. B. Brief, Fax, E-Mail) [oder durch Rücksendung der Sache]² widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs [oder der Sache]². Der Widerruf ist zu richten an:³

Widerrufsfolgen⁴

Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren [und ggf. gezogene Nutzungen (z. B. Zinsen) herauszugeben]⁵. Können Sie uns die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgewähren, müssen Sie uns insoweit ggf. Wertersatz leisten. [Bei der Überlassung von Sachen gilt dies nicht, wenn die Verschlechterung der Sache ausschließlich auf deren Prüfung – wie sie Ihnen etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre – zurückzuführen ist. Im Übrigen können Sie die Wertersatzpflicht vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie ein Eigentümer in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt. Paketversandfähige Sachen sind [auf unsere Kosten und Gefahr]⁶ zurückzusenden. Nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt.]²

Besondere Hinweise⁷

Finanzierte Geschäfte⁸

(Ort), (Datum), (Unterschrift des Verbrauchers)⁹

Gestaltungshinweise

¹ Wird die Belehrung erst nach Vertragsschluss mitgeteilt, lautet der Klammerzusatz „*in*em Monat.“

² Der Klammerzusatz kann bei Leistungen, die nicht in der Überlassung von Sachen bestehen, entfallen.

³ Einsetzen: Namen/Firma und ladungsfähige Anschrift des Widerrufsadressaten.

Zusätzlich können angegeben werden Telefaxnummer, E-Mail-Adresse und/oder, wenn der Verbraucher eine Bestätigung seiner Widerrufserklärung an den Unternehmer erhält, auch eine Internet-Adresse.

⁴ Dieser Absatz kann entfallen, wenn die beiderseitigen Leistungen erst nach Ablauf der Widerrufsfrist erbracht werden. Dasselbe gilt, wenn eine Rückabwicklung nicht in Betracht kommt (z. B. Hereinnahme einer Bürgschaft).

⁵ Der Klammerzusatz entfällt bei Widerrufsrechten nach § 485 Abs. 1 BGB.

⁶ Ist entsprechend § 357 Abs. 2 Satz 3 BGB eine Übernahme der Versandkosten durch den Verbraucher vereinbart worden, kann der Klammerzusatz weggelassen werden. Stattdessen ist an dieser Stelle in das Muster folgender Text aufzunehmen:

Bei einer Rücksendung aus einer Warenlieferung, deren Bestellwert insgesamt bis zu 40 Euro beträgt, haben Sie die Kosten der Rücksendung zu tragen, wenn die gelieferte Ware der bestellten entspricht. Anderenfalls ist die Rücksendung für Sie kostenfrei.“

⁷ Bei einem Widerrufsrecht gemäß § 312d Abs. 1 BGB ist hier folgender Hinweis aufzunehmen:

Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn Ihr Vertragspartner mit der Ausführung der Dienstleistung mit Ihrer ausdrücklichen Zustimmung vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder Sie diese selbst veranlasst haben (z. B. durch Download etc.).“

Bei einem Widerrufsrecht nach § 485 Abs. 1 BGB ist hier folgender Hinweis aufzunehmen:

Die Widerrufsfrist verlängert sich auf einen Monat, wenn Ihnen nicht bereits vor Vertragsschluss ein Prospekt über das Wohnungsobjekt ausgehändigt worden ist oder wenn der Prospekt nicht in der Sprache des Staates, dem Sie angehören oder in dem Sie Ihren Wohnsitz haben, abgefasst ist. Ist der Prospekt in Deutsch abgefasst, gilt dies, wenn Sie Bürger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, nur, wenn Sie um einen Prospekt in der oder einer der Amtssprachen Ihres Heimatlandes gebeten und ihn nicht erhalten haben.

Bei Widerruf müssen Sie ggf. auch die Kosten einer notariellen Beurkundung erstatten.“

Sofern bei einem Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB eine Regelung einschlägig ist, nach der der Widerruf bei nicht rechtzeitiger Rückzahlung des Darlehens als nicht erfolgt gilt, ist hier folgender Hinweis aufzunehmen:

Ihr Widerruf gilt als nicht erfolgt, wenn Sie das empfangene Darlehen nicht binnen zwei Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahlen.“

Diese Rubrik entfällt, wenn keiner der vorgenannten Fälle einschlägig ist.

⁸ Die nachfolgenden Hinweise für finanzierte Geschäfte kön-

nen entfallen, wenn ein verbundenes Geschäft nicht vorliegt.

