

4 MittBayNot

Begründet 1864

Juli/August 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



Muster der Notarkasse für dienstliche Beurteilung und Arbeitsvertrag für Privatangestellte



Amtsbereichsliste der bayerischen Notare

Abhandlungen

Seeger, Der Ehe- und Lebenspartnerschaftsname in der notariellen Praxis 229

Lichtenwimmer, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit durch den Notar 240

Kurze Beiträge

Krauß, Aktuelle gesetzliche Änderungen beim Sozialleistungsregress 248

Eckersberger, Auswirkungen des Kinderrechteverbesserungsgesetzes auf Vereinbarungen über eine heterologe Insemination 261

Tagungsbericht

Krafka, Vertragsobjekt Ehe und Lebenspartnerschaft – Bericht über das Zweite Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 19.4.2002 265

Rechtsprechung

Widerruf eines grundpfandrechtlich abgesicherten Kreditvertrags (EuGH, Urteil vom 13.12.2001 – Rs C-481/99 – „Heininger“) 276

Widerruf eines grundpfandrechtlich abgesicherten Kreditvertrags II (BGH, Urteil vom 9.4.2002 – XI ZR 91/99 –) mit kurzem Beitrag von *Volmer* 280
252

Schuldübernahme unter Gesamtschuldnern (OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.1.2000 – 2 UF 133/99 –) mit kurzem Beitrag von *Amann* 284
245

Vorlagebeschluss an EuGH zur MaBV-Bürgschaft (BGH, Beschluss vom 2.5.2002 – VII ZR 178/01 –) mit kurzem Beitrag von *Vollrath* 286
254

Grunddienstbarkeit für mehrere Grundstücke (BayObLG, Beschluss vom 21.2.2002 – 2Z BR 10/02 –) mit Anmerkung *Jörg Mayer* 288
288

Zwischenverfügung bei bewusst unvollständig eingereichtem Eintragungsantrag (BayObLG, Beschluss vom 21.2.2002 – 2Z BR 18/02 –) mit Anmerkung *Schmucker* 290
291

Folgen der Rechtsfähigkeit der GbR für Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.6.2001 – 2 W 133/01 –) mit kurzem Beitrag von *Lautner* 294
256

Prüfung eines Investors-Agreements durch Registergericht (BayObLG, Beschluss vom 27.2.02 – 3Z BR 35/02 –) mit Anmerkung *Gerber* 304
305

Inhaltsübersicht

	Seite
Abhandlungen	
<i>Seeger</i> , Der Ehe- und Lebenspartnerschaftsname in der notariellen Praxis	229
<i>Lichtenwimmer</i> , Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit durch den Notar	240
Kurze Beiträge	
<i>Amann</i> , Freistellungspflicht statt Schuldübernahme – Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Karlsruhe vom 27.1.2000 – 2 UT 133/99 –	245
<i>Krauß</i> , Aktuelle gesetzliche Änderungen beim Sozialleistungsregress	248
<i>Volmer</i> , Widerrufsrechte bei der Grundstücksfinanzierung – Zugleich Besprechung der Urteile des EuGH vom 13.12.2001 – Rs C-481/99 – und des BGH vom 9.4.2002 – XI ZR 91/99 –	252
<i>Vollrath</i> , Neuestes zum Bürgschaftsinhalt nach § 7 MaBV – Zugleich Anmerkung zum Vorlagebeschluss des BGH vom 2.5.2002 – VII ZR 178/01 –	254
<i>Lautner</i> , Gerichtliche Kontrolle der Beteiligung Minderjähriger an Grundstücksverwaltungsgesellschaften bürgerlichen Rechts – Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Schleswig vom 21.6.2002 – 2 W 133/01 –	256
<i>Eckersberger</i> , Auswirkungen des Kinderrechteverbesserungsgesetzes auf Vereinbarungen über eine heterologe Insemination	261
Tagungsbericht	
<i>Krafka</i> , Vertragsobjekt Ehe und Lebenspartnerschaft – Bericht über das Zweite Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 19.4.2002	265
Buchbesprechungen	
Basty, Der Bauträgervertrag (<i>Thode</i>)	268
Blank, Der Bauträgervertrag (<i>Grziwotz</i>)	269
Scherer, Erbrecht (<i>Spall</i>)	270
Rapp, Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen (<i>Bülow</i>)	270
Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (<i>Döbereiner</i>)	271
Dieterich/Kleiber, Die Ermittlung von Grundstückswerten (<i>Grziwotz</i>)	272
Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz (<i>Gottwald</i>)	272
Pues/Scheerbarth, Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht (<i>Spiegelberger</i>)	274
Kaligin, Die Betriebsaufspaltung (<i>Spiegelberger</i>)	274
Hellwege, Die Besteuerung deutsch-spanischer Erb- und Schenkungsfälle (<i>Selbherr</i>)	275

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
Rechtsprechung	
Bürgerliches Recht	
<i>Allgemeines</i>	
1. Widerruf eines grundpfandrechtlich abgesicherten Kreditvertrags (EuGH, Urteil vom 13.12.2001 – Rs C-481/99 – „Heininger“)	276
2. Widerruf eines grundpfandrechtlich abgesicherten Kreditvertrags II (BGH, Urteil vom 9.4.2002 – XI ZR 91/99 –)	280
3. Voraussetzungen eines grundpfandrechtlich abgesicherten Verbraucherdarlehens (<i>nur Leitsatz</i>) (BGH, Beschluss vom 5.2.2002 – XI ZR 327/01 –)	284
4. Schuldübernahme unter Gesamtschuldnern (OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.1.2000 – 2 UF 133/99 –)	284
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
5. Vorlagebeschluss an EuGH zur MaBV-Bürgschaft (BGH, Beschluss vom 2.5.2002 – VII ZR 178/01 –)	286
6. Grunddienstbarkeit für mehrere Grundstücke (BayObLG, Beschluss vom 21.2.2002 – 2Z BR 10/02 –) mit Anmerkung <i>Jörg Mayer</i>	288
7. Sittenwidrigkeit bei Ankauf unter Wert zur Umschuldung (<i>nur Leitsatz</i>) (OLG Düsseldorf, Urteil vom 2.10.2000 – 9 U 39/00 –)	290
8. Zwischenverfügung bei bewusst unvollständig eingereichtem Eintragungsantrag (BayObLG, Beschluss vom 21.2.2022 – 2Z BR 18/02 –) mit Anmerkung <i>Schmucker</i>	291
9. Falsa demonstratio bei Auflassung (<i>nur Leitsatz</i>) (BGH, Urteil vom 7.12.2001 – V ZR 65/01 –)	292
<i>Familienrecht</i>	
10. Verfassungsmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes (BVerfG, Urteil vom 17.7.2002 – 1 BvF 1/01 und 1 BvF 2/01 –)	292
11. Vereinbarung der Gütertrennung trotz Sprachproblemen der Ehefrau wirksam (OLG Köln, Urteil vom 16.5.2001 – 27 UF 282/00 –)	293
12. Folgen der Rechtsfähigkeit der GbR für Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.6.2001 – 2 W 133/01 –)	294
<i>Erbrecht</i>	
13. Erbscheinserteilung aufgrund Kopie eines Testaments (BayObLG, Beschluss vom 19.1.2001 – 1Z BR 126/00 –)	295
14. Keine Testamentsvollstreckung durch Banken (OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.7.2001 – 20 U 20/01 –)	297
Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
15. Aufgabe des Vorbehalts wertgleicher Deckung bei Kapitalerhöhung (BGH, Versäumnisurteil vom 18.3.2002 – II ZR 363/00 –)	301

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
16. Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf nichtigen Organ- und Ergebnisabführungsvertrag (<i>nur Leitsatz</i>) (BGH, Urteil vom 5.11.2001 – II ZR 119/00 –)	303
17. Prüfung eines Investors-Agreements durch Registergericht (BayObLG, Beschluss vom 27.2.02 – 3Z BR 35/02 –) mit Anmerkung <i>Gerber</i>	304 305
18. Unzulässigkeit der Firma A.A.A.A.A. (OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 28.2.2002 – 20 W 531/01 –)	307
19. Erbringung der Stammeinlage für Komplementär-GmbH durch Leistung an Gläubiger der KG (OLG Köln, Urteil vom 19.7.2001 – 18 U 75/01 –)	308
Kostenrecht	
20. Grundbuchkosten bei Umwandlung einer GbR in eine KG (BayObLG, Beschluss vom 7.5.2002 – 3 Z BR 55/02 –)	309
21. Gebühr für Einholung der Abgeschlossenheitsbescheinigung (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.2.2002 – 3 W 17/02 –)	310
22. Ausnutzung eines Rangvorbehalts gebührenfrei (<i>nur Leitsatz</i>) (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14. 2.2002 – 3 W 29/02 –)	311
23. Gebühr für die Bestellung des ersten Aufsichtsrats (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.5.2002 – 3 W 83/02 –)	312
24. Geschäftswert bei Übertragung eines landwirtschaftlichen Betriebes (OLG Hamm, Beschluss vom 10.5.2001 – 15 W 23/00 –)	313
Steuerrecht	
25. Berücksichtigung von Vorerwerben bei Ermittlung der Schenkungsteuer (BFH, Urteil vom 30.1.2002 – II R 78/99 –)	314
26. Grunderwerbsteuer bei Grundstücksübergang von GmbH i. Gr. auf Alleingesellschafter (BFH, Urteil vom 17.10.2001 – II R 43/99 –)	316
27. Vorzeitige Nutzungsüberlassung erhöht nicht GrESt (<i>nur Leitsatz</i>) (BFH, Urteil vom 8.8.2001 – II R 49/01 –)	318
Hinweise für die Praxis	
1. Streifzug durch die KostO, 5. Auflage, Stand 1.1.2002 – Übersicht über wichtige Änderungen und Neuerungen gegenüber der 4. Auflage – (Prüfungsabteilung der Notarkasse)	319
2. Grunderwerbsteuer: Anwendung der Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG bei mehreren Veräußerern und Erwerbern (Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, Erlass vom 4.6.2002, Gz 36 – S 4540 – 017 – 23871/02)	322
Standesnachrichten	323
Sonstiges	III
Veranstaltungen	III
Neuerscheinungen	IV

4 | Begründet 1864 MittBayNot

Julii/August 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

Der Ehe- und Lebenspartnerschaftsname in der notariellen Praxis

Von Notarassessor *Dr. Bernhard Seeger*, Würzburg

Zwischen bürgerlichem Namensrecht und notarieller Tätigkeit bestehen zahlreiche Berührungspunkte. Zum einen setzt bereits das vom Notar zu beachtende *Verfahrensrecht* Kenntnisse in diesem Gebiet voraus. So erfordert die bei Beurkundungen vorgeschriebene Feststellung der Beteiligten (§ 10 Abs. 1 BeurkG) die Angabe von Vor- und Zunamen¹, wobei gem. § 26 Abs. 2 DONot ein vom Familiennamen abweichender Geburtsname anzugeben ist. Zum anderen sieht das Gesetz an zahlreichen Stellen (vgl. etwa §§ 1617 a Abs. 2, 1617 b Abs. 2, 1617 c Abs. 1, 1618, 1355 Abs. 3 und 4 BGB) das Erfordernis einer *öffentlichen Beglaubigung* vor und eröffnet hierdurch den notariellen Zuständigkeitsbereich (§§ 20 BNotO, 129 BGB). Besonders hervorzuheben sei für das *Bayerische Notariat* die Zuständigkeit in Fragen des *Lebenspartnerschaftsnamens* (§ 3 LPartG). Hier hat der Landesgesetzgeber die Notare mit Amtssitz in Bayern (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 AGLPartG) zur für die Entgegennahme namensrechtlicher Erklärungen zuständigen Behörde bestimmt (Art. 1 Abs. 2 AGLPartG). Der Umstand, dass das Namensrecht in der notariellen Praxis dennoch eher ein Schattendasein führt, mag daran liegen, dass die umfassende Zuständigkeit des Notars für Beurkundungen und Beglaubigungen aller Art mit der beschränkten Beglaubigungsbefugnis des Standesbeamten (§§ 15 c, 31 a PStG) konkurriert.

Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes ist die notarielle Tätigkeit im Bereich des *Ehe- und Lebenspartnerschaftsnamens*. Ausgeklammert ist damit das Recht des Geburtsnamens (§§ 1616 ff. BGB), das gesamte Firmenrecht (§ 17 ff. HGB) sowie das Namensrecht nicht firmierender juristischer Personen (vgl. § 57 Abs. 1 BGB). Gleiches gilt für Fragen des öffentlichen Namensrechts², des internationalen Privatrechts (Art. 10 EGBGB) und des Personenstandsrechts.

I. Begriff, Arten und Bestandteile des Namens

Der *Name* ist definiert als sprachliche Kennzeichnung einer Person zur Unterscheidung von anderen³. In Deutschland besteht der bürgerliche Name natürlicher Personen aus dem Familiennamen und mindestens einem Vornamen (vgl. § 21 Abs.1 PStG)⁴.

1. Der Vorname

Der *Vorname* wird nicht schon durch Geburt, sondern durch Namensgebung seitens der hierzu berechtigten Personen erworben⁵. Bei seiner Wahl besteht weitgehende Freiheit, die grundsätzlich den Eltern als Ausfluss ihrer Personensorge zu-

kommt (§ 1626 BGB)⁶. Das Bestimmungsrecht wird durch formlose Einigung ausgeübt⁷, wobei die Erklärungen bis zur Eintragung in das Geburtenbuch widerruflich sind⁸. Die Freiheit der Eltern wird zum einen durch den Grundsatz der *Geschlechtsoffenkundigkeit* begrenzt. Knaben sind also männliche und Mädchen weibliche Namen zu geben⁹. Zum anderen sind unverständliche, ganz ungebräuchliche, willkürliche oder

¹ Vgl. *Keidel/Winkler*, § 10 Rdnr. 2.

² Siehe das Namensänderungsgesetz vom 5.1.1938.

³ RG 91, 352; BGH NJW 1959, 325; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, 0.5, 2.1; MünchKomm/Schwerdner, § 12 Rdnr. 2; *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 2; *Palandt/Heinrichs*, § 12 Rdnr. 1.

⁴ *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 3; *Palandt/Heinrichs*, § 12 Rdnr. 5; *Palandt/Diederichsen*, Einf. v. § 1616 Rdnr. 4; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, 0.5, 2.1.

⁵ *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 139.

⁶ BGHZ 29, 256, 257; BayObLG StAZ 1995, 106, 107; *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 140; *Erman/Westermann*, § 12 Rdnr. 5; *Palandt/Diederichsen*, Einf. v. § 1616 Rdnr. 13.

⁷ BGHZ 29, 256, 257; BayObLG StAZ 1995, 106, 107; MünchKomm/v. *Sachsen Gessaphe*, nach § 1616 Rdnr. 4; *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 146.

⁸ BGHZ 29, 256, 257 f.; *Staudinger/Coester*, § 1616 Rdnr. 26; MünchKomm/v. *Sachsen Gessaphe*, nach § 1616 Rdnr. 7; *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 146; krit.: *Staudinger/Coester*, § 1616 Rdnr. 27.

⁹ BGHZ 29, 256, 259; OLG Hamburg NJW-RR 1994, 580 f.; *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 141; *Palandt/Diederichsen*, Einf. v. § 1616 Rdnr. 14. Als Ausnahme von diesem Grundsatz kann für Jungen der weibliche Name „*Maria*“ gewählt werden, vgl. BayObLG FamRZ 1986, 197; *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 141; *Erman/Westermann*, § 12 Rdnr. 5.

gar anstößige Vornamen unzulässig¹⁰. Gleiches gilt für Vornamen, die zur Kennzeichnung ihres Trägers nicht geeignet sind¹¹. Die Beschränkungen bei der Wahl des Vornamens haben zwar keine ausdrückliche Regelung erfahren. Sie finden ihre Rechtfertigung aber im Wächteramt des Staates (Art. 6 Abs. 2, Satz 2 GG), der zum Schutz des Kindes vor verantwortungsloser Namenswahl verpflichtet ist¹².

2. Der Familienname

Der *Familienname* wird aufgrund seiner Stellung innerhalb des Namens auch als Nachname bezeichnet¹³. Seine Bildung ist durch die §§ 1616 ff., 1355, 1757 BGB, 3 LPartG weitgehend vorgegeben¹⁴. Der Familienname erscheint in Gestalt des Geburts-, des Ehe- und neuerdings auch des Lebenspartnerschaftsnamens¹⁵.

Unter dem *Geburtsnamen* ist der Name zu verstehen, der in die Geburtsurkunde (§ 62 PStG) eines Kindes einzutragen ist (vgl. §§ 1355 Abs. 6 BGB, 3 Abs. 4 LPartG). In diese wiederum muss der Name eingetragen werden, den das Kind nach *materiellem Recht* führt (vgl. §§ 21 Abs. 1 Nr. 4, 30, 65 Abs. 2 PStG)¹⁶. Geburtsname ist daher nicht nur der im erstmaligen Zeitpunkt erlangte Name einer natürlichen Person¹⁷. Vielmehr lässt das Gesetz auch nachträgliche Änderungen des Geburtsnamens – etwa durch Adoption (§ 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB), Einbenennung oder nach den §§ 1617 a Abs. 2, 1617 b, 1617 c BGB – zu¹⁸.

Vom Geburtsnamen sind der *Ehename* (§ 1355 Abs. 1 Satz 1 BGB) und der *Lebenspartnerschaftsname* (§ 3 Abs. 1 Satz 1 LPartG) zu unterscheiden. Bei diesen Namen handelt es sich um *gemeinsam geführte Namen* der Eheleute bzw. Lebenspartner¹⁹. Der Ehe- und Lebenspartnerschaftsname kann selbstverständlich vom Geburtsnamen abweichen und wird in diesem Fall nicht mehr geführt²⁰. Er behält seine besondere Bedeutung dadurch, dass er oftmals in amtlichen Dokumenten anzugeben ist, so etwa in notariellen Urkunden (vgl. § 26 DONot) oder im Personalausweis (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 PaßG). Zudem besteht der Geburtsname als „*latenter Name*“ fort, denn er kann nach Auflösung der Ehe oder Lebenspartnerschaft wieder angenommen werden²¹. Hingegen muss ein abgelegter Ehe- bzw. Lebenspartnerschaftsname in amtlichen Dokumenten regelmäßig nicht erscheinen. Bezeichnungen wie „Frau A, geborene B, geschiedene C“ sollten daher vermieden werden. Doch besitzt auch ein abgelegter Ehe- und Lebenspartnerschaftsname, selbst wenn er nicht mehr aktuell geführt wird, im Rahmen der §§ 1355 Abs. 5 BGB, 3 Abs. 3 LPartG latente Bedeutung²².

¹⁰ BayObLG StAZ 1986, 248; AG Krefeld StAZ 1990, 200; *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 141; *Palandt/Diederichsen*, Einf. v. § 1616 Rdnr. 14; *Ermann/Westermann*, § 12 Rdnr. 5; zu den Einzelheiten sei hier auf die Kommentarliteratur verwiesen, vgl. etwa MünchKomm/v. *Sachsen Gessaphe*, nach § 1618 Rdnr. 10 ff.; *Staudinger/Coester*, § 1616 Rdnr. 53 ff.

¹¹ *Palandt/Diederichsen*, Einf. v. § 1616 Rdnr. 14.

¹² BVerfG NJW 2002, 1256, 1257.

¹³ *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, 0.5, 3; *Staudinger/Coester*, Vorb. § 1616 Rdnr. 8.

¹⁴ *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, 0.5, 3.

¹⁵ Zur umstrittenen Frage der Identität zwischen Ehe- und Familiennamen vgl. MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 8 einerseits (verneinend) und *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 20 andererseits (bejahend).

¹⁶ MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 4; vgl. auch *Staudinger/Coester*, Vorb. § 1616 Rdnr. 8.

¹⁷ Vgl. *Palandt/Diederichsen*, Einf. v. § 1616 Rdnr. 4.

¹⁸ *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 17.

¹⁹ *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 18; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 3.

²⁰ Vgl. *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 21.

²¹ Vgl. hierzu II.5

²² Vgl. hierzu insb. II.5.

3. Weitere Namensbestandteile

Der Familienname kann einfacher Name, mehrgliedriger Familienname (z.B. „Schulze zur Wiesche“) oder *Doppelname* sein²³. Mehrgliedrige Familiennamen und sog. echte Doppelnamen sind kraft Herkommens als *ein* Name anerkannt (z.B. „Karg-Elert“)²⁴. Sie können ohne weiteres auf Kinder, Eheleute und Lebenspartner übertragen werden. Unechte Doppelnamen entstehen dagegen durch Hinzufügung des Geburts- bzw. des bisherigen Familiennamens zum Ehenamen oder Lebenspartnerschaftsnamens²⁵. Umstritten ist, ob bei Einbenennungen²⁶ oder Adoptionen²⁷ durch die Beifügung eines Namens zum bisherigen Namen des Kindes unechte oder echte Doppelnamen entstehen. Seit In-Kraft-Treten des Kinderschaffsreformgesetzes steht das Gesetz der Neubildung echter Doppelnamen skeptisch gegenüber²⁸.