Wenn für das finanzierte Geschäft belehrt werden soll, lautet der Hinweis wie folgt:

Haben Sie diesen Vertrag durch ein Darlehen finanziert und widerrufen Sie den finanzierten Vertrag, sind Sie auch an den Darlehensvertrag nicht mehr gebunden, wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn wir gleichzeitig Ihr Darlehensgeber sind oder wenn sich Ihr Darlehensgeber im Hinblick auf die Finanzierung unserer Mitwirkung bedient. Wenn uns das Darlehen bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist, können Sie sich wegen der Rückabwicklung nicht nur an uns, sondern auch an Ihren Darlehensgeber halten.“

Wenn für den Darlehensvertrag belehrt werden soll, lautet der Hinweis wie folgt:

Widerrufen Sie diesen Darlehensvertrag, mit dem Sie Ihre Verpflichtungen aus einem anderen Vertrag finanzieren, so sind Sie auch an den anderen Vertrag nicht gebunden, wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrags sind, oder wenn wir uns bei Vorbereitung und Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung Ihres Vertragspartners bedienen. Können Sie auch den anderen Vertrag widerrufen, so müssen Sie den Widerruf gegenüber Ihrem diesbezüglichen Vertragspartner erklären.

Wird mit diesem Darlehensvertrag die Überlassung einer Sache finanziert, gilt Folgendes: Wenn Sie diese Sache im Falle des Widerrufs ganz oder teilweise nicht oder nur

in verschlechtertem Zustand zurückgeben können, haben Sie dafür ggf. Wertersatz zu leisten. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung der Sache ausschließlich auf deren Prüfung – wie sie Ihnen etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre – zurückzuführen ist. Im Übrigen können Sie die Wertersatzpflicht vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie ein Eigentümer in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt. Paketversandfähige Sachen sind [auf Kosten und Gefahr Ihres Vertragspartners]⁶ zurückzusenden. Nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt. Wenn Ihrem Vertragspartner das Darlehen bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist, können Sie sich wegen der Rückabwicklung nicht nur an diesen, sondern auch an uns halten.“

Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts ist Satz 2 der vorstehenden Hinweise durch den folgenden Satz zu ersetzen:

Dies ist nur anzunehmen, wenn die Vertragspartner in beiden Verträgen identisch sind oder wenn der Darlehensgeber über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinausgeht und Ihr Grundstücksgeschäft durch Zusammenwirken mit dem Veräußerer fördert, indem er sich dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu Eigen macht, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernimmt oder den Veräußerer einseitig begünstigt.“

⁹ Ort, Datum und Unterschriftsleiste können entfallen. In diesem Fall sind diese Angaben entweder durch die Wörter „Ende der Widerrufsbelehrung“ oder durch die Wörter „Ihr(e) (einsetzen: Firma des Unternehmers)“ zu ersetzen.

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Prof. Dr. Hans-Ulrich Jerschke, Augsburg, hat am 19.9.2002 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland vom Bayerischen Staatsminister der Justiz verliehen bekommen.

2. Verstorben:

Notar Dieter Roedel, Fürth, verstorben am 5.9.2002

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.1.2003:

Notar Dr. Michael Cieslar, München

Mit Wirkung vom 1.4.2003:

Notar Dr. Friedrich Kastenbauer, Starnberg

Mit Wirkung vom 1.6.2003:

Notar Dr. Bernhard Barthel, Wolfratshausen

4. Es wurde verliehen :

Mit Wirkung vom 1.11.2002:

Erlangen	dem Notar
(in Sozietät mit	Dr. Alexander Martini
Notar Dr. Ruprecht Kamlah)	(bisher in Arnstein)

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.10.2002:

Clemens Busse, Bayreuth (Notarstelle Dr. Harald Franz)

Tobias Greiner, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/Schmidl)

Hans-Dieter Miedaner, Mühldorf/Inn (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier)

Christoph Moes, (Sonderurlaub)

Michael Pich, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz)

Mit Wirkung vom 1.11.2002:

Thomas Göppel, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen :

Mit Wirkung vom 1.11.2002 haben die Notare Karl Heinz Röder und Dr. Peer Koch in Augsburg, ihre Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung beendet

Notarassessor Michael Eigner, Nürnberg (Notarstelle Lottner), ab 1.9.2002 in München (Notarstelle Zehetmeier)

Notarassessor Tobias Fembacher, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz), ab 1.9.2002 in München (Notarstellen von Heynitz/Rumpf)

Notarassessor Dr. Lothar Hippler, Bischofsheim a.d. Rhön (Notarstelle Koch), ab 1.9.2002 in Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Notarassessor Wolfgang Hoffmann, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz), ab 1.9.2002 in Wolfratshausen (Notarstellen Dr. Adler/Huber)