Neben dem Vor- und Nachnamen gehören auch *Adelsprädikate* zu den Namensbestandteilen. Dies ergibt sich aus Art. 109 Abs. 3 WRV, der gemäß Art. 123 GG als einfaches Recht weiter gilt²⁹. Das Kind erwirbt also nach den allgemeinen namensrechtlichen Vorschriften mit seiner Geburt den entsprechenden Adelstitel in der seinem Geschlecht angepassten Form³⁰. *Akademische Grade* und Berufsbezeichnungen zählen hingegen nicht zu den Namensbestandteilen³¹.

II. Der Ehe- (§ 1355 BGB) und Lebenspartnerschaftsname (§ 3 LPartG)

1. Normzweck und Geschichte

a) Der Ehename (§ 1355 BGB)

Der Familienname Verheirateter ist in § 1355 BGB geregelt. Die Norm beruht auf dem Familiennamensrechtsgesetz³² und ist seit dem 1. April 1994 in Kraft, wobei § 1355 Abs. 3 BGB durch das Kindschaffsreformgesetz³³ geändert wurde³⁴. Inhaltlich setzt § 1355 BGB die Vorgaben des BVerfG³⁵ um, welches mit Beschluss vom 5. März 1991 das bis dahin geltende Ehenamensrecht wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erklärte.

²³ Vgl. *Palandt/Diederichsen*, Einf. v. § 1616 Rdnr. 6.

²⁴ *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, 0.5, 6; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 5.

²⁵ MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 5.

²⁶ Einen unechten Doppelnamen nehmen hier etwa MünchKomm/v. *Sachsen Gessaphe*, § 1618 Rdnr. 16 und *Staudinger/Coester*, § 1618 Rdnr. 17 ff. an, dagegen soll nach *Henrich/Wagenitz/Bornhofen* § 1618 Rdnr. 23 ein echter Doppelname entstehen.

²⁷ Für echten Doppelnamen: MünchKomm/Maurer, § 1757 Rdnr. 9 und *Staudinger/Frank*, § 1757 Rdnr. 25; A.A.: *Liermann*, FamRZ 1993, 1263, 1263.

²⁸ Vgl. *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 67. Vgl. zur verfassungsrechtlichen Problematik BVerfG NJW 2002, 1256, 1257.

²⁹ *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 4; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 35; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, 0.5, 9 und 0.6.1.

³⁰ RGZ 113, 107 ff.; OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1554 f.; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 12; *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 6 f. Dies soll allerdings für die Adelsbezeichnung „Ritter“ nur in der Weise möglich sein, dass Ehefrauen bzw. Töchter ihrem Namen nur ein „von“ voranstellen können, vgl. *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 35. Zu den zahlreichen weiteren Ausnahmen und Einzelheiten vgl. *Staudinger/Weick/Habermann* § 12 Rdnr. 9 ff. und MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 12.

³¹ BGHZ 38, 380, 382; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, 0.5, 13; *Staudinger/Weick/Habermann*, § 12 Rdnr. 31.

³² BGBl. 1993 I 2054.

³³ BGBl. 1997 I 2942, in Kraft seit dem 1. Juli 1998.

³⁴ Zur Geschichte der Vorschrift: *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A. II. 1; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 1 ff.; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 1.

³⁵ BVerfG NJW 1991, 1602 ff.

Dem § 1355 BGB liegt eine mehrfache Zielsetzung zugrunde. Zunächst enthält die Vorschrift den *Grundsatz der Namens-einheit* der Familie. Hierdurch soll die eheliche und familiäre Zusammengehörigkeit nach außen hin dokumentiert werden³⁶. Weiterhin dient § 1355 BGB der *Gleichberechtigung* von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG). Durch das Familien-namensrechtsgesetz wurde der Name des Mannes als bis dahin subsidiärer Ehenamen nach den Vorgaben des BVerfG³⁷ abgeschafft. Zugleich erhielten die Eheleute namensrechtliche Spielräume, die jede Ungleichbehandlung ausschließen³⁸. Schließlich schützt § 1355 BGB auch das *Persönlichkeits-recht*³⁹ des Namensträgers, indem er diesem die Möglichkeit gewährt, seinen bisherigen Namen beizubehalten oder dem Ehenamen beizufügen⁴⁰.

Ehegatten *sollen* einen Ehenamen bestimmen (§ 1355 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Führung eines Ehenamens erwünscht und soll daher die Regel sein⁴¹. Ob es sich hierbei um eine *echte Rechtspflicht* handelt, ist umstritten⁴². Zutreffend erscheint es, in § 1355 Abs. 1 BGB eine bloße „Empfehlung“ des Gesetzgebers zu sehen, wofür v.a. das Persönlichkeitsrecht des Namensträgers spricht. § 1355 Abs. 1 Satz 1 BGB kann daher nicht im Wege der Herstellungsklage (§ 1353 Abs. 1 BGB) eingeklagt werden, zumal auch unklar wäre, *wessen* Name Ehenamen werden soll⁴³. Jedenfalls verzichtet das Gesetz auf jede Art von Zwang und knüpft keinerlei negative Sanktionen an die Weiterführung des bisherigen Namens⁴⁴. Der Standesbeamte soll die Verlobten lediglich befragen, ob sie einen gemeinsamen Ehenamen führen wollen (§ 6 Abs. 1 Satz 2 PStG).

b) Lebenspartnerschaftsname (§ 3 LPartG)

Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft können nach § 3 LPartG zum *gemeinsamen Namen* den sog. *Lebenspart-nerschaftsnamen* bestimmen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 LPartG). Auch dies soll den Lebenspartnern die Möglichkeit geben, ihre Partnerschaft nach außen hin zu dokumentieren⁴⁵.

Dabei vermeidet das Gesetz im Gegensatz zu § 1355 BGB den Begriff „Familiename“. Trotzdem ist § 3 LPartG dem § 1355 BGB „bis ins Detail nachgebildet“⁴⁶. Der Hauptunterschied besteht darin, dass es sich – anders als bei § 1355 Abs. 1 BGB – nicht um eine Sollvorschrift handelt. Die Bestimmung eines gemeinsamen Namens ist hier also kein rechtspolitisches Ziel des Gesetzgebers⁴⁷. Namens-einheit und

Namenskontinuität der Lebenspartner werden mithin als gleichwertig erachtet. Hieraus folgen zugleich Unterschiede im *Aufbau* der Vorschriften. Weil das Gesetz ohne weiteres von der Fortführung der bisherigen Namen ausgeht, wenn ein Lebenspartnerschaftsname nicht bestimmt wurde, fehlt bei § 3 LPartG eine dem § 1355 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Regel⁴⁸. Ein weiterer wichtiger Unterschied besteht in der *Zuständigkeit der Behörden*⁴⁹, denen gegenüber namensrechtliche Erklärungen abzugeben sind. Zuständig ist nicht der Standesbeamte, sondern die landesrechtlich bestimmte Behörde, in Bayern also jeder Notar mit Amtssitz in Bayern (Art. 1 BayAGPartG).

Dagegen führen die Regelungen über den Wirksamkeitszeitpunkt namensrechtlicher Erklärungen (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 3; Abs. 2 Satz 4 LPartG) zu keinem Unterschied in der Sache. Denn auch die entsprechenden Erklärungen bei § 1355 BGB werden mit Zugang beim Standesbeamten (§ 130 Abs. 3 BGB) wirksam⁵⁰. Im Übrigen sind die Vorschriften *inhaltsgleich*⁵¹. Bei Anwendung und Auslegung des § 3 LPartG können daher Rechtsprechung und Literatur zu § 1355 BGB herangezogen werden.

2. Bestimmung des Ehe- (§ 1355 Abs. 1 und 2 BGB) bzw. Lebenspartnerschaftsnamens (§ 3 Abs. 1 LPartG)

a) Erteilungsfähiger Name

Die Ehegatten können den *Geburtsnamen* des Mannes oder den der Frau zum Ehenamen bestimmen (§ 1355 Abs. 2 BGB). Entsprechendes gilt für den Lebenspartnerschaftsnamen (§ 3 Abs. 1 Satz 2 LPartG). Erteilungsfähig ist der Geburtsname⁵², der im Zeitpunkt der Erklärung gegenüber dem Standesbeamten bzw. der zuständigen Behörde in die Geburtsurkunde einzutragen wäre (§ 1355 Abs. 6 BGB, § 3 Abs. 4 LPartG). Die Bestimmung eines früheren Geburtsnamens, der sich später geändert hat, wird hierdurch ausgeschlossen⁵³. Ausgeschlossen ist ferner eine Weitergabe von Namen, die durch eine frühere Ehe oder Lebenspartnerschaft erlangt worden sind⁵⁴. Hierdurch soll den Interessen des Namensgebers aus der früheren Verbindung Rechnung getragen werden⁵⁵.

³⁶ BT-Drucks. 7/650, S. 96; BVerfGE 78, 38, 49; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 6, 7; *Erman/Heckelmann*, § 1355 Rdnr. 4.

³⁷ BVerfG NJW 1991, 1602 ff.

³⁸ *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 8; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 2; vgl. auch *Erman/Heckelmann*, § 1355 Rdnr. 3. Die Vorschrift ist jetzt verfassungsgemäß, vgl. BVerfG NJW 2002, 1256 ff., 1257.

³⁹ Zum Namen als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts vgl. BVerfGE 78, 38, 49.

⁴⁰ *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 10 bis 12.

⁴¹ BVerfG NJW 2002, 1256 ff., 1257; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.2.; *Erman/Heckelmann*, § 1355 Rdnr. 4.

⁴² Bejahend: *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 26; *Erman/Heckelmann*, § 1355 Rdnr. 4; *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 16; vgl. auch BT-Drucks. 12/3163, S. 12.

⁴³ MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 2 und 7.

⁴⁴ *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 16; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 26; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 2.

⁴⁵ BT-Drucks. 14/3751, S. 36 f.

⁴⁶ *Hk-LPartG/Kemper*, § 3 Rdnr. 1; vgl. auch *Palandt/Brudermüller*, LPartG § 3 Rdnr. 1; *Muscheler*. Das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaften, 1. Auflage 2001, Rdnr. 153.

⁴⁷ *Hk-LPartG/Kemper*, § 3 Rdnr. 1 f.; *Palandt/Brudermüller*, LPartG § 3 Rdnr. 1; *Muscheler*, a.a.O. (Fn. 46), Rdnr. 153. Vgl. auch *Schwab*, in *Schwab* (Hrsg.), „Die eingetragene Lebenspartnerschaft“, 2002, S. 159.

⁴⁸ *Muscheler*, a.a.O. (Fn. 47), Rdnr. 154.

⁴⁹ Eine Übersicht über die nach Landesrecht zuständigen Behörden befindet sich in StAZ 2002, 83 ff.

⁵⁰ Vgl. II.2.b.

⁵¹ Die im Folgenden aufgeführten *Fallbeispiele* gelten daher für Ehe und Lebenspartnerschaft in gleicher Weise.

⁵² Vgl. I.2.

⁵³ Zu § 1355 BGB: *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 8 f.; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 49; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.2.4.; zu § 3 LPartG: BT-Drucks. 14/3751, S. 37; *Muscheler*, a.a.O. (Fn. 48), Rdnr. 155; *Hk-LPartG/Kemper*, § 3 Rdnr. 6.

⁵⁴ Zu § 1355 BGB: OLG Zweibrücken FamRZ 1996, 487 f.; Bay-ObLG FamRZ 1997, 554 ff.; KG 1997, 556 ff.; *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 29 ff.; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 12; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.2.1. Zu § 3 LPartG: *Muscheler*, a.a.O. (Fn. 53), Rdnr. 155. Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen äußert *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 31; die h.M. hält dies jedoch für verfassungsgemäß, vgl. die genannten Gerichtsentscheidungen und *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 33.

⁵⁵ *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 33. *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 29 spricht hier von einem nur „geliehenen“ Namen.

Beispiel: A war in erster Ehe mit C, B war in erster Ehe mit D verheiratet. Zum Ehenamen wurden damals die Namen „C“ bzw. „D“ bestimmt. Willen nun A und B einander heiraten, so können zum Ehenamen nur die Geburtsnamen „A“ und „B“ bestimmt werden. Jedoch können die Eheleute ihre Namen „C“ und „D“ weiterführen oder auch ohne Bestimmung eines Ehenamens die ursprünglichen Geburtsnamen wieder annehmen (§ 1355 Abs. 5 BGB). Ferner können sowohl die Geburtsnamen, als auch die aus erster Ehe geheirateten Namen dem Ehenamen beigelegt werden (§ 1355 Abs. 4 BGB).

Bei zufälliger *Namensidentität* ist das Wahlrecht der §§ 1355 BGB, 3 LPartG gegenstandslos, da die Namenseinheit der Familie hier bereits besteht⁵⁶.

Ausgeschlossen ist es, den Ehe- bzw. Lebenspartnerschaftsnamen als *Doppelnamen* aus der Verbindung der Geburtsnamen *beider* Eheleute bzw. Lebenspartner zu bilden⁵⁷. Diese Einschränkung ist – wie das BVerfG jüngst entschieden hat⁵⁸ – dadurch gerechtfertigt, dass die Bildung von Doppelnamen zu unerwünschten Konsequenzen in der Generationenfolge führen würde. Mehrgliedrige Namensketten sollen v.a. zum Schutz des Namensträgers sowie aus Praktikabilitäts Erwägungen vermieden werden⁵⁹. Jedoch können auch Doppelnamen oder mehrgliedrige Namen zum gemeinsamen Namen bestimmt werden, wenn der namensgebende Ehegatte oder Lebenspartner bereits einen solchen als Geburtsnamen trägt⁶⁰. Dies ist v.a. dann möglich, wenn es sich um durch Gewohnheitsrecht entstandene echte Doppelnamen handelt. Gleiches gilt nach überwiegender Ansicht bei Doppelnamen, die durch Adoption (§ 1757 Abs. 4 BGB)⁶¹ oder aufgrund der Anwendung ausländischen Rechts gebildet wurden. In diesen Fällen ist es sogar unzulässig, den Namen aufzuspalten und nur einen Namensteil zum Ehenamen zu bestimmen⁶². Dagegen sollen im Rahmen einer Einbenennung beigelegte Begleitnamen (§ 1618 Satz 2 BGB) nicht zum Ehenamen werden können⁶³.

Für die Übertragung von *Adelsbezeichnungen* gelten die allgemeinen Vorschriften⁶⁴. Eine Weitergabe des Titels auf den Ehepartner ist also möglich. Dieser erwirbt das Adelsprädikat dann in der jeweils geschlechtsspezifischen Form⁶⁵. Weil es sich

bei der Adelsbezeichnung um Namensbestandteile handelt, muss eine Übertragung auch auf Lebenspartner möglich sein.

Ist der gewählte Name nicht erteilungsfähig, etwa weil ein geheirateter Name oder ein unzulässiger Doppelname gewählt wird, so ist die Bestimmung unwirksam⁶⁶. Eine dennoch erfolgte Eintragung in die Personenstandsbücher ist unerheblich und muss berichtigt werden⁶⁷. In diesen Fällen gilt für Eheleute § 1355 Abs. 3 BGB⁶⁸. Auch Lebenspartner führen bei unzulässiger Namenswahl ihre bisherigen Namen fort.

b) Rechtsnatur und Form der Erklärung

Die Bestimmung des *Ehenamens* erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten (§ 1355 Abs. 2 BGB). Zuständig ist gem. § 6 Abs. 2 PStG der Standesbeamte, in dessen Bezirk einer der Verlobten seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat, wobei die Eheleute unter mehreren zuständigen Standesbeamten wählen können. Der Standesbeamte hat die Verlobten darüber zu befragen, ob sie einen Ehenamen bestimmen wollen (§ 6 Abs. 1 Satz 3 PStG). Die unterlassene Befragung hat jedoch keine Auswirkungen auf die Namensführung⁶⁹.

Die Erklärung über die Bestimmung des *Lebenspartnerschaftsnamens* hat gegenüber der nach Landesrecht zuständigen Behörde zu erfolgen (§ 3 Abs. 1 Satz 3 LPartG)⁷⁰. Diese muss nicht zwingend mit der für die Begründung der Lebenspartnerschaft zuständigen Behörde identisch sein⁷¹. Zuständige Behörde in Bayern ist jeder Notar mit Amtssitz in Bayern (Art. 1 Abs. 2 AGLPartG).

Die Erklärungen können gemeinsam oder getrennt abgegeben werden⁷². Sie stellen amtsaufnahmepflichtige *privatrechtliche Willenserklärungen* (§ 130 Abs. 3 BGB) dar, denn Erklärungsempfänger ist jeweils eine Behörde⁷³. Bedingungen und Befristungen sind unwirksam⁷⁴. Es handelt sich nicht um einen Vertrag, sondern um ein gemeinsam auszuübendes Gestaltungsrecht⁷⁵. Weil die Erklärungen den Personenstand ausgestalten, kommt ihnen nicht nur privatrechtliche, sondern auch *öffentlich-rechtliche Wirkung* zu⁷⁶.

Fraglich ist, ob die Bestimmung des gemeinsamen Namens die *Geschäftsfähigkeit* der Beteiligten voraussetzt. Für den Lebenspartnerschaftsnamen wird man dies schon deshalb verlangen müssen, weil auch die Begründung der Lebenspartnerschaft Volljährigkeit erfordert (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 LPartG). Hin-

⁵⁶ MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 12.

⁵⁷ Zu § 1355 BGB: BVerfG NJW 2002, 1256 ff.; FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 24 ff.; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 32; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 13. Zu § 3 LPartG: Hk-LPartG/Kemper, § 3 Rdnr. 6; Muscheler, a.a.O. (Fn. 54), Rdnr. 155.

⁵⁸ BVerfG NJW 2002, 1256 ff., 1258 zu den §§ 1616 ff. BGB und inzident auch zu § 1355 BGB.

⁵⁹ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 32.

⁶⁰ Zu § 1355 BGB: Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.2.2; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 13; Palandt/Brudermüller § 1355 Rdnr. 3. Zu § 3 LPartG: Hk-LPartG/Kemper, § 3 Rdnr. 6; Muscheler, a.a.O. (Fn. 57), Rdnr. 155.

⁶¹ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 32.

⁶² Zu § 1355 BGB: LG Koblenz StAZ 1997, 343; AG Berlin Schöneberg StAZ 1998, 180; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 32; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 5 und 13. Zu § 3 LPartG: Muscheler, a.a.O. (Fn. 60), Rdnr. 155. A.A.: OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 160 (zu § 1355 BGB).

⁶³ Zu § 1355 BGB: Staudinger/Coester, § 1618 Rdnr. 20; MünchKomm/v. Sachsen Gessaphe, § 1618 Rdnr. 16.

⁶⁴ Zu § 1355 BGB: MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 12; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 35 f.; hierzu vgl. oben I.3.

⁶⁵ Zu § 1355 BGB: RGZ 113, 107; BayObLGZ 1955, 245; OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 1554 f. Zu den Einzelheiten vgl. MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 12.

⁶⁶ Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.2.1; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 34.

⁶⁷ Vgl. BayObLG FamRZ 1997, 554, 555 f.; OLG Zweibrücken FamRZ 1996, 487 f.

⁶⁸ OLG Zweibrücken FamRZ 1996, 487 f.; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 34.

⁶⁹ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 37; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 8.

⁷⁰ Vgl. hierzu die Übersicht in StAZ 2002, 83 ff.

⁷¹ Schwab, a.a.O. (Fn. 47), S. 160.

⁷² Zu § 1355 BGB: Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.2.4; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 14; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 38; FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 32. Zu § 3 LPartG: Muscheler, a.a.O. (Fn. 62), Rdnr. 154.

⁷³ MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 14; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 38. Nach a.A. nimmt der Standesbeamte – ähnlich wie der Notar bei der Auflassung – die Erklärungen als „funktional zuständige Behörde“ entgegen, vgl. FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 39.

⁷⁴ Zu § 1355 BGB: Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 38. Zu § 3 LPartG: Muscheler, a.a.O. (Fn. 72), Rdnr. 154.

⁷⁵ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 27; FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 32.

⁷⁶ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 27.

sichtlich der Bestimmung des Ehenamens herrscht dagegen Streit. Zum Teil wird vertreten, es handele sich um eine höchstpersönliche Erklärung, die der Minderjährige nur selbst abgeben könne, zu der er aber gem. § 107 BGB der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedürfe⁷⁷. Vorzugswürdig erscheint es hingegen, einen Minderjährigen, dem nach § 1303 Abs. 2 BGB die Eheschließung durch das Familiengericht erlaubt wurde, die Erklärung selbst und ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeben zu lassen. Es handelt sich nämlich um eine höchstpersönliche Entscheidung, auf welche die §§ 104 ff. BGB und insb. § 107 BGB unanwendbar sind⁷⁸. Dagegen scheidet eine analoge Anwendung des § 1617 c Abs. 1 BGB aus, denn das Erfordernis einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters will zu der Höchstpersönlichkeit der Erklärung nicht recht passen⁷⁹. Bei Betreuten unterliegt die Namensbestimmung nach allgemeiner Ansicht keinem Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 Abs. 2 BGB), so dass allein die Geschäftsfähigkeit des Betreuten maßgeblich ist⁸⁰.

Für den Lebenspartnerschaftsnamen bestimmt § 3 Abs. 1 Satz 4 LPartG ausdrücklich, dass die Erklärungen mit Abgabe gegenüber der zuständigen Behörde wirksam werden. Dagegen fehlt eine entsprechende Klarstellung in § 1355 BGB. Manche vertreten deshalb die Ansicht, die Bestimmung des Ehenamens werde „spätestens“ mit Eintragung in die Personenstandsbücher wirksam⁸¹. Dem ist nicht zu folgen. Die Eintragung in die Personenstandsbücher wirkt nur deklaratorisch und ist keine Voraussetzung für die Gültigkeit der namensrechtlichen Erklärung. Auch die Erklärungen über den Ehenamen werden also bereits mit Zugang beim Standesbeamten wirksam⁸² und können ab diesem Zeitpunkt nicht mehr widerrufen werden⁸³.

Die Erklärungen sollen bei Begründung der Ehe bzw. Lebenspartnerschaft, also in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit dieser erfolgen⁸⁴. Sie sind dann *nicht formbedürftig* (§§ 1355 Abs. 3 Satz 1 BGB, 3 Abs. 1 Satz 3 LPartG)⁸⁵. Werden sie erst später abgegeben, so bedürfen sie der *öffentlichen Beglaubigung* (§§ 1355 Abs. 3 Satz 2 BGB, 3 Abs. 1 Satz 5 LPartG). Dabei ist für die Beglaubigung der Bestimmung eines *Ehenamens* neben dem Notar (§ 129 BGB) auch der Standesbeamte zuständig (§ 15 c Abs. 1 Nr. 1 PStG). Die Bestimmung des gemeinsamen Namens ist während des Bestehens der Ehe bzw. Lebenspartnerschaft *zeitlich unbegrenzt* möglich⁸⁶. Die frühere Befristung auf fünf Jahre in § 1355 Abs. 3 BGB ist mit dem Kindschaftsreformgesetz entfallen.

Umstritten ist, wie sich *Willensmängel* auf die Bestimmungserklärung auswirken. Nach einer in der Literatur vertretenen

Ansicht soll eine Anfechtung nach den §§ 119, 123 BGB möglich sein, da es sich um privatrechtliche Willenserklärungen handele⁸⁷. Eine Korrektur über das Namensänderungsgesetz erweise sich demgegenüber als zu schwierig und unpraktikabel. Die Gründe, die unter Geltung des alten Rechts gegen eine Anfechtbarkeit sprachen, seien entfallen, da der Name des Mannes nicht mehr subsidiärer Ehenamen sei. Die erfolgreiche Anfechtung führe dazu, dass die Eheleute gemäß § 1355 Abs. 1 Satz 3 BGB wieder ihre ursprünglichen Namen trügen (§ 142 BGB)⁸⁸. Jedoch müsse analog § 1355 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 5 BGB für die Anfechtungserklärung eine öffentliche Beglaubigung gefordert werden⁸⁹. Die wohl überwiegende Meinung lässt hingegen eine Anfechtung nach den §§ 119, 123 BGB nicht zu⁹⁰. Hierfür werden die *auch* öffentlich-rechtliche Rechtsnatur und die publizistische Ordnungsfunktion der Erklärungen geltend gemacht, die sich daraus ergeben, dass durch die Namensbestimmung der Personenstand der Beteiligten ausgestaltet werde. Es handele sich um verfahrensrechtliche Erklärungen, die einer Prozesshandlung vergleichbar seien. Entscheidend dürfte es wohl sein, dass nach dem Willen des Gesetzgebers eine nachträgliche Änderung des Ehenamens nur unter engen Voraussetzungen, etwa nach dem Namensänderungsgesetz bzw. nach den §§ 1617 c Abs. 3, 1757 Abs. 3 BGB möglich sein soll⁹¹. Eine Anfechtung nach den §§ 119, 123 BGB ist daher ausgeschlossen. Allfällige Korrekturen haben über das öffentlich-rechtliche Namensänderungsgesetz zu erfolgen⁹².

c) Rechtsfolgen der Bestimmung des gemeinsamen Namens

In *formeller Hinsicht* zieht die Bestimmung eines gemeinsamen Namens u.a. folgende Rechtsfolgen nach sich: Der wirksam bestimmte Ehenamen ist in das Familienbuch einzutragen (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 PStG). Die Eintragung hat jedoch nur deklaratorische Bedeutung. Die Bestimmung eines Lebenspartnerschaftsnamens ist in Bayern vom Notar dem Standesbeamten (Art. 3 Abs. 1 AGLPartG), der zuständigen Meldebehörde (Art. 3 Abs. 4 AGLPartG) und der Landesnotarkammer Bayern (Art. 3 Abs. 2 LPartG) mitzuteilen. Die Landesnotarkammer hat den Namen in das Lebenspartnerschaftsbuch einzutragen (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 LPartG).

In *materieller Hinsicht* führt der Ehegatte bzw. Lebenspartner, dessen Geburtsname nicht gemeinsamer Name wird, in Zukunft den Ehe- bzw. Lebenspartnerschaftsnamen. Dieser Name steht ihm aus eigenem Recht zu⁹³, was sich etwa daran zeigt, dass alleine er über die Fortführung nach Auflösung der

⁷⁷ MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 15.

⁷⁸ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 44; wohl auch Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.2.3; FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 42.

⁷⁹ FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 42; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 43.

⁸⁰ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 45; Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.2.3.

⁸¹ MünchKomm/Wacke, (3. Auflage), § 1355 Rdnr. 11 unter Berufung auf BT-Drucks. 7/650, S. 217.

⁸² Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 40; FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 39.

⁸³ FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 40; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 41.

⁸⁴ Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.2.3.

⁸⁵ FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 41; Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.2.3.

⁸⁶ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 49. Zu § 3 LPartG: Muscheler, a.a.O. (Fn. 74), Rdnr. 154; Hk-LPartG/Kemper, § 3 Rdnr. 7.

⁸⁷ FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 33; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 14. Das OLG Celle hält die Bestimmung des Ehenamens für unanfechtbar, dagegen soll die Bestimmung des Begleitnamens angefochten werden können, vgl. OLG Celle FamRZ 1982, 267 f.

⁸⁸ MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 14.

⁸⁹ MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 14.

⁹⁰ Zu § 1355 BGB: BayObLG StAZ 1998, 79, 80; BayObLG NJW 1993, 337, 338; OLG Stuttgart StAZ 1986, 354 f.; Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.2.3; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 46 bis 48. Zu § 3 LPartG: Hk-LPartG/Kemper, § 3 Rdnr. 10. Jedoch erwägen auch die Anhänger der h.M., ob bei „ganz offensichtlichen“ bzw. „grobe“ Willensmängeln bzw. bei Vorliegen eines Restitutionsgrundes (§ 580 ZPO) eine Anfechtung möglich sein soll, vgl. BayObLG NJW 1993, 337, 338; OLG Stuttgart StAZ 1986, 354 f.; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 48.

⁹¹ Vgl. BT-Drucks. 7/650, S. 97.

⁹² Vgl. Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 46 bis 48.

⁹³ OLG Celle FamRZ 1992, 817; OLG Braunschweig FamRZ 1979, 913; Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, 1994, § 16 I 7; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 28.

Verbindung entscheiden darf (§§ 1355 Abs. 5 BGB, 3 Abs. 3 LPartG)⁹⁴. Jedoch ist eine Weitergabe des Namens in eine neue Ehe oder Lebenspartnerschaft ausgeschlossen (§§ 1355 Abs. 1 BGB, 3 Abs. 1 Satz 2 LPartG)⁹⁵. Andererseits kann der Name auch nach Auflösung der Ehe nach den §§ 1617 ff. BGB auf Kinder übertragen werden.

Die Entscheidung über die Bestimmung des gemeinsamen Namens ist grundsätzlich *endgültig*. Solange die Ehe oder Lebenspartnerschaft fortbesteht, ist eine einseitige oder einvernehmliche Abänderung grundsätzlich nicht möglich⁹⁶. Der Ehe- oder Lebenspartnerschaftsname kann sich jedoch nach den Bestimmungen des Namensänderungsgesetzes ändern. Änderungen können auch daraus resultieren, dass sich der Geburtsname des Namensgebers ändert und sich der andere Ehegatte dieser Änderung anschließt (§§ 1617 c Abs. 3, 1757 Abs. 3, 1767 Abs. 2 Satz 2 BGB). Schließt er sich nicht an, so ändert sich nur der latente Geburtsname des Namensgebers⁹⁷.

Beispiel: A und B haben eine Lebenspartnerschaft begründet und den Lebenspartnerschaftsnamen „A“ bestimmt. Wird A nun von X adoptiert, so ändert sich dessen Geburtsname. Schließt sich B der Namensänderung an (§§ 1757 Abs. 3, 1767 Abs. 2 Satz 2 BGB), so lautet der Lebenspartnerschaftsname nunmehr „X“. Schließt er sich nicht an, so bleibt es beim Namen „A“. A trägt nunmehr den Namen „A, geborener X“.

3. Bestimmung eines Begleitnamens (§§ 1355 Abs. 3 BGB, 3 Abs. 2 Satz 1 LPartG)

Der Ehegatte, dessen Geburtsname nicht Ehe- oder Lebenspartnerschaftsname wird, kann durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten dem Ehe- oder Lebenspartnerschaftsnamen seinen Geburtsnamen oder den zur Zeit der Erklärung über die Bestimmung des Ehe- oder Lebenspartnerschaftsnamens geführten Namen voranzustellen oder anfügen (§ 1355 Abs. 3 Satz 1 BGB). Entsprechendes gilt für den Lebenspartnerschaftsnamen (§ 3 Abs. 2 Satz 1 LPartG). Der beigefügte Name wird gemeinhin als *Begleitname* bezeichnet⁹⁸.

Die Möglichkeit der Bestimmung eines Begleitnamens sichert das Interesse des Beteiligten an Wahrung von Namenskontinuität und schützt damit sein Persönlichkeitsrecht⁹⁹. Zugleich soll bei Eheleuten die rechtspolitisch erwünschte Bestimmung eines Ehe- oder Lebenspartnerschaftsnamens erleichtert werden¹⁰⁰.

Dem Ehegatten, dessen Name Ehe- oder Lebenspartnerschaftsname wird, ist die Beifügung eines Begleitnamens untersagt. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der §§ 1355 BGB, 3 LPartG, sondern auch aus der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Neubestimmung von Doppelnamen als gemeinsame Namen¹⁰¹.

a) Erteilungsfähiger Name

Beigefügt werden kann der *Geburtsname* oder ein von diesem *abweichender Name*, der im Zeitpunkt der Bestimmungser-

klärung von dem Ehegatten bzw. Lebenspartner geführt wird, dessen Name nicht gemeinsamer Name wird (§§ 1355 Abs. 4 Satz 1 BGB, 3 Abs. 2 Satz 1 LPartG). Dabei steht es im Belieben des Beteiligten, ob der Begleitname dem gemeinsamen Namen voranzustellen oder anzufügen ist¹⁰².

Vereinzelt wird vertreten, eine Beifügung des *Geburtsnamens* scheidet aus, wenn dieser im Zeitpunkt der Bestimmungserklärung nicht mehr geführt wird. Infolge einer teleologischen Reduktion könne in solchen Fällen nur der vom Geburtsnamen abweichende Name beigefügt werden¹⁰³. Dem ist mit der ganz überwiegenden Ansicht zu widersprechen¹⁰⁴. Gegen eine derartige Einschränkung spricht neben dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen v.a. das Persönlichkeitsrecht des Beteiligten, dessen Name nicht gemeinsamer Name wird. Der Geburtsname kann mithin auch dann beigefügt werden, wenn er nicht mehr aktuell geführt wird. Die Beifügung ist jedoch nur in der im Zeitpunkt der Bestimmungserklärung aktuellen Form des Geburtsnamens möglich¹⁰⁵.

Neben dem Geburtsnamen kann auch ein hiervon *abweichender Name* beigefügt werden. Gemeint ist damit ein Ehe- oder Lebenspartnerschaftsname, der von dem Beteiligten aus einer inzwischen aufgelösten Verbindung nach den §§ 1355 Abs. 5 BGB, 3 Abs. 3 LPartG fortgeführt wird¹⁰⁶.

Beispiel: Die Lebenspartnerschaft zwischen A und B wurde aufgelöst. A führt den Lebenspartnerschaftsnamen „B“ fort. Nun heiratet A die C, deren Name zum Ehe- oder Lebenspartnerschaftsnamen bestimmt wird. A kann folgende Namenskombinationen wählen: „A-C“, „B-C“, „C-A“, „B-A“.

Der vom Geburtsnamen abweichende Name kann jedoch dann nicht mehr beigefügt werden, wenn er bereits nach den §§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB, 3 Abs. 3 Satz 2 LPartG abgelegt worden ist. In diesem Fall ist der Name für den Beteiligten untergegangen und wird auch nicht mehr als „latenter Name“ geführt¹⁰⁷. Dennoch können u.U. nicht nur Namen aus *unmittelbaren* Vorehen oder Lebenspartnerschaften zum Begleitnamen bestimmt werden, sondern auch Namen aus davor liegenden Verbindungen. Dies setzt jedoch voraus, dass der Ehegatte vor der Erklärung über die Beifügung des Begleitnamens den gemeinsamen Namen aus der unmittelbar vorangehenden Verbindung wieder gem. §§ 1355 Abs. 5 BGB, 3 Abs. 3 LPartG annimmt¹⁰⁸.

Umstritten ist, ob auch ein zufälligerweise mit dem Ehe- oder Lebenspartnerschaftsnamen identischer Name beigefügt werden kann¹⁰⁹. Eine derartige Verdopplung des Namens erscheint wenig sinnvoll und ist daher abzulehnen¹¹⁰. Auch das Persönlichkeitsrecht fordert eine

⁹⁴ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 28. Anderes galt nach den §§ 56, 57 EheG a.F.

⁹⁵ S.o. III.1.a.

⁹⁶ FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 46; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnrn. 29 und 49; Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.5.1.

⁹⁷ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 19.

⁹⁸ FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 51; Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.4.2; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 58; Münch-Komm/Wacke, § 1355 Rdnr. 5. Zu § 3 LPartG: Muscheler, a.a.O. (Fn. 86), Rdnr. 156.

⁹⁹ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 58; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 18.

¹⁰⁰ BT-Drucks. 12/3163, S. 12; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 18.

¹⁰¹ Diederichsen, NJW 1994, 1089, 1091.

¹⁰² Diederichsen, NJW 1994, 1089, 1091; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 66; Erman/Heckelmann, § 1355 Rdnr. 10. Anders das vor dem 1. Eherechtsgesetz geltende Recht.

¹⁰³ MünchKomm/Wacke (3. Auflage), § 1355 Rdnr. 20.

¹⁰⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O. (Fn. 93), § 16 I 5 Fn. 11; FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 55; Erman/Heckelmann, § 1355 Rdnr. 10; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 62; wohl auch Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.4.2.

¹⁰⁵ Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.4.3. So nunmehr auch Münch-Komm/Wacke, § 1355 Rdnr. 19.

¹⁰⁶ MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 19; Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O. (Fn. 104), § 16 I 5; FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 55; Erman/Heckelmann, § 1355 Rdnr. 10.

¹⁰⁷ FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 55.

¹⁰⁸ FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 55; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 65. Hierzu s.u. II.5.

¹⁰⁹ Bejahend: Muscheler, a.a.O. (Fn. 98), Rdnr. 156 zu § 3 LPartG.

¹¹⁰ MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 19; Erman/Heckelmann, § 1355 Rdnr. 10.

Möglichkeit der Beifügung des identischen Namens nicht, da das Interesse des Beteiligten an Namenskontinuität wegen der ohnehin bestehenden Namensidentität nicht berührt ist.

b) Eingliedrigkeit des Begleitnamens

Bei durch Ehen und Lebenspartnerschaften gebildeten Doppelnamen gilt der Grundsatz der *Eingliedrigkeit des Begleitnamens*¹¹¹: Besteht der *gemeinsame Name* bereits aus mehreren Namen, so ist die Beifügung eines Begleitnamens ausgeschlossen (§§ 1355 Abs. 4 Satz 2 BGB, 3 Abs. 2 Satz 2 LPartG). Das Persönlichkeitsrecht wird insoweit dem Interesse des Rechtsverkehrs an der Eingliedrigkeit des Familiennamens hintangestellt¹¹². Besteht hingegen der *Name des anderen Beteiligten* aus mehreren Namen, so kann nur einer dieser Namen hinzugefügt werden (§§ 1355 Abs. 3 Satz 3 BGB, 3 Abs. 2 Satz 3 LPartG). Dieser Fall kann etwa dann eintreten, wenn der Beteiligte infolge Einbenennung, Adoption oder nach Auflösung einer früheren Ehe einen Doppelnamen führt. Die Trennung des Doppelnamens ist selbst dann geboten, wenn es sich um einen echten, kraft Herkommens geführten Doppelnamen handelt¹¹³.

Beispiel: A-B, der diesen Namen nach § 1757 Abs. 4 BGB erhalten hat, und C heiraten. Als Ehefrau wird der Name „C“ bestimmt. A-B kann folgende Namen annehmen: „A-C“, „B-C“, „C-A“, „C-B“.

Abwandlung: Die Lebenspartnerschaft zwischen A und B-C, der diesen Namen als echten Doppelnamen trägt, wurde aufgelöst. A führt den Lebenspartnerschaftsnamen „B-C“ fort. Geht er nun mit D eine weitere Lebenspartnerschaft ein und wird der Name „D“ zum Lebenspartnerschaftsnamen, so kommen für A folgende Namen in Betracht: „B-D“, „D-B“, „C-D“, „D-C“, „A-D“, „D-A“.

Die vorstehenden Grundsätze gelten nicht für *mehrgliedrige Namen* (z.B. Meier von der Au), denn solche Namen sind als Einheit zu betrachten. Beigefügt werden kann hier nur der gesamte Name¹¹⁴.

c) Widerruf der Bestimmung eines Begleitnamens (§§ 1355 Abs. 4, Satz 4, BGB, 3 Abs. 2, Satz 4 LPartG)

Die Bestimmung des Begleitnamens kann durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten bzw. der zuständigen Behörde widerrufen werden (§§ 1355 Abs. 4 Satz 4, 1. Halbsatz BGB, 3 Abs. 2 Satz 4, 1. Halbsatz LPartG). Besondere Gründe hierfür sind nicht erforderlich¹¹⁵. Das Widerrufsrecht ist zeitlich nicht befristet¹¹⁶.

Ziel des Widerrufs kann nur die bloße Aufgabe des zunächst gewählten Begleitnamens sein. Eine nachträgliche Korrektur der Namenswahl kann über diesen Weg nicht vorgenommen werden, denn im Falle des Widerrufs ist eine erneute Erklärung nach den §§ 1355 Abs. 4 Satz 1 BGB, 3 Abs. 2 Satz 1 LPartG nicht mehr zulässig (§ 1355 Abs. 4 Satz 4, 2. Halbsatz BGB, 3 Abs. 2 Satz 4, 1. Halbsatz LPartG)¹¹⁷. Damit scheidet

etwa ein Wechsel der Stellung von Ehe- und Begleitname aus¹¹⁸. Ebenso wenig kann nachträglich vom Geburtsnamen zum bei Eheschließung geführten Namen übergegangen werden¹¹⁹. Erst nach Auflösung der Verbindung werden durch die §§ 1355 Abs. 5 BGB, 3 Abs. 3 LPartG erneut Wahlmöglichkeiten eröffnet¹²⁰.

d) Rechtsnatur und Form der Erklärung

Die Voranstellung oder Anfügung des Begleitnamens erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten bzw. der zuständigen Behörde und bedarf der *öffentlichen Beglaubigung*¹²¹. Gleiches gilt für den Widerruf der Erklärung (§§ 1355 Abs. 3 Sätze 1 und 5 BGB, 3 Abs. 2 Satz 7 LPartG). Für die Beglaubigung ist beim Ehenamen neben dem Notar wiederum auch der Standesbeamte (§ 15 c Abs. 1 Nr. 2 PStG) zuständig. Für den Lebenspartnerschaftsnamen ergibt sich die Zuständigkeit zur Entgegennahme der Erklärung aus dem Landesrecht, wobei in Bayern gem. Art. 1 Abs. 2 AGLPartG die Notare zuständig sind. Auch diese Beglaubigung kann selbstverständlich durch den Notar erfolgen (§ 129 BGB).

Die Bestimmung des Begleitnamens ist zeitlich unbefristet möglich. Sie kann während Bestehens der Ehe bzw. Lebenspartnerschaft jederzeit erfolgen¹²². Nach überwiegender Ansicht ist sie selbst nach deren Auflösung möglich, sofern der gemeinsame Name noch geführt wird¹²³. Der zur alten Rechtslage insoweit bestehende Streit wurde durch die Neufassung der §§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB, 3 Abs. 3 Satz 2 LPartG ausgeräumt. Auch wenn die Bestimmung des Begleitnamens nicht binnen angemessener Frist nach der Heirat erfolgt, tritt diesbezüglich keine Verwirkung ein¹²⁴.