Notarassessor Martin Schmid, Rosenheim (Notarstellen Lederer/Ellert), ab 1.9.2002 in München (Notarstelle Wilfart-Kammer)

Notarassessor Dr. Hartmut Wicke, Weilheim (Notarstelle Dr. Basty), ab 16.9.2002 in München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Notarassessor Tobias Aigner, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Haasen), ab 1.10.2002 in Simbach a. Inn (Notarstelle Dr. Stumpf)

Notarassessor Michael Ulbricht, Prien am Chiemsee (Notarstelle Dr. von Daumiller), ab 4.10.2002 in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Notarassessor Wolfgang Grosser, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/Schmidl), ab 15.10.2002 in München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöllner)

Notarassessor Dr. Jörn Heinemann, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue), ab 20.11.2002 in Würzburg (Deutsches Notarinstitut)

Inspektorin Angela Weiß, München (Notarstelle Wilfart-Kammer), ab 1.9.2002 in Augsburg (Notarstellen Röder/Dr. Koch bzw. ab 1.11.2002 Notarstelle Röder)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtmann i. N. Georg Eder, Hengersberg (Notarstelle Dr. Heller), ab 1.7.2002 Erwerbsunfähigkeitsrente

Oberamtsrat i. N. Heinz Schmid, München (Notarstellen Singer/Dr. Anton), ab 1.7.2002 im Ruhestand

Schriftleiterin: Notarassessorin Dr. Helene Förtig, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46,- € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12,- € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.

SONSTIGES

Offene Regelstellen

Die Notarkasse sucht für ihre Prüfungs- und Ausbildungsabteilung zwei weitere Mitarbeiter/innen, davon eine/n möglichst kurzfristig.

Vorwiegender Aufgabenbereich ist die Durchführung von Kostenrevisionen.

Interessenten mögen sich bitte mit der Prüfungs- und Ausbildungsabteilung der Notarkasse in Verbindung setzen.

Veranstaltungen des DAI 4/2002

- | | |
|--|--|
| <p>1. Internationales Familienrecht in der notariellen Praxis
(<i>Riering, Schotten, Wandel</i>)
26. Oktober 2002 in Bremen</p> | <p>5. Internationales Gesellschaftsrecht
(<i>Riering, Kindler, Zimmermann, Langhein</i>)
16. November 2002 in Frankfurt</p> |
| <p>2. Intensivkurs zum Gesellschaftsrecht
(<i>Langenfeld, Spiegelberger</i>)
31. Oktober – 2. November 2002 in Bad Kissingen</p> | <p>6. Erbrecht in der Kautelarpraxis
(<i>Brambring, Kanzleiter, Reimann</i>)
18.–19. November 2002 in Berlin</p> |
| <p>3. Gesellschaftsrechtliche Jahrestagung
(<i>Heckschen u.a.</i>)
8.–9. November 2002 in Berlin</p> | <p>Es handelt 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 02 34/9 70 64-0, Telefax 02 34/70 35 07, E-Mail (Fachinstitut für Notare): notare@anwaltsinstitut.de</p> |
| <p>4. Rechtsformwahl aus zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht
(<i>Herzig, Priester, Spiegelberger</i>)
15.–16. November 2002 in Berlin</p> | |

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Weilheim, Notarstellen Dr. Drasch/Klöcker, Eisenkramergasse 11/I, 82362 Weilheim i. OB

Weilheim, Notarstelle Klöcker, Geschäftsstelle Penzberg, Karlstraße 21, 82377 Penzberg, Telefon: 0 88 56/ 80 30 90, Fax: 0 88 56/8 03 09 20

Augsburg, Notarstelle Karl Heinz Röder, Zeuggasse 7/I, 86150 Augsburg

Augsburg, Notarstelle Dr. Peer Koch, Zeuggasse 7/II, 86150 Augsburg

1. **BGH: Umfang der MaBV-Bürgschaft**

(BGB § 765; MaBV § 7)

Eine Bürgschaft nach § 7 MaBV sichert sowohl Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen für Mängelbeseitigung als auch Ansprüche auf Rückgewähr der Vorauszahlung, die aus einer auf Mängel gestützten Wandlung oder Minderung oder aus einem Schadensersatzanspruch wegen (teilweiser) Nichterfüllung resultieren. Sie dient aber nicht darüber hinaus zur Absicherung von erwarteten Steuervorteilen und Nutzungen.

(Urteil vom 18.6.2002 – XI ZR 359/01 –)

2. **BGH: Verlust des Haftungsprivilegs der GmbH wegen Rechtsformmissbrauch**

(GmbHG §§ 13 Abs. 2, 30, 31)

a) Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die aufgrund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Missbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führt, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügter Nachteil bereits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann.

b) Bei Vorliegen der unter a) genannten Voraussetzungen sind die Gesellschaftsgläubiger deshalb außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die an den Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen mitwirkenden Gesellschafter geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (Ergänzung zu BGHZ 149, 10 – *Bremer Vulkan* – sowie BGH, UrT. v. 25.2.2002 – II ZR 196/00, ZIP 2002, 848).

(Urteil vom 24.6.2002 – II ZR 300/00 –)

3. **BGH: Rechtsschein bei unwirksamer Vollmacht**

(RBERG Art. 1 § 1 Abs. 1; BGB §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1)

a) Bei Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrags und der dem Geschäftsbesorger erteilten Vollmacht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG kommt eine Rechtsscheinhaftung des Vollmachtgebers nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn dem Vertragspartner die Vollmacht im Original bzw. bei notarieller Beurkundung in Ausfertigung vorgelegt wird; die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der notariellen Vollmachtsurkunde genügt nicht.

b) Eine nicht wirksam erteilte Vollmacht kann über die in §§ 171 ff. BGB geregelten Fälle hinaus dem Geschäftsgegner gegenüber aus allgemei-

nen Rechtsscheingesichtspunkten als wirksam zu behandeln sein, sofern das Vertrauen des Dritten auf den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint. Hierfür kommen nur Umstände in Betracht, die bei oder vor Vertragsschluss vorliegen.

(Urteil vom 14.5.2002 – XI ZR 155/01 –)

4. **BayObLG: Keine Amtsauflösung einer GmbH wegen Verlegung der Geschäftsräume ins Ausland**

(GmbHG § 4a Abs. 2, FGG § 144a Abs. 4)

Auch nach In-Kraft-Treten von § 4a Abs. 2 GmbHG wird die rechtswirksame Bestimmung des Sitzes einer GmbH durch Gesellschaftsvertrag nicht dadurch nichtig, dass nachträglich die Geschäftsräume vom Ort des statutarischen Sitzes an einen anderen Ort verlegt werden. Die Einleitung eines Verfahrens der Amtsauflösung scheidet deshalb in diesem Falle weiterhin aus (Fortführung von BayObLGZ 1982, 140).

(Beschluss vom 20.2.2002 – 3Z BR 380/01 –)

5. **OLG Hamm: Änderung der fortgeführten Firma**

(HGB §§ 22 Abs. 1, 24 Abs. 1)

Fügt der Inhaber einer nach den §§ 22 Abs. 1, 24 Abs. 1 HGB fortgeführten Firma eines Einzelkaufmanns eine Sachbezeichnung (hier: Autohaus) hinzu, so kann dies im Einzelfall zulässig sein, wenn Zweifel an der Identität der bisherigen und der geänderten Firma nicht bestehen und der Zusatz einer Veränderung der Geschäftsentwicklung Rechnung trägt, die seit der Firmenübernahme eingetreten ist.

(Beschluss vom 19.3.2002 – 15 W 87/02 –)

6. **OLG Hamm: Rangrücktritt des auf den Versicherer übergegangenen Grundpfandrechts**

(VVG §§ 102, 104, 107b)

1. Erbringt der im Verhältnis zum Versicherungsnehmer leistungsfreie Feuerversicherer aufgrund des § 102 VVG die Versicherungsleistung an einen Grundpfandrechtsgläubiger, so tritt der gesetzliche Übergang des Grundpfandrechts auf den Versicherer nach § 104 S. 1 VVG auch dann ein, wenn Belastungsgegenstand ein Erbbaurecht ist.

2. Der gesetzliche Rangrücktritt nach § 104 S. 2 VVG des auf den Versicherer übergegangenen Grundpfandrechts gegenüber einem nach §§ 102, 103 VVG privilegierten nachrangigen Gläubiger (hier: der Grundstückseigentümer in Ansehung der für ihn eingetragenen Erbbauszinsrealast und der Vormerkung auf eine Realast für einen erhöhten Erbbauszins) entsteht auch dann, wenn die gesamte Versicherungsleistung an den vorrangigen Grundpfandrechtsgläubiger ausgeschüttet worden ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der nachrangige Gläubiger ohne den Brandschaden mit Erfolg Befriedigung aus dem Erbbaurecht hätte erlangen können.

(Beschluss vom 18.6.2002 – 15 W 105/01 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F