Bei der Befugnis zur Bestimmung eines Begleitnamens handelt es sich um ein *höchstpersönliches* Recht. Demjenigen, dessen Name gemeinsamer Name geworden ist, steht daher kein Widerspruchsrecht zu¹²⁵. Im Übrigen kann hinsichtlich der *Rechtsnatur* der Erklärung sowie des Widerrufs auf die entsprechenden Ausführungen zur Bestimmung des Ehe- und Lebenspartnerschaftsnamens verwiesen werden¹²⁶.

e) Rechtsfolgen

Der Ehe- bzw. Lebenspartnerschaftsname und der Begleitname sind durch einen *Bindestrich* zu verbinden¹²⁷. Der Begleitname wird zu einem *echten Namensbestandteil*, er gehört zum Nachnamen und ist im amtlichen Verkehr mit Behörden zu führen¹²⁸.

¹¹⁸BayObLG StAZ 1998, 79, 80; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 72.

¹¹⁹*Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 72. Zu § 3 LPartG: *Muscheler*, a.a.O. (Fn. 117), Rdnr. 156.

¹²⁰Hierzu s.u. II.5.

¹²¹MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 21.

¹²²Zu § 1355 BGB: MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 22; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 74; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.4.4. Zu § 3 LPartG: *Muscheler*, a.a.O. (Fn. 119), Rdnr. 156.

¹²³Zu § 1355 BGB: BayObLG FamRZ 1984, 1224; AG Flensburg StAZ 1978, 221; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 22; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 74; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.4.2; *Erman/Heckelmiller*, § 1355 Rdnr. 10. Zu § 3 LPartG: Hk-LPartG/*Kemper*, § 3 Rdnr. 13; *Muscheler*, a.a.O. (Fn. 122), Rdnr. 156.

¹²⁴Anders noch MünchKomm/Wacke, (3. Auflage), § 1355 Rdnr. 20.

¹²⁵*Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 61; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.4.4.

¹²⁶S.o. II.2.b.

¹²⁷*Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 76; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 21.

¹²⁸FamK/*Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 58; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 23.

¹¹¹*Erman/Heckelmann*, § 1355 Rdnr. 10.

¹¹²Kritisch: *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 68.

¹¹³MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 5.

¹¹⁴*Diederichsen*, NJW 1994, 1089, 1091; *Erman/Heckelmann*, § 1355 Rdnr. 10; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 70.

¹¹⁵*Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 71; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.4.6.

¹¹⁶FamK/*Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 65; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.4.6.

¹¹⁷*Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 72; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 25. Zu § 3 LPartG: Hk-LPartG/*Kemper*, § 3 Rdnr. 14; *Muscheler*, a.a.O. (Fn. 109), Rdnr. 156.

Unstreitig entsteht durch die Verbindung jedoch nur ein *unechter Doppelname*, der weder nach § 1616 BGB auf Kinder, noch durch Adoption auf den Angenommenen (vgl. § 1757 Abs. 1 Satz 2 BGB), noch auf einen neuen Ehegatten oder Lebenspartner weitergegeben werden kann (vgl. §§ 1355 Abs. 2 BGB, 3 Abs. 1 Satz 2 LPartG)¹²⁹. Umstritten ist die Frage, ob der unechte Doppelname – etwa nach Auflösung der Ehe bzw. Lebenspartnerschaft – nach den §§ 1617, 1617 a BGB auf Kinder übertragbar ist. Manche lehnen dies unter Berufung darauf ab, dass Doppelnamen rechtspolitisch unerwünscht sind. Zudem wird geltend gemacht, dass es sich um einen bloßen unechten Doppelnamen handele, der per se nicht übertragungsfähig sei¹³⁰. Die wohl überwiegende Ansicht bejaht dagegen zu Recht die Möglichkeit der Übertragung auf Kinder nach den §§ 1617, 1617 a BGB¹³¹. Hierfür spricht bereits der Wortlaut der §§ 1617 ff. BGB, in denen nur noch vom „Namen“ die Rede ist. Vor allem aber wollte der Gesetzgeber durch das Kindschaftsreformgesetz die Beschränkungen des § 1617 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F., der eine Weitergabe des erheirateten Doppelnamens ausschloss, bewußt beseitigen. In der Begründung hierzu wird nämlich davon gesprochen, dass diese Beschränkungen „überholt“ seien¹³². Im Wege der Einbenennung kann der unechte Doppelname jedoch nicht weitergegeben werden, da § 1618 BGB nur für Ehenamen gilt¹³³.

Wie sich eine *nachträgliche Änderung* des Geburtsnamens auf den Begleitnamen auswirkt, wurde im Gesetz nicht geregelt¹³⁴. Denkbar wäre die Annahme, dass der Begleitname von der Änderung nicht berührt wird, was insoweit zu einer „Versteinerung“ führen würde. Erwägenswert wäre auch die Einräumung eines Wahlrechts dahingehend, ob der alte oder neue Geburtsname Begleitname sein soll. Richtigerweise wird man jedoch von einem automatischen Austausch ausgehen müssen. Hierfür spricht, dass der Ehegatte bzw. Lebenspartner nach den §§ 1617 a ff. BGB ohnehin praktisch stets der Änderung des Geburtsnamens zustimmen muss, so dass ihm auch ein Wechsel des Begleitnamens anzusehen ist¹³⁵. Dagegen hat eine nachträgliche Änderung des Ehenamens keinen Einfluss auf den Begleitnamen¹³⁶.

4. Fortführung der bisherigen Namen

Bestimmen die Ehegatten keinen Ehenamen, so führen sie ihre zur Zeit der Eheschließung geführten Namen auch nach der Eheschließung (§ 1355 Abs. 1 Satz 3 BGB). Gleiches gilt trotz Fehlens einer entsprechenden Regelung, wenn die Lebenspartner keinen Lebenspartnerschaftsnamen bestimmen¹³⁷. Der Gesetzgeber sah diese Rechtsfolge als selbstverständlich und damit nicht regelungsbedürftig an¹³⁸.

In diesen Fällen tritt eine Namensänderung nicht ein. Eine besondere Erklärung ist nicht erforderlich¹³⁹. Es bleibt auch dann bei den bisherigen Namen, wenn sich die Eheleute oder Lebenspartner überhaupt nicht äußern oder wenn eine unwirksame Namenswahl getroffen wird¹⁴⁰. Unberührt bleibt die Möglichkeit der nachträglichen Bestimmung eines gemeinsamen Namens nach den §§ 1355 Abs. 1 Satz 1 BGB, 3 Abs. 1 Satz 1 LPartG.

Weiterzuführen ist der zur Zeit der Eheschließung geführte Name, gleichgültig, ob es sich hierbei um den Geburtsnamen oder einen hiervon abweichenden Namen handelt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich der im Zeitpunkt der Begründung von Ehe oder Lebenspartnerschaft geführte Name nicht ändern könnte. Vielmehr gelten die allgemeinen Bestimmungen. Ein Name, der durch eine frühere Ehe oder Lebenspartnerschaft erlangt wurde, kann demnach nach den §§ 1355 Abs. 5 BGB, 3 Abs. 3 LPartG abgelegt werden¹⁴¹. Ferner kann sich der Geburtsname auch nach den §§ 1617 a ff. BGB oder nach dem Namensänderungsgesetz ändern.

5. Namensführung bei Auflösung der Ehe oder Lebenspartnerschaft (§§ 1355 Abs. 5 BGB, 3 Abs. 3 LPartG)

Der verwitwete oder geschiedene Ehegatte behält seinen Ehenamen auch nach Auflösung der Ehe (§ 1355 Abs. 5 Satz 1 BGB). Gleiches gilt für Lebenspartner nach Auflösung einer Lebenspartnerschaft (§ 3 Abs. 3 LPartG). Grund hierfür ist das Persönlichkeitsrecht, das auch die Führung eines erheirateten Namens schützt¹⁴². Anders als nach altem Recht steht dem Namensgeber kein Widerspruchsrecht hiergegen zu¹⁴³.

Der bisherige Ehe- bzw. Lebenspartnerschaftsname wird sowohl durch den Namensgeber, als auch durch den anderen Teil weitergeführt¹⁴⁴. Zwar tritt der Ehename beim Namensgeber in der Regel nicht gesondert in Erscheinung. Er bleibt als solcher jedoch zumindest latent vorhanden. Dies kann v.a. dann von Bedeutung sein, wenn sich der Geburtsname des Namensgebers zwischenzeitlich geändert hat¹⁴⁵.

Beispiel: A und B haben geheiratet und den Ehenamen „A“ bestimmt. A wird nun von D adoptiert, wobei sich B der hieraus folgenden Namensänderung nicht anschließt (vgl. § 1757 Abs. 3 BGB). Der Ehename bleibt damit unverändert. A trägt den Namen „A, geborener D“. Auch nach Auflösung der Ehe heißt A weiterhin „A, geborener D“. Er kann jedoch gem. § 1355 Abs. 5 BGB den Ehenamen ablegen und den Geburtsnamen D annehmen.

Der Name ist in der im Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungs- bzw. Aufhebungsurteils aktuellen Form weiterzuführen. Spätere Änderungen beim Namensgeber wirken sich auf den Namen des anderen Teils nicht mehr aus¹⁴⁶. Auch ein etwaiger *Begleitname* ist fortzuführen. Die Beifügung des Begleitnamens kann jedoch nach den §§ 1355 Abs. 4 Satz 4

¹²⁹ *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 77; *MünchKomm/Wacke*, § 1355 Rdnrn. 5 und 18, 23.

¹³⁰ *Palandt/Diederichsen*, § 1617 Rdnr. 5. Zu § 3 LPartG: *Hk-LPartG/Kemper*, § 3 Rdnr. 11.

¹³¹ Fachausschuss des Bundesverbandes der Deutschen Standesbeamten und Standesbeamten, StAZ 2000, 278; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 77; ebenso zum alten Recht: *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.4.2; vgl. auch *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 60; wohl ebenso, aber kritisch *MünchKomm/Wacke*, § 1355 Rdnr. 23.

¹³² BT-Drucks. 13/4899, S. 91.

¹³³ *Staudinger/Coester*, § 1618 Rdnr. 12.

¹³⁴ Offen: *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.4.5.

¹³⁵ *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 58; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 78.

¹³⁶ *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.4.5.

¹³⁷ *Hk-LPartG/Kemper*, § 3 Rdnr. 15; *Muscheler*, a.a.O. (Fn. 123), Rdnr. 153. Vgl. oben II.1.b.

¹³⁸ S.o. II.1.b.

¹³⁹ *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 53.

¹⁴⁰ OLG Zweibrücken FamRZ 1996, 487 f.; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 54.

¹⁴¹ *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 55.

¹⁴² *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 81.

¹⁴³ *MünchKomm/Wacke*, § 1355 Rdnr. 25.

¹⁴⁴ *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.5.3.; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 83.

¹⁴⁵ *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.5.3.1.; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 83.

¹⁴⁶ *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, A.II.4.5 und 5.3.1.; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 82.

BGB, 3 Abs. 3 Satz 3 LPartG widerrufen werden. Umgekehrt kann dem gemeinsamen Namen auch erstmals ein Begleitname beigefügt werden¹⁴⁷.

Neben der Fortführung der bisherigen Namen eröffnen die §§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB, 3 Abs. 3 Satz 3 LPartG den Beteiligten noch weitere Wahlmöglichkeiten. Durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten bzw. der zuständigen Behörde kann der Geburtsname oder der Name wieder angenommen werden, der bis zur Bestimmung des gemeinsamen Namens geführt wurde. Ferner kann dem gemeinsamen Namen der Geburtsname vorangestellt oder angefügt werden (§§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB, 3 Abs. 3 Satz 3 LPartG).

Zunächst kann ein Geburtsname wieder aufgenommen werden. Gemeint ist der Geburtsname in seiner aktuellen Form im Zeitpunkt der Erklärung über die Wiederannahme¹⁴⁸. Ferner kann der im Zeitpunkt der Bestimmung des Ehe- bzw. Lebenspartnerschaftsnamens geführte Name wieder angenommen werden. Dieser Name muss (zunächst) so geführt werden, wie er früher getragen wurde¹⁴⁹. Soweit ein Begleitname geführt wurde, ist auch dieser wieder zu führen¹⁵⁰.

Beispiel: Die Lebenspartnerschaft zwischen A und B, in welcher der Lebenspartnerschaftsname „A“ bestimmt wurde, ist aufgelöst worden. B trägt nunmehr den Namen „A, geborener B“. Heiratet er nun die C und wird deren Name zum Ehenamen bestimmt, so kann B nach Auflösung dieser Ehe den Namen „C“ fortführen, seinen Geburtsnamen „B“ oder den früheren Lebenspartnerschaftsnamen „A“ wieder annehmen.

Ihrem Wortlaut nach scheinen die §§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB, 3 Abs. 3 Satz 3 LPartG nur für *unmittelbar* vorangehende Ehen oder Lebenspartnerschaften zu gelten. Jedoch besteht auch die Möglichkeit der Wiederannahme eines aus einer früheren Verbindung erlangten Namens. Denn wird nach den §§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB, 3 Abs. 3 Satz 3 LPartG ein aus einer unmittelbar vorangegangenen Verbindung angenommener Name erneut angenommen, so gelten hinsichtlich einer weiter zurückliegenden Ehe oder Lebenspartnerschaft wiederum diese Vorschriften, so dass jeder einmal geführte Ehe- oder Lebenspartnerschaftsname wieder angenommen werden kann. Dies gilt nur dann nicht mehr, wenn einer dieser Namen bereits abgelegt worden ist. In diesem Fall ist dann die Kette ganz unterbrochen¹⁵¹.

Beispiel: A war zunächst mit B, dann mit C und schließlich mit D verheiratet. Es wurden jeweils die Ehenamen „B“, „C“ und „D“ bestimmt. Sämtliche Ehen wurden geschieden, wobei A die Ehenamen jeweils zunächst weitergeführt hat. Legt A nun den Ehenamen „D“ ab, so kann er den bis dahin geführten Namen „C“ annehmen. Nun gilt wiederum § 1355 Abs. 5 BGB, so dass auch der Ehepartnername „B“ angenommen werden kann.

Die §§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB, 3 Abs. 3 Satz 3 LPartG erlauben nicht nur die vollständige Ablegung des gemeinsamen

Namens, sondern auch die *Voranstellung oder Anfügung* des Geburtsnamens zu diesem Namen. Nach dem Wortlaut scheint somit die Beifügung eines vom Geburtsnamen abweichenden Namens, der im Zeitpunkt der Bestimmung des Ehenamens geführt wurde, ausgeschlossen zu sein. Dennoch wird gemeinhin vertreten, auch ein solcher Name könne im Interesse des Persönlichkeitsrechts seines Trägers beigefügt werden¹⁵². Die Befugnis zur Beifügung dieses Namens habe sich unter Geltung des alten Rechts bereits aus § 1355 Abs. 4 BGB ergeben. Die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in § 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB durch das Familiennamensrechtsgesetz sei deshalb überflüssig gewesen¹⁵³. Die insoweit eingetretene Änderung im Gesetzestext habe nach den Materialien zum Familiennamensrechtsgesetz¹⁵⁴ eindeutig keine Einschränkung, sondern eine Ausweitung der Wahlmöglichkeiten des geschiedenen Ehegatten bezweckt. Es handele sich um ein Redaktionsversehen, so dass die §§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB, 3 Abs. 3 Satz 3 LPartG insoweit ergänzend auszulegen seien¹⁵⁵ bzw. die Bestimmung des vom Geburtsnamen abweichenden Namens unmittelbar auf die §§ 1355 Abs. 4 BGB, 3 Abs. 2 LPartG gestützt werden müsse¹⁵⁶.

Beispiel: Die Ehe zwischen A und B, in welcher der Ehepartnername „A“ bestimmt wurde, wurde geschieden. B heiratet nun C, es wird der Ehepartnername „C“ bestimmt. Auch diese Ehe wird geschieden. B kann sich nun weiterhin „C“ nennen. Sie kann auch die Namen „A“, „B“, „B-C“ und „C-B“ annehmen. Zudem sollen die Namen „C-A“ oder „A-C“ angenommen werden können.

Die Beifügung eines Begleitnamens ist auch dann noch möglich, wenn während der Ehe oder Lebenspartnerschaft bereits einmal die Beifügung eines Begleitnamens nach den §§ 1355 Abs. 4 Satz 4 BGB, 3 Abs. 2 Satz 5 LPartG widerrufen worden war. Die Verweisungen auf die §§ 1355 Abs. 4 BGB 3 Abs. 2 LPartG in den §§ 1355 Abs. 5 Satz 5 Satz 3 BGB, 3 Abs. 3 Satz 3 LPartG stehen nicht entgegen. Vielmehr gewähren die §§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB, 3 Abs. 3 Satz 3 LPartG ein eigenständiges Wahlrecht, das nach Auflösung der Ehe oder Lebenspartnerschaft neu entsteht¹⁵⁷. Wurde jedoch nach Auflösung der Verbindung ein Begleitname abgelegt, so ist aufgrund der genannten Verweisungen die erneute Beifügung ausgeschlossen¹⁵⁸.

Im Übrigen haben die Verweisungen auf die §§ 1355 Abs. 4 BGB, 3 Abs. 3 LPartG folgende Bedeutung: Zum einen gilt auch hier der Grundsatz der Eingliedrigkeit des Begleitnamens¹⁵⁹. Zum andern kann die Erklärung nach den §§ 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB, 3 Abs. 3 Satz 2 LPartG widerrufen werden, wobei eine erneute Erklärung nach diesen Bestimmungen dann ausgeschlossen ist¹⁶⁰. Dem Wortlaut nach begründet die Verweisung auch ein Widerrufsrecht hinsichtlich der Wiederaufnahme des früheren Namens, so dass etwa nach Rückkehr zum Geburtsnamen erneut der abgelegte Ehepartnername ange-

¹⁴⁷ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 96; vgl. auch Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.5.3.2.

¹⁴⁸ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 96; Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.5.3.2.

¹⁴⁹ FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 74; MünchKomm/Wacke, § 1355 Rdnr. 26; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 96.

¹⁵⁰ Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.5.3.2.

¹⁵¹ FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 74; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 89; Henrich/Wagenitz/Bornhofen, A.II.5.3.4.

¹⁵² Zu § 1355 BGB: Gaaz, StAZ 1995, 25, 26; Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnrn. 84, 91; FamK/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 76; Palandt/Brudermüller, § 1355 Rdnr. 12; Erman/Heckelmann, § 1355 Rdnr. 12. Zu § 3 LPartG: vgl. Hk-LPartG/Kemper, § 3 Rdnr. 16.

¹⁵³ Gaaz, StAZ 1995, 25, 26.

¹⁵⁴ BT-Drucks. 12/5982, S. 18.

¹⁵⁵ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnrn. 84, 91.

¹⁵⁶ Gaaz, StAZ, 1995, 25, 26.

¹⁵⁷ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 94.

¹⁵⁸ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 94.

¹⁵⁹ S.o. II.3.b.

¹⁶⁰ Staudinger/Hübner/Voppel, § 1355 Rdnr. 103.

nommen werden könnte. Gegen ein solches Wahlrecht sprechen jedoch die Gesetzesmaterialien zum Familiennamensrechtsgesetz. Die Wiederaufnahme des alten Namens ist daher endgültig¹⁶¹.

Umstritten ist die Frage, ob ein Beteiligter, der dem gemeinsamen Namen nach Auflösung der Ehe oder Lebenspartnerschaft einen Begleitnamen beigefügt hat, nun dennoch zu seinem Geburtsnamen oder früher geführten Namen zurückkehren kann. Die herrschende Meinung zum alten Recht bejaht dies¹⁶². Diese Ansicht beruht auf der Formulierung des § 1355 BGB in der Fassung des 1. Eherechtsgesetzes. In dieser war keine Rede von einer Widerrufsmöglichkeit und einem Ausschluss der erneuten Namensbestimmung nach erfolgtem Widerruf. Für das neue Recht spricht gegen diese Ansicht der Umstand, dass die §§ 1355 Abs. 5 BGB, 3 Abs. 3 LPartG nur eine Wahl zwischen der Wiederannahme des bisherigen Namens einerseits und der Beifügung eines Begleitnamens andererseits zulassen. Wie bei den §§ 1355 Abs. 4 BGB, 3 Abs. 2 LPartG¹⁶³ darf ein Widerruf nicht zu einer nachträglichen Korrektur, sondern nur zum Entfallen des Begleitnamens führen¹⁶⁴.

Die Optionen der §§ 1355 Abs. 5 BGB, 3 Abs. 3 LPartG stehen den Beteiligten ohne zeitliche Befristung zur Verfügung. Dies gilt auch für die entsprechenden Widerrufsmöglichkeiten¹⁶⁵. Hinsichtlich Rechtsnatur und Wirksamkeitszeitpunkt kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden¹⁶⁶. Die Erklärungen bzw. deren Widerruf bedürfen der *öffentlichen Beglaubigung*, wobei für den Ehenamen auch der Standesbeamte für die Beglaubigung zuständig ist (§ 15 c PStG).

Seinem Wortlaut nach gilt § 1355 Abs. 5 BGB nicht im Falle der *Aufhebung der Ehe* nach den §§ 1313 ff. BGB. Auch § 1318 BGB verweist nicht auf § 1355 Abs. 5 BGB. Dennoch wird die Ansicht vertreten, § 1355 Abs. 5 BGB sei in diesen Fällen entsprechend anzuwenden, weil das Ehenamensrecht insgesamt einen Annex zum Eheschließungsrecht darstelle¹⁶⁷. Zutreffend dürfte es sein, aus der fehlenden Erwähnung in § 1318 BGB auf die Unanwendbarkeit des § 1355 Abs. 5 BGB zu schließen. Mit Rechtskraft des Aufhebungsurteils erhalten die Eheleute somit den im Zeitpunkt der Bestimmung des Ehenamens geführten Name unter Verlust des Ehenamens zurück¹⁶⁸.

III. Vereinbarungen über den Ehe- bzw. Lebenspartnerschaftsnamen

Besonders interessant für die notarielle Praxis ist die Frage, ob vertragliche Abreden über den Ehenamen – etwa in Eheverträgen oder Scheidungsvereinbarungen – möglich sind. Ein Interesse an solchen Vereinbarungen kann v.a. bei besonders traditionsreichen Namen, wie z.B. bei Adelsnamen, oder bei mit wirtschaftlich relevantem Goodwill versehenen Namen bestehen. Die nachstehenden Erwägungen gelten für Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft entsprechend.

¹⁶¹ *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 101.

¹⁶² BayObLG FamRZ 1984, 1224; *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 75.

¹⁶³ Vgl. II.3.c.

¹⁶⁴ *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 98.

¹⁶⁵ Zu § 1355 BGB: BayObLG FamRZ 1984, 1224; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 104. Zu § 3 LPartG: *Muscheler*, a.a.O. (Fn. 137), Rdnr. 157.

¹⁶⁶ II.2.b. Vgl. auch *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 99 f.

¹⁶⁷ *Palandt/Brudermüller*, § 1318 Rdnr. 16.

¹⁶⁸ *Bosch*, NJW 1998, 2004, 2011; *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 80; ebenso *MünchKomm/Wacke*, § 1355 Rdnr. 25, jedenfalls im Falle einer Aufhebung nach § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB.

Nach einer verbreiteten Meinung sind vertraglich bindende Abreden über die Führung des Ehenamens nicht möglich¹⁶⁹. Dies soll sowohl für Vereinbarungen der Verlobten über den künftig zu bestimmenden Ehenamen gelten als auch für eine Verpflichtung zur Fortführung oder Änderung des Namens nach einer Scheidung. Gegen die Verbindlichkeit derartiger Abreden wird die Höchstpersönlichkeit der Namenswahl geltend gemacht. Bis zur wirksamen Bestimmung gegenüber dem Standesbeamten müsse den Eheleuten die volle Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des Namens erhalten bleiben. Zudem dürfe die Verpflichtung zur Bestimmung eines Ehenamens keine stärkeren Rechtswirkungen entfalten als die Verpflichtung zur Eingehung der Ehe (vgl. § 1297 BGB).

Die wohl herrschende Meinung hält Abreden über die Namensführung sowohl durch Verlobte für ihre künftige Ehe als auch für den Zeitraum nach Scheidung der Ehe für möglich¹⁷⁰. Unterschiedliche Ansichten bestehen jedoch darüber, wie derartige Vereinbarungen zu vollstrecken sind. So wird vertreten, analog § 883 Abs. 2 ZPO scheide eine Vollstreckung wegen der Höchstpersönlichkeit der Namenswahl aus¹⁷¹. Nach anderer Ansicht soll die Vollstreckung gem. § 888 ZPO erfolgen¹⁷². Die Rechtsprechung und die überwiegende Ansicht hält derartige Abreden für nach § 894 ZPO vollstreckbar¹⁷³.

Vorzugswürdig erscheint die zuletzt genannte Meinung. Zwar handelt es sich beim Namensrecht um ein höchstpersönliches Recht. Jedoch zeigt das Gesetz an mehreren Stellen, dass eine Disposition über den Namen in gewissem Umfang möglich ist. So kann der Namensträger etwa einem anderen erlauben, seinen Namen zu benutzen¹⁷⁴. Ferner ergibt sich gerade aus den §§ 1355 BGB, 3 LPartG die Möglichkeit der Eheleute oder Lebenspartner, einvernehmlich über ihren Namen zu verfügen. Für die Verbindlichkeit derartiger Abreden spricht v.a. aber die Ehevertragsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 GG). Auch eine Vollstreckung sollte daher möglich sein. Da es sich bei den namensrechtlichen Erklärungen (auch) um privatrechtliche Willenserklärungen handelt, ist hierbei § 894 ZPO einschlägig, so dass die entsprechende Erklärung mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt. Verträge über die Führung oder Ablegung eines bestimmten Namens sind mithin für die Zeit vor und nach der Ehe möglich und vollstreckbar. Besondere

¹⁶⁹ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, a.a.O. (Fn. 106), § 16 I 5; *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 44; *Wagenitz/Bornhofen*, § 1355 Rdnr. 63. *Soergel/Hohloch*, Ergänzungsband, § 1355 Rdnr. 15 hält entsprechende Abreden analog § 1297 Abs. 1 BGB für nicht klagbar. Differenzierend hingegen *Staudinger/Hübner/Voppel*, § 1355 Rdnr. 51, die Abreden für die Zeit nach der Scheidung für möglich halten, im Übrigen und auch hinsichtlich der Führung eines Begleitnamens die Verbindlichkeit verneinen.

¹⁷⁰ RGZ 36, 114, 116; RG SeuffA 76 Nr. 55; *Brambring*, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 4. Auflage 2000, Rdnr. 22; *Diederichsen*, NJW 1976, 11, 69, 1170; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 888 Rdnr. 22; wohl auch *MünchKomm/Wacke*, § 1355 Rdnr. 16; *Göppinger/Börger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 7. Auflage 1998, § 8 Rdnr. 3; *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Auflage, 2000, Rdnr. 53; *Grziwotz*, Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage 2000, B I Rdnr. 37.

¹⁷¹ *Diederichsen*, NJW 1976, 11, 69, 1170; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 888 Rdnr. 22; wohl auch *MünchKomm/Wacke*, § 1355 Rdnr. 16.

¹⁷² *Göppinger/Börger*, a.a.O. (Fn. 170), § 8 Rdnr. 3.

¹⁷³ RGZ 36, 114, 116; RG SeuffA 76 Nr. 55; LG München StAZ 2000, 173, 174; *Langenfeld*, a.a.O. (Fn. 170), Rdnr. 53; *Grziwotz*, a.a.O. (Fn. 170), B I Rdnr. 37.

¹⁷⁴ *Palandt/Heinrichs*, § 12 Rdnr. 17.

Formerfordernisse bestehen dabei nicht¹⁷⁵. Jedoch handelt es sich um bloße Verpflichtungsverträge, die als solche für den Standesbeamten bzw. die zuständige Behörde unbeachtlich sind¹⁷⁶.

IV. Namensänderungen im Grundbuch und sonstigen Registern

Abschließend soll kurz erläutert werden, welche Auswirkungen sich ergeben, wenn Namensänderungen bei Beteiligten erfolgen, die unter ihrem bisherigem Namen in öffentliche Register eingetragen sind.

Hat sich der Name eines im Grundbuch eingetragenen Berechtigten geändert, so unterfällt die erforderliche Berichtigung nach allgemeiner Ansicht nicht dem § 22 GBO¹⁷⁷. Bei der Namensänderung handelt es sich nämlich um eine bloße Berichtigung tatsächlicher Angaben und nicht um die Änderung eines Rechtsverhältnisses¹⁷⁸. Namensänderungen durch Heirat, Begründung einer Lebenspartnerschaft, Scheidung, Adoption oder auf andere Weise sind deshalb von Amts wegen in das Grundbuch einzutragen¹⁷⁹. Einem Antrag kommt nur der Charakter einer Anregung zu¹⁸⁰. Vor allem dann, wenn der Beteiligte, dessen Name sich geändert hat, eine *Rechtsänderung bewilligt*, stellt sich die Frage, in welcher Form der Nachweis der Namensänderung zu erbringen ist. Hierzu hat das OLG Hamm die Ansicht vertreten, bei einem Abweichen zwischen dem im Grundbuch verlautbarten und dem in der Bewilligung angegebenen Namen sei ein Nachweis durch öffentliche Urkunden zu fordern¹⁸¹. Dem ist mit der herrschenden Meinung zu widersprechen. Für den Nachweis kann die Form des § 29 GBO nicht verlangt werden¹⁸². Jedoch muss die Unrichtigkeit feststehen, wobei jede dem Grundbuchamt ausreichend erscheinende Art genügt, die Überzeugung von der Veränderung zu gewinnen¹⁸³. Insbesondere reichen zum Nachweis die entsprechenden Angaben zur Person in einer notariellen Urkunde aus, wenn der Notar die Namensänderung festgestellt hat, etwa durch Einsichtnahme in den Personalausweis oder weil ihm die Beteiligten von Person bekannt sind¹⁸⁴.

¹⁷⁵Langenfeld, a.a.O. (Fn. 173), Rdnr. 53.

¹⁷⁶Wagenitz/Bornhofen, § 1355 Rdnr. 63; Soergel/Lange, § 1355 Rdnr. 23; Grziwotz, a.a.O. (Fn. 173), B I Rdnr. 37.

¹⁷⁷LG Mannheim BWNNotZ 1986, 131, 132; BayObLGZ 1959, 152, 162; LG Mainz NJW-RR 1999, 1032; Meikel-Böttcher, § 22 Rdnr. 77; Demharter, § 22 Rdnr. 23.

¹⁷⁸BayObLGZ 1959, 152, 162; LG Mainz NJW-RR 1999, 1032; Demharter, § 22 Rdnr. 22 f.; Schöner/Stöber, Rdnr. 239.

¹⁷⁹BayObLGZ 1959, 152, 162; LG Mannheim BWNNotZ 1986, 131, 132; Meikel-Böttcher, § 22 Rdnr. 77; Schöner/Stöber, Rdnr. 239; Holzer/Kramer, Grundbuchrecht, 1994, 7. Teil, Rdnr. 309 f.

¹⁸⁰Meikel-Böttcher, § 22 Rdnr. 77; Demharter, § 22 Rdnr. 22 f.

¹⁸¹OLG Hamm DNotZ 1965, 46.

¹⁸²LG Wuppertal MittBayNot 1977, 68; BayObLGZ 1959, 152, 162; Demharter, § 22 Rdnr. 22; Meikel-Böttcher, § 22 Rdnr. 77.

¹⁸³Meikel-Böttcher, § 22 Rdnr. 77; Demharter, § 22 Rdnr. 22.

¹⁸⁴OLG Hamm DNotZ 1965, 46; LG Berlin DNotZ 1963, 250; LG Mainz NJW-RR 1999, 1032 f.; LG Wuppertal MittBayNot 1977, 68; Schöner/Stöber, Rdnr. 239. Bauer/v. Oefele/Bauer, § 39 Rdnr. 48. Nach Bauer/v. Oefele/Kössinger, § 19 Rdnr. 69 bedarf die Namensänderung vor Eintragung keiner erneuten Bewilligung, jedoch des Nachweises in Form des § 29 GBO.

Ähnliches wird von der wohl herrschenden Meinung hinsichtlich des *Handelsregisters* vertreten. Auch hier soll sich bei Namensänderungen nur die Bezeichnung des Eingetragenen, nicht aber die im Register eingetragene Tatsache als solche ändern¹⁸⁵. Die Namensänderung sei daher keine anmeldepflichtige Änderung des eingetragenen Rechtsverhältnisses¹⁸⁶. Wie beim Grundbuch müsse eine nachgewiesene Namensänderung als Berichtigung der fortbestehenden Eintragung von Amts wegen in das Handelsregister eingetragen werden. Einer Anmeldung käme die Bedeutung einer bloßen Anregung zu¹⁸⁷. Die Gegenauffassung hält Änderungen in den Personalien des Eingetragenen trotz Fehlens einer entsprechenden gesetzlichen Regelung für anmeldepflichtig. Hierfür wird der Zweck des Handelsregisters geltend gemacht, eine richtige Auskunft über die eingetragenen Rechtsverhältnisse zu geben¹⁸⁸. Diese Ansicht wird vor allem hinsichtlich Änderungen in den Personalien von Geschäftsführern einer GmbH vertreten¹⁸⁹. Unabhängig davon, welcher Ansicht man folgt, müssen für den Nachweis der Namensänderung nach dem soeben zum Grundbuch Gesagten auch hier die entsprechenden Feststellungen in notariellen Urkunden genügen. Der Notar sollte daher jedenfalls bei einer ohnehin anstehenden Handelsregisteranmeldung die Namensänderung in der Urkunde feststellen und zum Handelsregister anmelden.

Schließlich stellt sich die Frage, ob bei Namensänderungen auch eine erneute *Namenszeichnung* erfolgen muss. Hierzu wird überwiegend vertreten, trotz Fehlens einer ausdrücklich normierten Pflicht zur erneuten Namenszeichnung sei eine solche nach dem Normzweck der entsprechenden Bestimmungen geboten, da andernfalls eine Möglichkeit der Echtheitsprüfung nicht mehr gegeben sei¹⁹⁰. Deshalb ist auch hier zu empfehlen, jedenfalls bei ohnedies anstehenden Anmeldungen eine erneute Namenszeichnung vorzunehmen.

Das zum Handelsregister Gesagte muss entsprechend für andere Register wie z.B. das Genossenschafts- oder Partnerschaftsregister gelten.

¹⁸⁵Vgl. Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 5. Auflage, 1991, Rdnr. 33a; Großkomm. HGB/Ulmer, § 107 Rdnr. 9 hinsichtlich § 107 HGB; Schlegelberger/Martens, § 107 Rdnr. 10.

¹⁸⁶Hinsichtlich sämtlicher einzutragender natürlicher Personen: KG OLG-Rspr. 10, 331, 332 f.; Keidel/Schmatz/Stöber, a.a.O. (Fn. 186), Rdnr. 33a; hinsichtlich Prokura: BayObLGZ 20, 63, 64 f.; Großkomm. HGB/Joost, 4. Auflage, 1988, § 53 Rdnr. 12; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, § 53 Rdnr. 1; hinsichtlich § 107 HGB: Großkomm. HGB/Ulmer, § 107 Rdnr. 9; Schlegelberger/Martens, § 107 Rdnr. 10; Baumbach/Hopt, § 107 Rdnr. 3; hinsichtlich Geschäftsführer einer GmbH: Scholz/Schneider, § 39 Rdnr. 4; hinsichtlich Vorstand einer AG: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz/Mertens, § 81 Rdnr. 7.

¹⁸⁷Joost, in Großkomm. HGB, 4. Auflage, 1988, § 53 Rdnr. 12 hinsichtlich Prokura.

¹⁸⁸Schlegelberger/Martens, § 8 Rdnr. 19 hinsichtlich sämtlicher Eintragungen bei Einzelkaufleuten, Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften.

¹⁸⁹Sie kann in diesem Bereich als „herrschend“ bezeichnet werden. Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 39 Rdnr. 4; Lutter/Hommelhoff, § 39 Rdnr. 3; Rowedder-Koppensteiner, § 39 Rdnr. 4; hinsichtlich Vorstand einer AG auch Hüffer, § 82 Rdnr. 3.

¹⁹⁰Röhricht/Graf von Westphalen/Wagner, § 53 Rdnr. 15; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, 1995, § 53 Rdnr. 13; Großkomm. HGB/Joost, § 53 Rdnr. 12, jeweils hinsichtlich Prokura.

Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit durch den Notar

Von Notarassessorin Dipl.-Kffr. (Univ.) *Andrea Lichtenwimmer*, Passau

Letztwillige Verfügungen werden oftmals erst zu einem Zeitpunkt errichtet, zu dem bei dem Testator bereits geistige Ausfallerscheinungen auftreten. Der Notar steht in einem solchen Fall vor der Aufgabe, beurteilen zu müssen, ob ein Erblasser noch die erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzt. Nachfolgend werden nach einem Überblick über die rechtlichen und medizinischen Grundlagen Analyseverfahren aus der psychologischen und geriatrischen Praxis vorgestellt, die dem Notar einen ersten Anhalt bei der Beurteilung der Frage bieten sollen, ob möglicherweise Testierunfähigkeit vorliegt.

1. Einleitung

Testamente alter Menschen werden in Erbscheinsverfahren und Erbschaftsprozessen häufig mit dem Argument der fehlenden Testierfähigkeit angegriffen. Sieht ein Erbprätendent seine – möglicherweise berechnete – Erberwartung enttäuscht, so befürchtet er als medizinischer Laie häufig einen demenziellen Abbauprozess als Hintergrund für den für ihn als überraschend empfundenen Erblasserwillen. Große Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang dem notariellen Testament zu. Die §§ 11, 17 Abs. 2 Satz 2, 28 BeurkG legen dem Notar die Pflicht auf, Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift zu vermerken und Zweifel daran in der Urkunde festzustellen. Diese verfahrensrechtlichen Vorschriften gewährleisten, dass die geistige Verfassung des Erblassers von einem besonders erfahrenen, unabhängigen Dritten zum Zeitpunkt der Testierung verlässlich dokumentiert wird. Um dieser gesetzlich normierten Pflicht zur Beweissicherung¹ gerecht zu werden, sollte sich der beurkundende Notar mit der besonderen medizinischen und psychischen Situation alter Menschen bei der Testierung näher auseinandersetzen.

2. Rechtliche Grundlagen

Testierfähigkeit als die Fähigkeit, ein Testament rechtswirksam zu errichten, zu ändern und aufzuheben, ist ein den Besonderheiten des Erbrechts Rechnung tragender Unterfall der Geschäftsfähigkeit.² Für den Volljährigen ergibt sich das Vorliegen der Testierfähigkeit bereits aus der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit. Wenn die §§ 11 Abs. 1, 28 BeurkG den Notar verpflichten, die „erforderliche Geschäftsfähigkeit“ festzustellen, so verweist dies bei Testamenten auf § 2229 BGB und bei Erbverträgen auf § 2275 BGB.³

Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen der Testierfähigkeit ist bei notariellen Testamenten der Zeitpunkt des Verlesens und der Genehmigung seitens des Testators.⁴ Nicht erforderlich ist die fortbestehende Testierfähigkeit bei Unterschreiben des Erblassers oder des Notars.⁵ Beim privatschriftlichen Tes-

tament ist dagegen auf den Zeitpunkt der Unterzeichnung als maßgebenden Errichtungszeitpunkt abzustellen.⁶

a. Materielles Recht

Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB liegt vor, wenn der Testator einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit unterliegt, geistesschwach oder in seinem Bewusstsein gestört ist und er aufgrund dieser geistigen Insuffizienz unfähig ist, die Bedeutung der von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Nach überwiegender Ansicht unterscheiden sich Geistesschwäche und krankhafte Störung der Geistestätigkeit nur graduell, wobei Geistesschwäche eine minder ausgeprägte Form der Geistestörung ohne durchgreifenden inhaltlichen Unterschied zu letzterer bezeichnet.⁷ Eine Störung des Bewusstseins liegt vor bei einer nicht notwendigerweise krankhaften erheblichen Trübung der Geistestätigkeit, insbesondere bei Rauschzuständen, hochgradigem Fieber oder Hypnose.⁸

Die geistige Beeinträchtigung bei dem Erblasser muss ein Maß erreichen, das ausschließt, dass er sich über die Tragweite der Anordnungen, insbesondere über ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen und die Gründe der Verfügungen ein klares Bild machen und frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter handeln kann.⁹ Allein die Feststellung, der Erblasser habe zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung an einer Geisteskrankheit gelitten, führt somit noch nicht zur Testierunfähigkeit. Vielmehr ist erforderlich, dass der Testator durch krankhafte Vorstellungen derart beeinflusst wird, dass er nicht mehr in der Lage ist, sich diesen Einflüssen zu widersetzen, sondern von ihnen beherrscht wird.¹⁰ Die Frage der Testierfähigkeit unterliegt einer rein rechtlichen Beurteilung. Auch wenn die medizinische Indikation im Einzelfall eine wichtige Rolle spielen kann, so besteht dennoch keine Bindung an Einschätzungen eines medizinischen Sachverständigen.¹¹

Trotz geistiger Beeinträchtigung liegt Testierunfähigkeit in den Fällen nicht vor, in denen der Erblasser in der konkreten Situation der Testamentserrichtung die Fähigkeit besitzt, die Tragweite seiner letztwilligen Verfügung zu erkennen.¹² Dies

¹ BT-Drucks. V 3282, S. 34; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl., 1995, § 28 Rdnr. 9; *Winkler in Keidel/Winkler*, Beurkundungsgesetz, 14. Aufl., 1999, § 28 Rdnr. 1.

² Wegen der Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung scheidet eine „beschränkte Testierfähigkeit“, die auf die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gründet, aus.

³ Vgl. nur *Reimann in Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 3. Aufl., 1999, § 11 BeurkG Rdnr. 1.

⁴ *Nieder*, Handbuch der Testamentgestaltung, 2. Aufl., 2000, Rdnr. 341.

⁵ So *Voit in Dittmann/Reimann/Bengel* (Fn. 3), § 2229 BGB Rdnr. 19; a.A. *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., 2001, § 18 II 1. In dem Fall, in dem der Testator dem Notar seinen letzten Willen noch im Stadium der Testierfähigkeit bekannt gegeben hat, genügt es, wenn er im Zeitpunkt der Genehmigung noch allgemein über die Geltung oder Nichtgeltung entscheiden kann, auch wenn er ihn nicht mehr eigenständig formulieren kann, hierzu BGH, DNotZ 1959, 589; *Huhn/von Schuckmann* (Fn. 1), § 28 Rdnr. 5; *Kruse*, NotBZ 2001, 405, 409; kritisch *Lange/Kuchinke* § 18 II 1.

⁶ *MünchKomm/Burkart*, BGB, 3. Aufl., 1997, § 2229 Rdnr. 2; *Staudinger/Baumann*, BGB, 13. Bearb., 1996, § 2229 Rdnr. 34.

⁷ *MünchKomm/Burkart* § 2229 Rdnr. 8.

⁸ Vgl. *Voit in Dittmann/Reimann/Bengel* (Fn. 3), § 2229 Rdnr. 10; *MünchKomm/Burkart* § 2229 Rdnr. 14; *Soergel/Harder*, BGB, 12. Aufl., 1992, § 2229 Rdnr. 7.

⁹ BGH FamRZ 1958, 127; BayObLGZ 1979, 256, 263; FamRZ 1986, 728, 730; 1990, 318, 319; OLG Köln, Rpfleger 1992, 25, 26.

¹⁰ RGZ 162, 223, 228; BayObLG, ZEV 2002, 234, 235.

¹¹ RGZ 162, 223, 228; BGH NJW 1962, 2061; BayObLG FamRZ 1985, 742, 743.

¹² BGH FamRZ 1958, 127, 128; 1959, 459; BayObLG FamRZ 1962, 538; 1985, 314, 315; 1986, 728, 730; 1996, 566, 567; NJW 1990, 202; *Staudinger/Baumann* § 2229 Rdnr. 18; *Soergel/Harder* § 2229 Rdnr. 2.

schließt ein, dass er sich auch in Bezug auf die Auswirkungen für die Betroffenen und über die Gründe, die für oder gegen die sittliche Berechtigung seiner Entscheidung sprechen, ein klares Bild machen kann.¹³ Auch offensichtlich willkürliche, ungerechte oder nahestehende Personen grundlos zurücksetzende letztwillige Verfügungen bei vorliegender geistiger Insuffizienz unterliegen nicht dem Verdikt der Unwirksamkeit, wenn dem Erblasser die offensichtliche Willkür, Ungerechtigkeit und Zurücksetzung bei Testamentserrichtung bewusst war und er ohne inneren Zwang und äußerer Einflüsse auch dritter Personen dieser Einsicht entsprechend handeln kann.¹⁴ Nicht ausreichend ist jedoch, dass der Erblasser nur noch eine allgemeine Vorstellung über die Testamentserrichtung und den Inhalt der Verfügung hat.

Soweit der Testator trotz geistiger Insuffizienz die konkrete Einsichtsfähigkeit besitzt, muss er auch in der Lage sein, gemäß dieser Einsicht in freier Willensbestimmung zu handeln. Dem stehen innere oder äußere Einflüsse entgegen, von denen der Testator beherrscht wird und aufgrund derer ihm eine sachliche Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte sowie ein darauf basierendes Handeln nicht möglich ist. Ist der Testator Einflussnahmen interessierter Dritter ausgesetzt, so liegt Testierfähigkeit vor, auch wenn sich der Erblasser ganz den Vorschlägen dieser Personen anvertraut, ohne diese in ihrer Berechtigung zu überprüfen, solange er sich bewusst und kraft eigenen Entschlusses für die Umsetzung dieser Vorschläge als eigene Verfügung von Todes wegen entscheidet.¹⁵ Die Grenze zur Testierunfähigkeit ist in diesen Fällen dann überschritten, wenn er sich den genannten regelwidrigen Einflüssen schranken- und hemmungslos hingibt und von ihnen widerstandslos beherrscht wird.¹⁶

An diesen Anforderungen ist auch die Testierfähigkeit von unter Betreuung stehenden Personen zu messen und zwar unabhängig von einem Einwilligungsvorbehalt eines Betreuers, denn dieser bezieht sich nicht auf die Testamentserrichtung (§ 1903 Abs. 2 BGB).

Die Wirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments setzt die Testierfähigkeit beider Eheleute voraus. Ist einer der Ehegatten testierunfähig, so sind wechselbezügliche Verfügungen unwirksam. Die Verfügungen des anderen können je nach Lage des Einzelfalles ganz oder teilweise als einseitige aufrechterhalten werden. Beim Erbvertrag ergeben sich Abweichungen aus § 2275 BGB.

Die Testierfähigkeit ist nach überwiegender Ansicht im Gegensatz zur Geschäftsfähigkeit unteilbar, so dass weder eine abgestufte Testierfähigkeit¹⁷ nach der Schwierigkeit der zu errichtenden letztwilligen Verfügung noch eine partielle Testierfähigkeit¹⁸ hinsichtlich bestimmter abgegrenzter Lebensbereiche anerkannt wird.

¹³ BayObLG MittBayNot 2000, 447, 449; OLG Braunschweig FamRZ 2000, 1189.

¹⁴ RG DJZ 1921, 73; BGH MDR 1958, 316; OLG Hamm MDR 1967, 496; FamRZ 1989, 437, 439; BayObLG NJW 1992, 248, 249; OLG Köln FamRZ 1991, 1356.

¹⁵ BayObLG FamRZ 1990, 318, 320.

¹⁶ RGZ 162, 223, 228; RG JW 1938, 1590; *Staudinger/Baumann* § 2229 Rdnr. 16.

¹⁷ BGH LM ZPO § 286 E Nr. 1; BayObLGZ 1975, 739; 1979, 256; 1990, 801; BayObLG Rpfleger 1990, 406; OLG Köln Rpfleger 1992, 25; BayObLG ZEV 1994, 303; FamRZ 1995, 898; MünchKomm/Burkart § 2229 Rdnr. 12; *Palandt/Edenhofer*, 61. Aufl., 2002, § 2229 Rdnr. 2; *Staudinger/Baumann* § 2229 Rdnr. 25; *Voit in Dittmann/Reimann/Bengel* (Fn. 3) § 2229 Rdnr. 12; *Nieder* (Fn. 4) Rdnr. 337; vgl. aus psychiatrischer Sicht *Wetterling/Neubauer/Neubauer*, ZEV 1995, 46, 50.

¹⁸ BayObLGZ 1991, 59, 62; unter ausdrücklicher Aufgabe der gegen- teiligen Ansicht in FamRZ 1985, 539, 541; siehe auch BayObLG

b. Beweisanforderungen, Beweislast

Das Gericht spricht die Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung wegen Testierunfähigkeit unter der Voraussetzung aus, dass der Mangel der Testierfähigkeit im maßgebenden Zeitpunkt der Testamentserrichtung¹⁹ zur vollen Überzeugung des Gerichts feststeht.²⁰ Die Vermutung für die Testierfähigkeit gilt selbst dann, wenn der Testator wegen einer Störung der Geistestätigkeit unter Betreuung stand.²¹ Daher trägt derjenige die Darlegungs- und Beweislast bzw. im FGG-Verfahren die Darlegungs- und Feststellungslast, der die Testierunfähigkeit behauptet. Es genügt grundsätzlich nicht, dass feststeht, dass sich der Testierende vor und nach der Testamentserrichtung in einem die Testierfähigkeit ausschließenden geistigen Zustand befunden hat. In solchen Fällen spricht jedoch der Beweis des ersten Anscheins für Testierunfähigkeit auch zum Zeitpunkt der Testierung. Derjenige, der sich auf die Errichtung des Testaments in einem „lichten Augenblick“ beruft, muss die ernsthafte Möglichkeit eines solchen lichten Intervalls beweisen, um den Anschein zu erschüttern.²²

Liegt entsprechender Vortrag vor, der dem Gericht die nahe Möglichkeit darlegt, dass Testierunfähigkeit vorgelegen hat, ist ein umfassendes Gutachten eines Facharztes für Neurologie und Psychiatrie erforderlich, um die Frage der Testierfähigkeit zu klären.²³ Für den psychiatrischen Sachverständigen ergeben sich bei der nur nach Aktenlage retrospektiv erfolgenden Begutachtungstätigkeit besondere Schwierigkeiten.²⁴ Eine hinreichend sichere Beurteilung der Frage, ob die medizinischen Voraussetzungen dafür vorliegen, dass juristisch Testierunfähigkeit angenommen werden kann, kann nur erfolgen, wenn aussagekräftiges Beweismaterial vorhanden ist. Grundsätzlich bedarf es einer kontinuierlichen Untersuchung und Dokumentation der Krankheitsentwicklung, um von den Verlaufseigentümlichkeiten auf die Art des zerebralen Abbauprozesses und damit auf das Vorliegen von Testierunfähigkeit schließen zu können.²⁵

NJW-RR 2000, 6, anders aber MünchKomm/Burkart § 2229 Rdnr. 12 der (wohl) nicht von einer Aufgabe der diesbezüglichen Rechtsprechung ausgeht; gegen partielle Testierfähigkeit auch *Staudinger/Baumann* § 2229 Rdnr. 20; *Soergel/Harder* § 2229 Rdnr. 9; *Weser*, MittBayNot 1992, 161, 169; differenzierend *Voit in Dittmann/Reimann/Bengel* (Fn. 3), § 2229 Rdnr. 16.

¹⁹ Vgl. oben 2).

²⁰ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BayObLGZ 1979, 256, 261; BayObLG FamRZ 1985, 314, 315; 1987, 1199, 1200; OLG Frankfurt FGPrax 1998, 62; und allgemeine Auffassung in der Literatur, vgl. nur *Voit in Dittmann/Reimann/Bengel* (Fn. 3), § 2229 Rdnr. 22; *Lange/Kuchinke* (Fn. 5) § 18 II 4 b; MünchKomm/Burkart, § 2229 Rdnr. 21; *Palandt/Edenhofer*, § 2229 Rdnr. 11; *Klingelhöffer*, ZEV 1997, 92, 93.

²¹ BayObLGZ 1982, 305; BayObLG FamRZ 1994, 593; OLG Frankfurt FamRZ 1996, 635; *Nieder*, ZNotP 2001, 335, 336.

²² BayObLG ZEV 1994, 303 m. Anm. *Jeschke*; BayObLG ZEV 1996, 390, 391 m. Anm. *Jeschke*; eine Umkehr der Beweislast folgt daraus nicht, OLG Frankfurt FGPrax 1998, 62; *Staudinger/Baumann* § 2229 Rdnr. 25; *Voit in Dittmann/Reimann/Bengel* (Fn. 3), § 2229 Rdnr. 22; *Lange/Kuchinke* (Fn. 5), § 18 II 4 b; a.A. *Klingelhöffer* ZEV 1997, 92, 93; zur Möglichkeit eines lichten Intervalls bei fortgeschrittener Demenz *Wetterling/Neubauer/Neubauer*, ZEV 1995, 46, 48; *Venzlaff/Foerster* Psychiatrische Begutachtung, 3. Aufl., 2000, S. 415.

²³ BayObLG NJW-RR 1990, 1419, 1420; FamRZ 1992, 724; ZEV 1994, 303, 304; ZEV 1998, 230; kritisch zum strikten „Nervenarztvorbehalt“ *Jeschke*, ZEV 1994, 304 f.

²⁴ *Jeschke*, ZEV 1994, 304 f.; *Foerster in Möller/Rohde*, Psychische Krankheiten im Alter, 1993, S. 52 bezeichnet die Beurteilung der Testierunfähigkeit „eine der schwierigsten forensischen Aufgaben“; vgl. auch *Venzlaff/Foerster* (Fn. 22), S. 436.

²⁵ BGH FamRZ 1984, 1003; BayObLGZ 1979, 256, 264.

Bei der in der Praxis vielfach unsicheren Beurteilungsgrundlage mangels solcher medizinischer Unterlagen kommt den Feststellungen zur Frage der Testierfähigkeit in der notariellen Urkunde besondere Bedeutung zu, da sie zeitnah und durch einen unabhängigen Dritten gewonnen wurden.²⁶ Die Wahrnehmungen des Notars zur Testierfähigkeit erwachsen im Gegensatz zu dem Urteil über die Testierfähigkeit des Notars, das der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO unterliegt, zur vollen Beweiskraft nach § 418 ZPO.²⁷ Besondere Sorgfalt ist daher von dem Notar darauf zu verwenden, die Wahrnehmungen zur Testierfähigkeit, die sich ihm durch ein eigenes längeres Gespräch, den persönlichen Gesamteindruck von der Person des Testators oder durch Aussagen naher Angehöriger und behandelnder Ärzte erschließen, in der Urkunde niederzulegen, wenn Anhaltspunkte für eine psychische Krankheit vorliegen.²⁸

3. Psychiatrische Erkrankungen im Alter und Auswirkungen auf die Testierfähigkeit

Prinzipiell können alle Arten von psychischen Störungen zur Testierunfähigkeit führen, wenn sie einen Grad erreicht haben, bei dem die freie Willensbestimmung des Testators ausgeschlossen ist. Empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass die meisten Fälle der Testierunfähigkeit bei Personen im höheren Lebensalter auf demenziellen Syndromen beruhen, seltener dagegen auf anderen psychischen Störungen.²⁹ Erstere sollen daher exemplarisch dargestellt werden.

a. Aktuelle Situation

Das Problem altersbedingter Krankheiten ist virulent und wird noch weiter zunehmen. Dies zeigt ein Blick auf die demographische Struktur und Entwicklung in Deutschland, die ausweist, dass der Anteil alter Menschen an der Gesamtbevölkerung stetig ansteigt. So wuchs der Anteil der über 65-Jährigen von 9,4 % (1950) auf 16,6 % (2000) an.³⁰ Im Jahr 2030 wird mindestens jeder Dritte zu den Alten zählen. Dabei nimmt auch die Zahl der Hochbetagten überproportional zu.³¹ Im Jahr 1985 lag der Anteil der über 90-Jährigen bei 170 auf eine Million Einwohner, im Jahr 2000 ist er auf 7300 unter einer Million Einwohner angestiegen. Betrachtet man die Gesamtheit aller psychischen Störungen im Alter, so leiden ein Drittel bis ein Viertel aller älteren Menschen an psychischen Beeinträchtigungen.³² Gleichzeitig nimmt das Risiko an altersbedingter Demenz zu erkranken, mit steigendem Alter überproportional zu. So leiden 1,4 % der 65- bis 69-Jährigen an altersbedingten Demenzerkrankungen, bei den 75- bis 79-Jährigen sind dies 5,6 %, bei den über 90-Jährigen leiden 38,6 % an demenziellen Erkrankungen.³³

²⁶ Bengel in Dittmann/Reimann/Bengel (Fn. 3), § 28 BeurkG Rdnr. 1.

²⁷ BayObLG DNotZ 1975, 555; Musielak, ZPO, 3. Aufl., 2002, § 418 Rdnr. 3; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., 2002, § 418 Rdnr. 3; Zylinder, ZPO, 23. Aufl., 2002, § 418 Rdnr. 3; Nieder (Fn. 4) Rdnr. 343; ders., ZNotP 2001, 335, 336.

²⁸ Hilfreiche Formulierungsvorschläge unterbreitet Zimmermann, BWNNotZ 2001, 151 ff.; vgl. auch Kruse, NotBZ 2001, 448, 453.

²⁹ Staudinger/Baumann § 2229 Rdnr. 22; Müller, Die Beurteilung der Testierfähigkeit, Eine empirische Untersuchung, 1991, S. 137.

³⁰ Statistisches Bundesamt Deutschland, http://www.destatis.de/allg/d/veroe/d_bevoe.htm vom 19.6.2002.

³¹ Vierter Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland: Risiken, Lebensqualität und Versorgung Hochaltriger – unter besonderer Berücksichtigung demenzieller Erkrankungen, BT-Drucks. 18/8822 vom 18.4.2002, S. 18.

³² Mückenheim, Rechtsgeschäfte alter Menschen in besonderen Zwangslagen, 1997, S. 65; Vierter Bericht zur Lage der älteren Generation (Fn. 31), S. 152.

³³ Gutzmann, Der dementielle Patient, 1992, S. 33; vgl. auch Schmidt/Böcker/Bayerlein u.a., Betreuungsrecht, 3. Aufl., 1999, Rdnr. 602.

b. Demenzerkrankungen

Demenz bezeichnet ein psychopathologisch definiertes Syndrom, das sich durch Verlust von im Leben erworbenen intellektuellen Fähigkeiten wie Abstraktionsvermögen, Urteilsvermögen und Konzentrationsfähigkeit auszeichnet. Symptomatisch ist eine objektiv nachweisbare Beeinträchtigung des Gedächtnisses und Persönlichkeitsveränderungen, die sich in einer Störung des Sozialverhaltens niederschlagen. Betroffen sind v.a. Denken, Orientierung, Auffassung, Rechnen, Sprache und Urteilsvermögen.³⁴

Demenzerkrankungen sind ätiologisch unspezifisch, können also bei verschiedenen Grunderkrankungen auftreten.³⁵ Zur klinischen Differenzierung sind verschiedene Klassifikations-schemata entwickelt worden.³⁶

Die mit Abstand häufigste Demenzerkrankung ist die Alzheimer Krankheit, die ca. 60 % der demenziellen Störungen ausmacht, es folgt die sog. vaskuläre Demenz (Hirngefäßerkrankungen) mit ca. 20 %. Die weiteren 20 % der Erkrankungen entstehen durch Mischformen der beiden genannten Störungen, durch neurologische Erkrankungen wie traumatische oder toxische Gehirnschäden, Mangelkrankheiten oder Hirntumore.³⁷

aa. Alzheimer Krankheit

Die Demenz vom Typ Alzheimer zeigt trotz ihrer großen Variabilität einen grob in drei Stadien unterteilbaren Verlauf, wobei die Dauer der stets zum Tod führenden Krankheit je nach Erkrankungsalter zwischen 7–10 Jahren nach Eintritt der Demenzschwelle liegt.³⁸

Im ersten Krankheitsstadium verschlechtern sich Gedächtnisleistungen, komplexe Aufgaben können immer weniger bewältigt werden, damit einher gehen Persönlichkeitsveränderungen, wobei Verstimmungszustände und Antriebseinbußen zum typischen Erscheinungsbild gehören.³⁹

Nach ca. 2–4 Jahren ist nicht nur das Neuzeit-, sondern auch das Langzeitgedächtnis zunehmend betroffen. Alltägliche Verrichtungen, wie Hygiene sowie An- und Auskleiden können nicht mehr folgerichtig ausgeführt werden. Vertraute Menschen oder Umweltsituationen werden verwechselt oder nicht mehr erkannt.

Im dritten Stadium ist jegliche zeitliche und örtliche Orientierung vollständig aufgehoben. Eine sprachliche Verständigung ist aufgrund der Intelligenzverluste nicht mehr möglich.⁴⁰

bb. Vaskuläre Demenz

Im Gegensatz zur Demenz vom Typ Alzheimer, bei der es zu charakteristischem, hochgradigem Nervenzelluntergang in Verbindung mit degenerativen Veränderungen in den Nervenzellen und ihren Fortsätzen kommt, ist bei der vaskulären

³⁴ Venzlaff/Foerster (Fn. 22), S. 139.

³⁵ Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46, 47.

³⁶ So etwa das WHO-Klassifikationsschema ICD-10, vgl. Dilling u.a., Internationale Klassifikation psychischer Krankheiten, Klinisch-diagnostische Leitlinien nach Kapitel V (F) der ICD-10, 2. Aufl., 1993; hierzu auch Venzlaff/Foerster (Fn. 22), S. 138 f.

³⁷ Weitbrecht, Dementielle Erkrankungen, S. 26; Schmidt/Böcker/Bayerlein (Fn. 33), Rdnr. 692.

³⁸ Venzlaff/Foerster (Fn. 22), S. 140; Schmidt/Böcker/Bayerlein (Fn. 33), Rdnr. 694.

³⁹ Rösler, Probleme der klinischen Frühdiagnose bei Alzheimer-Demenz, in Rösler/Retz/Thome, Alzheimer-Krankheit, 1997, passim; Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46, 47 m.w.N.

⁴⁰ Vgl. Mückenheim (Fn. 32), S. 88.

Demenz vor allem das Gefäßsystem im Gehirn betroffen. Ursache kann eine chronische Hirnschädigung durch langanhaltende Minderdurchblutung als Folge einer allgemeinen Hirnarteriosklerose, zahlreicher kleinerer Hirninfarkte oder eines Hochdruckleidens sein. Die klinischen Symptome entwickeln sich typischerweise wellenförmig, wobei sich akute Krankheitsschübe mit Phasen der Besserung abwechseln.⁴¹ Insbesondere zu Beginn der Krankheit zeigen sich reversible Einbußen der psychischen Leistungsfunktionen, wobei die Dauer und Intensität der Beeinträchtigungen mit der Zeit zunehmen. Anfängliche Symptome einer vaskulären Demenz sind erhöhte Müdigkeit und Konzentrationsschwäche, die sich zu Verwirrheitszuständen, Desorientiertheit und Verfolgungs- und Vergiftungsbefürchtungen steigert.

c. Psychiatrische Begutachtung

Dem medizinischen Sachverständigen kommt bei der Beurteilung der Testierfähigkeit die Aufgabe zu, psychopathologische Befunde zu erkennen, den Grad der Abweichung von der allgemeinen Norm zu bestimmen und somit das psychische Defizit des Erblassers in seinem Gesamtumfang zu bewerten. Die Individualität eines jeden Falls und dessen Verlaufseigentümlichkeiten können im Einzelfall einen erheblichen Interpretations- und Beurteilungsspielraum des berufenen Gutachters zulassen.⁴² Anerkannt ist zudem, dass Erkrankte selbst erhebliche Einbußen durch eine „wohlgeordnete Fassade“ im Untersuchungsgespräch überspielen können.⁴³

aa. Testverfahren

Entscheidend für die Beurteilung der Testierunfähigkeit ist der Schweregrad der demenziellen Beeinträchtigung. Dieser kann anhand der Kriterien international üblicher operationalisierter Diagnosesysteme ermittelt werden.⁴⁴ Sofern der Testator noch lebt und untersucht werden kann, können auch kurze Tests zur Einschätzung des Demenzgrades herangezogen werden. Die Anwendung solcher einfacher Testfragen kann sich im Einzelfall – mit der gebotenen Zurückhaltung – auch für den beurkundenden Notar anbieten, wobei zur Verifizierung der Beobachtungen stets ein medizinisch-psychiatrischer Sachverständiger hinzugezogen werden sollte.⁴⁵

Ein solch standardisierter Test mit umfangreicher Erprobung, der eine Quantifizierung der Demenzsymptomatik erlaubt, ist der Mini-Mental State Examination-(MMSE-)Test.⁴⁶ Maximal erreichbare Punktzahl ist 30, wobei der Proband mit jeder richtigen Antwort einen Punkt erzielt.

⁴¹ Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46, 47; vgl. auch Mückenheim (Fn. 32), S. 90; Müller (Fn. 29), S. 138.

⁴² Gruhle in Hoche, Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie, 3. Aufl., 1934, S. 18; Kruse, NotBZ 2001, 448.

⁴³ Vgl. hierzu Mückenheim (Fn. 32), S. 24; sowie zu den sehr hohen Beweisforderungen hinsichtlich der Feststellung der Testierunfähigkeit in der Medizin auf S. 21; hierzu auch Müller (Fn. 29), S. 99.

⁴⁴ Stadieneinteilung etwa mit Hilfe der Reisberg-Skalen (Reisberg, u.a., American Journal of Psychiatry 139 (1982), 1136 ff.) oder des CDR-Verfahrens (Hughes, u.a., British Journal of Psychiatry 140 (1982), 566 ff.).

⁴⁵ Jeschke, ZEV 1996, 304 f.; Müller (Fn. 29), S. 98, der darauf hinweist, dass Gutachten von Allgemeinmedizinern keinen zuverlässigen Aufschluss über die Testierfähigkeit zulassen, hierzu auch Zimmermann, BWNtZ 2001, 151, 153.

⁴⁶ Folstein u.a., Mini-Mental-State. A practical for grading the cognitive state of patients for the clinician. Journal of Psychiatric Research 12 (1975), 189–198; eine praxisgerechte Aufbereitung findet sich in Bach/Hoffmann/Nikolaus, Geriatriisches Basisassessment, 2. Aufl. 1997, S. 34 f.

Getestet wird etwa auf

- Örtliche und zeitliche Orientierung (Was für ein Datum ist heute? Welche Jahreszeit? Welches Jahr? Wo sind wir jetzt? Welches Bundesland? Welche Stadt? Welches Stockwerk? Welche Station?)
- Merkfähigkeit (drei vorgegebene Begriffe [Apfel, Pfennig, Tisch] merken)
- Umgang mit einfachen Hilfsmitteln (Uhr, Kugelschreiber)
- Kognitiver Status: Unterschiede bestimmter Begriffe erklären (Baum–Busch) oder fünfbuchstabiges Wort rückwärts buchstabieren (Lampe)
- Mehrgliedrige Anweisungen richtig ausführen (Nehmen Sie das Blatt Papier in die Hand, falten Sie es in der Mitte und lassen Sie es auf den Boden fallen)
- Einfache Rechenoperationen (Subtrahieren Sie von 100 jeweils 7)

Deutliche Hinweise auf eine bestehende psychische Erkrankung können sich für den Gutachter auch aus dem Maß der Beeinträchtigung von Aktivitäten des täglichen Lebens ergeben. Indikatoren dafür können nachlässige Kleidung, mangelnde Körperpflege, auffälliger Gewichtsverlust und eine verringerte emotionale Kontrolle sein.

Auf eine Einflussnahme dritter Personen und eine bestehende Willensschwäche des Testators kann unter Umständen aus der Errichtung mehrfacher sich widersprechender Testamente innerhalb kürzester Zeit an möglicherweise unterschiedlichen Orten geschlossen werden.

bb. Schweregradeinteilung

Eine leichte Demenz liegt vor, wenn ein Grad des Gedächtnisverlustes vorliegt, der die täglichen Aktivitäten zwar beeinträchtigt, ein unabhängiges Leben aber nicht unmöglich macht. Dies entspricht etwa 18–23 Punkten im MMSE-Test. Liegen keine zusätzlichen psychischen Störungen, wie etwa eine Depression oder Wahn vor, ist in der Regel von Testierfähigkeit auszugehen.⁴⁷

Testierunfähigkeit wird bei einer festgestellten mittelschweren Demenz (11–17 Punkte im MMSE) und umso mehr bei einer schweren Demenz (10 oder weniger Punkte im MMSE) anzunehmen sein. Die Abnahme der intellektuellen Fähigkeiten hat dort ein Ausmaß erreicht, das darauf schließen lässt, dass der Betreffende nicht mehr uneingeschränkt in der Lage ist, einen eigenen Willen zu bilden und die Tragweite seiner Anordnungen zu erfassen. Eine selbstständige Lebensführung ist nur noch eingeschränkt bzw. bei schwerer Demenz nur unter kontinuierlicher Aufsicht möglich.

d. Lichte Augenblicke

Häufig wird an den Gutachter von interessierter Seite der Gedanke herangetragen, dass das Testament trotz der im Übrigen vorliegenden Testierunfähigkeit in einer Remissionsperiode geistiger Klarheit und voller Urteilsfähigkeit errichtet worden sei. Aus medizinischer Sicht sind Aufhellungen oder luzide Intervalle aufgrund der primär degenerativen Verlaufsform bei der Demenz vom Typ Alzheimer kaum denkbar.⁴⁸ Auch bei den übrigen Demenzformen ist aufgrund der dabei zu beobachtenden mittelschweren bis schweren Kritik- und Urteilsschwäche aus medizinischer Sicht zweifelhaft, ob eine so weitgehende Aufhellung überhaupt denkbar ist. Die medizini-

⁴⁷ Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46, 48; Venzlaff/Foerster (Fn. 22), S. 436.

⁴⁸ Mückenheim (Fn. 32), S. 86 m.w.N.

sche Forschung geht bei den intraneuralen Abbauprozessen von de facto irreversiblen Vorgängen aus.⁴⁹ Generell ist aus medizinischer Sicht anerkannt, dass die Bedeutung von luziden Intervallen in der juristischen Diskussion überschätzt wird.

4. Anforderungen an den Notar

Da ein medizinischer Sachverhalt juristisch gewürdigt werden muss, sollte der Notar die Beurkundung nur ablehnen, wenn er die sichere Überzeugung hat, dass Testierunfähigkeit gegeben ist, etwa dann wenn der Testator bereits in Agonie liegt und eine Verständigung mit ihm ausgeschlossen ist. Die strengen Anforderungen an die Überzeugungsbildung sind gerechtfertigt, da die Ablehnung der Beurkundung faktisch eine Beschränkung des Testators in seiner grundgesetzlich garantierten Testierfreiheit bedeutet.⁵⁰ Im Regelfall sollte der Notar unter Schilderung seiner Wahrnehmungen und Zweifel die Beurkundung vornehmen, um die Bedachten nicht um ihre Chance zu bringen, dass sich die Zweifel in einem Prozess als unbegründet herausstellen.⁵¹

a. Dokumentationspflicht

Legt der Testator kein auffälliges Benehmen an den Tag, ist der Notar nicht verpflichtet, besondere Beobachtungen in die Niederschrift aufzunehmen.⁵² Er ist insbesondere auch nicht zu Nachforschungen verpflichtet. Bloße äußere Umstände der Beurkundung, also etwa die Tatsache, dass sie in einem Krankenhaus stattfindet, in dem der Testator stationär behandelt wird, lösen keine erhöhten Feststellungspflichten aus. Andererseits erzeugt eine Urkunde, die einen erforderlichen Hinweis nach § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG nicht enthält, einen Rechtsschein in Bezug auf die volle Geschäftsfähigkeit des Beteiligten.⁵³ Der Notar kann für Prozesskosten haftbar gemacht werden, wenn er erkennbare Symptome, die gegen die Testierfähigkeit des Erblassers sprechen, nicht erkennt und/oder nicht in die Niederschrift aufnimmt.⁵⁴

In problematischen Fällen wird der Notar große Sorgfalt auf die Niederlegung seiner Wahrnehmungen zu verwenden haben. Vermieden werden sollten allgemeine, pauschale und formalistische Formulierungen, die kaum Hinweise auf individuelle Wesensmerkmale und die intellektuelle Leistungsfähigkeit vermitteln. Der Notar sollte vielmehr eine konkrete und zutreffende Aussage zur psychischen Gesamtverfassung des Testators zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung erstellen. Hierzu sind aus Sicht der Psychiatrie unmittelbare, detaillierte Verhaltensbeschreibungen besonders hilfreich.⁵⁵ Bei allen Zweifelsfällen sollte sich der Notar der rechtlichen Beurteilung der Frage der Testierfähigkeit enthalten.⁵⁶

Teile der medizinischen Literatur regen an, auch die Motive einer Testamentserrichtung bzw. -änderung in die Urkunde aufzunehmen. Ohne die damit verbundenen juristischen Probleme in den Blick zu nehmen, greift dieser Vorschlag schon deshalb zu weit, weil auch in der medizinischen Diskussion umstritten ist, ob Inhalt und Sinngehalt der letztwilligen Verfügungen Gegenstand des psychiatrischen Gutachtens sein sollten.⁵⁷

b. Ort der Feststellung

§ 11 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 28 BeurkG legen fest, dass die Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit in die Niederschrift selbst aufgenommen werden sollen. Nach einem allgemein akzeptierten Grundsatz legen die Soll-Vorschriften im Beurkundungsgesetz dem Notar eine strikte Beachtungspflicht auf, deren Verletzung sich zwar nicht auf die Wirksamkeit der Urkunde auswirkt, jedoch dienstrechtliche Konsequenzen haben kann.⁵⁸ Die Qualifizierung als unbedingte Amtspflichten ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern entspringt daraus, dass für die meisten verfahrensrechtlichen Vorschriften per se keine sachlichen Gründe denkbar sind, die eine Abweichung rechtfertigen können.⁵⁹ Dies schließt nicht aus, dass bei Vorliegen eines sachlichen Grundes der Dokumentationspflicht auch anderweitig Genüge getan werden kann.⁶⁰

Im Ausnahmefall kann es aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes des Testators geboten sein, die Feststellungen außerhalb der Niederschrift zu treffen, wenn dadurch das Beurkundungsziel nicht erschwert wird. Auch wenn die Praxis zeigt, dass die Feststellungen zur Testierfähigkeit durch den Testator meist widerspruchlos aufgenommen werden, sind die zusätzlichen psychischen Belastungen nicht zu unterschätzen, die dem Erblasser dadurch auferlegt werden, dass ihm seine Hinfälligkeit und sein angegriffener gesundheitlicher Zustand deutlich vor Augen geführt werden und Zweifel in ihm genährt werden, ob seine letztwilligen Verfügungen auch die von ihm erstrebte Wirksamkeit erlangen. Von untergeordneter Bedeutung ist demgegenüber der Gesichtspunkt, dass mit der Auslagerung dem Testator die Möglichkeit abgeschnitten wird, sich mit den Tatsachenfeststellungen des Notars auseinanderzusetzen.

Der Vermerk ist mit der Urschrift der Urkunde zu verbinden und zusammen mit der Urkunde in amtliche Verwahrung zu geben, so dass er bei der Eröffnung der Verfügung von Todes wegen Beachtung findet und Einsichtsrechte der Beteiligten im gesetzlichen Umfang gewahrt werden.⁶¹

⁴⁹ Müller (Fn. 29), S. 144 m.w.N.; Harrer/Frank in Pohlmeier u.a. Forensische Psychiatrie heute, 1986, 278, 289; Rasch/Bayerl, Der Mythos vom luziden Intervall – Zur Begutachtung der Testierfähigkeit, Lebensversicherungsmedizin 37 (1985), 2 ff.; vgl. auch Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46, 49.

⁵⁰ Nieder (Fn. 4), Rdnr. 343.

⁵¹ Reimann in Dittmann/Reimann/Bengel (Fn. 3), § 11 BeurkG Rdnr. 14.

⁵² Staudinger/Baumann § 2229 Rdnr. 33.

⁵³ Limmer in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, 2000, § 11 BeurkG Rdnr. 5; Zimmermann, BWNotZ 2001, 151.

⁵⁴ OLG Oldenburg DNotZ 1974, 19.

⁵⁵ Müller (Fn. 29), S. 98; hierzu auch Zimmermann, BWNotZ 2001, 151, 153.

⁵⁶ Nieder, ZNotP 2001, 335, 336 mit Verweis auf Zimmermann, BWNotZ 2000, 97, 100.

⁵⁷ Ablehnend Rasch/Bayerl, Lebensversicherungsmedizin 37 (1985), 2 ff.; Harrer/Frank (Fn. 49), 278, 282.

⁵⁸ So ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. V 3282, S. 24; vgl. auch Eylmann in Eylmann/Vaasen (Fn. 53), Einl. BeurkG Rdnr. 6; Jansen, BeurkG, 1971, Einl. vor § 1 Rdnr. 16; Winkler in Keidel/Winkler (Fn. 1), Einl. Rdnr. 13.

⁵⁹ Kanzleiter, DNotZ 1993, 434, 436.

⁶⁰ So die überwiegende Literatur, vgl. nur Haegele, Rpfleger 1969, 415; Limmer in Eylmann/Vaasen (Fn. 53), § 11 BeurkG (Fn. 7); Huhn/von Schuckmann (Fn. 1), § 11 Rdnr. 19; Winkler in Keidel/Winkler (Fn. 1), § 11 Rdnr. 15; Mecke/Lerch, BeurkG, 2. Aufl., 1991, § 11 Rdnr. 7; MünchKomm/Burkart § 28 BeurkG Rdnr. 8; Kruse, NotBZ 2001, 448, 453; a.A. soweit ersichtlich nur Nieder (Fn. 4), Rdnr. 343; in der Rechtsprechung geht BayObLG DNotZ 1993, 471, 473 „grundsätzlich“ von einer Aufnahmepflicht in die Niederschrift aus.

⁶¹ So auch der Vorschlag von Kanzleiter, DNotZ 1993, 434, 441.

KURZE BEITRÄGE

Freistellungspflicht statt Schuldübernahme

Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Karlsruhe vom 27.1.2000 – 2 UF 133/99 –¹

Von Notar *Dr. Hermann Amann*, Berchtesgaden

Der Autor plädiert anlässlich der o.g. Entscheidung des OLG Karlsruhe für eine Substitution der herkömmlichen in § 415 BGB normierten Schuldübernahme durch eine Freistellungspflicht des Neuschuldners gegenüber dem Altschuldner.

1. Wege zur Befreiung des Altschuldners

Schuldübernahmen kommen in der notariellen Praxis vor allem bei Scheidungsvereinbarungen und Übergabeverträgen vor. Ziel des Altschuldners ist es, von seiner bisherigen (Mit-)Haftung freizukommen. Dieses Ziel lässt sich auf verschiedenen Wegen erreichen:

- a) Befreiende Schuldübernahme nach § 415 BGB durch Vertrag zwischen Altschuldner und Neuschuldner mit Genehmigung des Gläubigers;
- b) befreiende Schuldübernahme nach § 414 BGB durch Vertrag zwischen Neuschuldner und Gläubiger;
- c) Ablösung der alten Verbindlichkeit durch ein neues Darlehen, das lediglich der Neuschuldner aufnimmt, entweder bei derselben oder bei einer anderen Bank;
- d) schlichte Entlassung des Altschuldners aus der Mithaft bei bisheriger Gesamtschuld.

Dem Altschuldner ist es typischerweise gleichgültig, welcher der geschilderten Wege beschritten wird, um das Erlöschen seiner (Mit-)Haftung zu erreichen. Seinem Anliegen ist voll- auf Genüge getan, wenn nur seine Schuldnerrolle endet und ihn dabei keine Vorfälligkeitsentschädigung und keine sonstigen Kosten treffen. Auch der Neuschuldner kann und will sich bei Vertragsabschluss häufig noch nicht festlegen, auf welche Weise er die (Mit-)Haftung des Altschuldners zum Erlöschen bringt. Im Fall des OLG Karlsruhe¹ misslang dies z.B. vorab auf dem Weg einer befreienden Schuldübernahme gemäß § 415 BGB. Danach gelang es aber doch noch, indem Neuschuldner und Bank vereinbarten, die Altschuldnerin (Klägerin) aus ihrer Mithaftung zu entlassen. Gleichwohl konnte dies die Wirksamkeit des Vertrages nicht mehr retten. Die Beteiligten hatten nämlich nicht nur das Ziel vereinbart, die Mithaftung der Klägerin zu beenden, sondern auch den Weg zu diesem Ziel festgeschrieben, und zwar den Weg über eine befreiende Schuldübernahme nach § 415 BGB. Überdies hatten sie die Wirksamkeit des Vertrages vom rechtzeitigen Erfolg dieses Weges abhängig gemacht. Damit war das merkwürdige Ergebnis vorprogrammiert, dass die Klägerin trotz ihrer Entlassung aus der Mithaft an den Vertrag nicht mehr gebunden war.

2. Freistellungspflicht statt Schuldübernahme

Der vom OLG Karlsruhe entschiedene Fall ist ein weiterer Beleg dafür, dass es in der Regel weder notwendig noch zweckmäßig ist, sich vertraglich auf einen bestimmten Weg

zur Freistellung des Altschuldners, z.B. auf den Weg einer befreienden Schuldübernahme gemäß § 415 BGB, festzulegen. Interessengerechter und flexibler ist eine bloße Pflicht des Neuschuldners, die Befreiung des Altschuldners – gleichgültig auf welche Weise – zu bewirken, etwa gemäß folgendem Formulierungsbeispiel:

Der Neuschuldner verpflichtet sich dem Altschuldner gegenüber, den Altschuldner von dieser Verbindlichkeit mit Wirkung ab ... (= Stichtag) freizustellen. Dem Neuschuldner steht es frei, dies zu bewirken, indem er mit dem Gläubiger eine befreiende Schuldübernahme vereinbart oder indem er die Verbindlichkeit tilgt und mit diesem oder einem anderen Gläubiger ausschließlich im eigenen Namen eine neue Darlehensverbindlichkeit begründet oder indem er auf andere Weise die Freistellung des Altschuldners herbeiführt.

Hierbei handelt es sich um eine wesentliche Pflicht des Neuschuldners, deren Erfüllung der Neuschuldner dem Altschuldner innerhalb von drei Monaten ab heute durch Bestätigung des Gläubigers nachzuweisen hat. Die Bestätigung darf an die Bedingung geknüpft sein, dass der Neuschuldner im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird. Die Vorlage dieser Urkunde zur Eigentumsumschreibung auf den Neuschuldner soll (nicht) davon abhängen, dass dem Notar die Erfüllung der Freistellungspflicht durch schriftliche Bestätigung des Altschuldners oder des Gläubigers nachgewiesen ist.

Wenn das Darlehen durch Grundschuld gesichert ist, folgen anschließend die von einer Grundschuldübernahme her bekannten Vereinbarungen zur Änderung des Sicherungsvertrages² sowie u.U. ein abstraktes Schuldversprechen mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung, falls der Neuschuldner ein solches nicht bereits früher abgegeben hat³.

Die Substitution der herkömmlichen in § 415 BGB normierten Schuldübernahme durch eine solche Freistellungspflicht ist kein bloßes Spiel mit Worten. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass die Freistellungspflicht keinen bestimmten Weg für die Befreiung des Altschuldners vorzeichnet, sondern die Wahl des zweckmäßigsten Wegs dem Neuschuldner und der Bank überlässt.

¹ MittBayNot 2002, S. 284 (in diesem Heft).

² Vgl. *J. Mayer*; Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 385; *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl. 1999, Rdnrn. 455, 456; Beck'sches Notar-Handbuch/*Brambring*, 3. Aufl. 2000, A I Rdnr. 344.

³ *J. Mayer*, a.a.O., Rdnr. 384; *Wegmann*, a.a.O., Rdnrn. 457, 458; Beck'sches Notar-Handbuch/*Brambring*, A I Rdnr. 341.

3. Rechtsfolgen bei Scheitern der Schuldbefreiung

a) Fristsetzung und Rücktrittsrecht statt Unwirksamkeit

Die in Abschnitt 2 dargestellte Gestaltung vermeidet die im Fall des OLG Karlsruhe vereinbarte (ungewöhnliche) Bedingung, wonach der ganze *Vertrag wirkungslos* wird, falls die Freistellung des Altschuldners (zunächst) fehlschlägt. Selbst wenn die Freistellung bei Ablauf der vereinbarten Frist noch nicht gelungen oder noch nicht nachgewiesen ist, bleibt der Vertrag zunächst wirksam. Um ihn durch Rücktritt zu beseitigen, muss der Altschuldner dem Neuschuldner erst noch eine angemessene Frist setzen, innerhalb der dieser die Freistellung des Altschuldners doch noch bewirken kann (§ 323 Abs. 1 BGB). Eine der in § 323 Abs. 2 BGB normierten Ausnahmen vom Erfordernis der Fristsetzung besteht m.E. nicht. Der Altschuldner hat durch vorstehende Formulierung den Fortbestand seines Leistungsinteresses nicht in der Weise an die Rechtzeitigkeit der Befreiung gebunden, dass eine Fristsetzung entbehrlich wäre (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB)⁴. Wer daran zweifelt, mag klarstellen, dass ein Rücktritt wegen nicht rechtzeitiger Schuldbefreiung nur zulässig ist, nachdem der Altschuldner erfolglos eine angemessene Nachfrist gesetzt hat.

Um Vorleistungen des Altschuldners zu vermeiden, kann die Umschreibung des Eigentums auf den Neuschuldner davon abhängig gemacht werden, dass die (Mit-)Haftung des Altschuldners erloschen ist und dies dem Notar in vereinbarter Weise nachgewiesen wird. Bei Scheidungsvereinbarungen werden die Beteiligten dies meistens wünschen, bei Übergabeverträgen normalerweise nicht.

b) Erfüllungsübernahme

Zwar hat der Gesetzgeber das mögliche Scheitern einer befreienden Schuldübernahme bedacht und in § 415 Abs. 3 BGB als Hilfslösung anstelle einer noch nicht gelungenen oder misslungenen befreienden Schuldübernahme die *Erfüllungsübernahme* gemäß § 329 BGB vorgesehen. Diese Hilfslösung – gleichgültig ob sie auf § 415 Abs. 3 BGB oder auf ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung beruht – wird jedoch regelmäßig den Interessen der Beteiligten weniger gerecht als die vorstehend dargestellte Freistellungspflicht:

§ 415 Abs. 3 BGB ordnet an, bei einer Erfüllungsübernahme habe der Neuschuldner den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Die Kernfrage lautet daher: Ist der Neuschuldner *sofort* zur Erfüllung verpflichtet oder erst bei Fälligkeit der übernommenen Schuld? Wer eine sofortige Erfüllungspflicht bejaht, verschließt die Augen vor dem wirtschaftlichen Hintergrund der Schuldübernahme bzw. der Erfüllungsübernahme. Die Beteiligten vereinbaren diese ja gerade deswegen, weil sie zur sofortigen Begleichung der Schuld außerstande sind oder weil sie eine sofortige Tilgung wegen hoher Vorfälligkeitsentschädigung für unwirtschaftlich halten. Deshalb entspricht es ständiger Rechtsprechung und ganz h.M., dass der erfüllungspflichtige Neuschuldner rechtzeitig im Sinne des § 415 Abs. 3 BGB leistet, wenn er bei Fälligkeit der übernommenen Schuld zahlt⁵. Infolgedessen besteht bis zur Endfälligkeit der übernommenen Verbindlichkeit die Haftung des Altschuldners im Außenverhältnis gegenüber der Bank fort. Wird der Neuschuldner bis dahin leistungsunfähig, so erweist

sich die Erfüllungsübernahme für den Altschuldner als wertlos. Dies zeigt sich unter Umständen erst nach Jahren. Eine Rückabwicklung des Vertrages, in welchen die Schuldübernahme eingebettet war, ist dann meistens unrealistisch. Der Altschuldner hat nicht nur das veräußerte Vermögen verloren. Darüber hinaus ist sein verbliebenes Vermögen durch seine fortbestehende Einstandspflicht gegenüber dem Gläubiger gefährdet.

Im Vergleich zu einer Schuldübernahme nach § 415 BGB mit dem darunter gespannten Netz einer Erfüllungsübernahme regelt die in Abschnitt 2 dargestellte Freistellungspflicht einerseits den Weg zur Befreiung des Altschuldners flexibler, andererseits mit klarer terminlicher Zielvorgabe. Wird diese Zielvorgabe verfehlt, so folgt daraus keine automatische Unwirksamkeit des Vertrages, aber auch keine zeitlich unbegrenzte Ungewissheit über eine Einstandspflicht des Altschuldners. Mittels Fristsetzung nach § 323 BGB wird vielmehr die Suche nach Auswegen intensiviert und bei deren Misserfolg der Weg zum Rücktritt rechtzeitig eröffnet.

4. Vermeidung etwaiger Gefahren aus den §§ 491 ff. BGB (früheres Verbraucherkreditgesetz)

Ein weiterer Vorzug der bloßen Freistellungspflicht gegenüber einer befreienden Schuldübernahme zeigt sich darin, dass die Freistellungspflicht nicht in mögliche Fallstricke der §§ 491 ff. BGB (früheres Verbraucherkreditgesetz) geraten kann, während dies bei einer Schuldübernahme einstweilen noch nicht ausgeschlossen erscheint.

a) Keinerlei Gefahren aus den §§ 491 ff. BGB drohen allerdings bei befreiender Übernahme einer Alleinschuld durch einen bisherigen Mitschuldner, wie sie am häufigsten bei Scheidungsvereinbarungen vorkommt. Hierbei entstehen nämlich für den Neuschuldner keine Pflichten gegenüber der Bank, die über seine bisherige gesamtschuldnerische Haftung hinausreichen⁶.

b) In den für Übergabeverträge typischen Fällen einer Schuldübernahme nach § 415 BGB übernimmt dagegen der Neuschuldner erstmals die Pflichten aus dem Darlehen. Zwar haben *Kurz*⁷ und *Volmer*⁸ nachgewiesen sowie neuerdings das OLG Düsseldorf⁹ bestätigt, dass auf eine zwischen Altschuldner und Neuschuldner vereinbarte von der Genehmigung der Bank abhängige Schuldübernahme die Vorschriften der §§ 491 ff. BGB nicht anwendbar sind. Ob dieser richtige Standpunkt sich gegenüber teleologischen Erwägungen des Schuldnerschutzes behauptet, die den BGH¹⁰ zur Anwendung des Abzahlungsgesetzes auf eine gemäß § 415 BGB vereinbarte Schuldübernahme veranlassen, steht indessen erst nach einer entsprechenden Entscheidung des BGH fest¹¹. Zu klären wäre außerdem, ob die §§ 491 ff. BGB auch dann unanwendbar bleiben, wenn der Altschuldner bei Vertragsschluss unternehmerisch handelt (§ 14 BGB), der Neuschuldner dagegen als Verbraucher (§ 13 BGB). Am Ende bedürfte es sogar einer Entscheidung des EuGH, um sicher zu gehen,

⁴ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, Ergänzungsband zur Schuldrechtsmodernisierung, 61. Aufl. 2002, § 323 BGB Rdnr. 20.

⁵ RG JW 1908, 713, 714; BGH WM 1959, 1133, 1136; *Nörr/Scheyhing*, Sukzessionen, 1983, § 28 S. 315; a.M. lediglich *Staudinger/Kaduk*, 12. Aufl. 1994, Einl. 74 zu §§ 414 ff. BGB.

⁶ *Kurz*, MittBayNot 1997, 133; *Kersten/Bühling/Peter*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 33 Rdnr. 16.

⁷ *Kurz*, DNotZ 1997, 552, 558 ff.

⁸ *Volmer*, WM 1999, 212.

⁹ OLG Düsseldorf, MittBayNot 2001, 313 mit Anm. *Volmer*.

¹⁰ BGH, NJW 1995, 2290, 2292.

¹¹ Vgl. *J. Mayer*, a.a.O., Rdnrn. 392 ff.; *Kersten/Bühling/Peter*, a.a.O., § 33 Rdnr. 17; offen gelassen in BGH, NJW 1999, 2664, 2666.

dass die europarechtlichen Vorgaben des Verbraucherschutzes hinter die besondere dogmatische Struktur des § 415 BGB und hinter deren Unvereinbarkeit mit den §§ 491 ff. BGB zurücktreten.

c) Bei notarieller Beurkundung der Schuldübernahme droht zwar weder Nichtigkeit gemäß § 494 BGB noch ein Widerrufsrecht nach § 495 BGB, freilich *nur dann*, wenn die notarielle Urkunde den Jahreszins, die Kosten und die Voraussetzungen einer Änderung von beiden wiedergibt (§ 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Im Rahmen des Beurkundungsverfahrens sind diese Informationspflichten jedoch nur erfüllbar, falls die Bank die dafür erforderlichen Daten liefert sowie ausreichend Zeit zur Verfügung steht, um die Angaben der Bank abzuwarten und in den Vertrag einzuarbeiten¹².

Vereinbaren die Beteiligten hingegen statt einer befreienden Schuldübernahme gemäß § 415 BGB eine Freistellungspflicht entsprechend vorstehendem Formulierungsvorschlag, so drohen ihnen die Unwägbarkeiten einer Anwendung der §§ 491 ff. BGB nicht. Der Neuschuldner wird dabei nämlich in keine konkrete Darlehensverbindlichkeit gezwungen. Er muss nur eine Befreiung des Altschuldners aus dessen Haftung bewirken, ohne hierbei an das bisherige oder irgendein Kreditinstitut oder gar an ein bestimmtes Darlehensverhältnis gebunden zu sein. Er befindet sich in einer ähnlichen Situation wie derjenige, der eine Zahlungspflicht eingeht, von der feststeht, dass er sie nur durch Aufnahme eines Bankkredits begleichen kann. Wer bereits wegen dieses Zusammenhangs die §§ 491 ff. BGB anwenden möchte, müsste jedes durch Bankkredit finanzierte Rechtsgeschäft eines Verbrauchers den §§ 491 ff. BGB unterwerfen – ein offensichtlich absurdes Ergebnis.

Selbstverständlich kann der Neuschuldner seine Pflicht, den Altschuldner freizustellen, auch mittels einer zwischen dem Neuschuldner und der Bank gemäß § 414 BGB vereinbarten befreienden Schuldübernahme erfüllen. Den Altschuldner braucht dies nicht zu ängstigen. Hierbei wird nämlich die Bank von sich aus alle in den §§ 491 ff. BGB vorgeschriebenen Informationen und Belehrungen erteilen¹³. Sollte ihr bei diesem Routinevorgang ein Fehler unterlaufen, so darf der Altschuldner gleichwohl auf ihre Bestätigung vertrauen, dass seine Haftung erloschen ist.

5. Schuldübernahme und Freistellungspflicht bei Kaufverträgen

Bei Kaufverträgen spielt die Schuldübernahme eine geringere Rolle. Wenn die Beteiligten im Vorfeld eines Kaufvertrags von Schuldübernahme sprechen, meinen sie damit häufig nur die Weiterverwendung einer eingetragenen Grundschuld zur Absicherung der Kaufpreisdarlehen des Käufers¹⁴, dagegen keine Übernahme einer bisherigen Darlehensschuld. Die Übernahme einer Darlehensschuld entspricht den Interessen der Beteiligten eher selten:

a) Sind die *Zinsen* seit Abschluss des ursprünglichen Kreditvertrages *gefallen*, so hat der Käufer kein Interesse, das Darlehen mit einem höheren als dem bei Kaufvertragsabschluss marktüblichen Zins zu übernehmen. Findet er sich

dennoch dazu bereit, so zahlt er in Form höherer Zinsen zusätzlich zum Kaufpreis ungefähr den Betrag, den der Verkäufer ansonsten als Vorfälligkeitsentschädigung entrichten müsste. Hinter der Übernahme des zinsungünstigen Darlehens verbirgt sich wirtschaftlich eine Erhöhung des Kaufpreises. Sollte der Käufer sich dazu bereitfinden, so kann es dem Verkäufer gleichgültig sein, ob er mit oder ohne Aufrechterhaltung des alten Darlehensvertrags aus seiner Schuld entlassen wird. Eine *Freistellungspflicht genügt* dann den Interessen der Beteiligten und schützt diese besser vor den Gefahren der §§ 491 ff. BGB als eine gemäß § 415 BGB vereinbarte befreiende Schuldübernahme. Dasselbe gilt, wenn die marktüblichen Zinsen seit Abschluss des ursprünglichen Kreditvertrages (nahezu) unverändert geblieben sind.

b) Falls seit Abschluss des ursprünglichen Kreditvertrages die *Zinsen gestiegen* sind, hat die Bank im Gegensatz zum Käufer kein Interesse an der Aufrechterhaltung des alten Darlehensverhältnisses durch Schuldübernahme. Wirtschaftlich verkörpert in dieser Situation die Schuldübernahme eine Kaufpreismäßigung. Die Bank wird hierbei mitwirken, wenn sie den Verkauf fördern und/oder die Beziehungen zum Käufer pflegen möchte. Um sich den günstigen Zins zu sichern, muss der Käufer auf einer Fortführung des bisherigen Darlehensverhältnisses, also auf einer befreienden Schuldübernahme, bestehen. Mit einer bloßen Freistellungspflicht wäre seinem Interesse, das bisherige Darlehen aufrechtzuerhalten, nicht hinreichend Rechnung getragen. In diesem Fall führt also an der Schuldübernahme kein Weg vorbei. Die derzeit noch nicht zuverlässig ausschließbare Geltung der §§ 491 ff. BGB könnte dabei die Wirksamkeit des gesamten Vertrages gefährden. Deshalb sollten bei einer solchen Schuldübernahme vorsichtshalber die Informationspflichten gemäß § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB erfüllt werden. Dieser Rat lässt sich allerdings in die Praxis nur umsetzen, falls das Kreditinstitut die dazu nötigen Angaben liefert und die Zeit ausreicht, um diese in den Grundstückskaufvertrag aufzunehmen.

Im Übrigen wird die Umschreibung des Eigentums auf den Käufer in der Regel davon abhängen, dass die – auf welche Weise auch immer herbeigeführte – Schuldbefreiung des Verkäufers nachgewiesen ist.

6. Ergebnis

Das Ziel, den Altschuldner von seiner (Mit-)Haftung zu befreien, kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden. Die Auswahl des Weges kann grundsätzlich dem Neuschuldner und seiner Bank überlassen bleiben. Die Erfolgskontrolle, ob die Freistellung des Altschuldners gelungen ist, sollte aber nicht auf den späten Zeitpunkt der Endfälligkeit der Schuld hinausgeschoben werden. Eine Freistellungspflicht gemäß Abschnitt 2 berücksichtigt diese Interessen der Beteiligten grundsätzlich besser als eine befreiende Schuldübernahme. Hinzu kommt, dass die befreiende Schuldübernahme dem Restrisiko einer Anwendung der §§ 491 ff. BGB ausgesetzt ist, die Freistellungspflicht dagegen nicht. Eine Schuldübernahme lässt sich allerdings schwerlich vermeiden in dem eher seltenen Fall, dass dem Käufer trotz gestiegener Kreditzinsen ein zinsgünstiges früheres Darlehen des Verkäufers belassen werden soll. Wenn der Käufer den Kaufvertrag vor diesem Hintergrund als Verbraucher schließt (§§ 13, 491 Abs. 1 BGB), sollten dabei einstweilen die Anforderungen des § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB erfüllt werden, bis die Unanwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB auf die befreiende Schuldübernahme endgültig geklärt ist.

¹² Zu den damit verbundenen Schwierigkeiten vgl. *J. Mayer* a.a.O., Rdnr. 387.

¹³ Vgl. *J. Mayer* a.a.O., Rdnr. 395.

¹⁴ Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/*Brambring*, A I Rdnr. 344.

Aktuelle gesetzliche Änderungen beim Sozialleistungsregress

Von Notar *Dr. Hans-Frieder Krauß*, Hof

Die aktuelle Rechtsprechung im Bereich des Sozialleistungsregresses ist dadurch gekennzeichnet, dass die Rückgriffsmöglichkeiten des Staates erweitert und der Spielraum vertraglicher Gestaltungsfreiheit eingeschränkt werden. Der Gesetzgeber hat sich dieser profiskalischen Tendenz der Rechtsprechung an mehreren Stellen entgegen gestellt. Gegenstand dieses kurzen Beitrags sind die beiden für die notarielle Praxis wichtigsten Bestimmungen, deren Kenntnis im Einzelfall übertriebene Regresssorgen der Beteiligten dämpfen und unangebrachte kautelarjuristische Bemühungen vermeiden mag.

A. Tendenz der Rechtsprechung: Regressverschärfung

Die aktuelle Rechtsprechung, insbesondere des Jahres 2001, ist gekennzeichnet durch Entscheidungen, die im Interesse erweiterter Rückgriffs bei Inanspruchnahme nachrangiger (steuerfinanzierter) Sozialleistungen den Spielraum vertraglicher Gestaltungsfreiheit zunehmend einschränken. Erinnerung sei beispielsweise

1. an das Urteil des BGH vom 25.4.2001, X ZR 229/99¹, das die Sonderstellung des § 528 BGB als regresssichernde Norm weiterausgebaut hat: War bereits zuvor im Verhältnis zum Sozialhilfeträger die persönliche Wahlfreiheit des Schenkers, ob er den Anspruch geltend machen möchte oder nicht, ohnehin nicht geschützt (vgl. § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG), entfällt das Erfordernis der „persönlichen Geltendmachung“ (Leistungsaufforderung) nunmehr auch dann, wenn der Schenker unterhaltssichernde Leistungen privater Dritter (etwa von Geschwistern oder – wie im Sachverhalt des BGH – eines privaten Pflegeheims) in Anspruch nimmt. Bereits im Abschluss des Pflegeheimvertrags (selbst in Kenntnis der eigenen finanziellen Unfähigkeit, die in Anspruch genommenen Leistungen zu begleichen) liege die „Geltendmachung“ der Rückforderung, so dass aufgrund der damit eintretenden Zweckänderung (Ausgleich der privaten Vorleistung des Dritten) der Anspruch auch nach dem Tod des verarmten Schenkers und damit dem Wegfall des Notbedarfs noch geltend machen kann, selbst wenn der Beschenkte den Schenker beerbt (Immunität gegenüber Konfusion)². Ein Sachverhalt, der also noch vor kurzem als aussichtsloses und verspätetes Inkassoverfahren zu qualifizieren gewesen wäre, nimmt über § 528 BGB demnach eine überraschende Wendung und verpflichtet den vor weniger als zehn Jahren Beschenkten zur nachträglichen Begleichung der offenen Heimkosten!

2. Das VG Gießen hat im Beschluss vom 29.11.1999 – 6 G 2321/99 –³ die Ansicht vertreten, die Ausübung eines vertraglichen Rückforderungsrechts, wie sie bei Grundstücksübertragungen in vorweggenommener Erbfolge sehr häufig anzutreffen ist, verstoße gegen die guten Sitten, wenn sie dazu diene, die Beleihung des überlassenen Grundstücks zur Absicherung darlehenshalber gewährter Sozialhilfe (§ 89 BSHG) zu ver-

eiteln. Damit würde der schuldrechtliche Schutz übertragenen Vermögens vor einem Gläubigerzugriff im Verhältnis zum Sozialhilfeträger keine Wirkung mehr entfalten, so dass die erbrechtliche Gestaltungsalternative (das „Behindertentestament“ ist durch OVG Bautzen⁴ bekanntlich mittlerweile auch sozialhilferechtlich abgesichert) an Boden gewinnt.

3. Das OLG Stuttgart hat im Beschluss vom 25.6.2001 – 8 W 494/99 – die (in der Sache wohl unzutreffende, da die Interessen des Betreuten nicht hinreichend berücksichtigende) Auffassung vertreten, die Ausschlagung eines dem Sozialhilfebeziehenden Betreuten angefallenen Erbteils durch den Betreuer verstoße gegen die guten Sitten, da sie den Zugriff des Sozialhilfeträgers vereitele; sie sei daher vormundschaftsgerichtlich nicht genehmigungsfähig. Es hat sich von dieser Einschätzung nicht dadurch abbringen lassen, dass der aufgrund der Ausschlagung Anwachsungsbegünstigte sich vertraglich als „Gegenleistung“ zu Leistungen verpflichtet hatte, welche die gesetzlichen Sozialhilfeansprüche ergänzen würden (vergleichbar den Anweisungen an den Testamentsvollstrecker beim „Behindertentestament“, das zu errichten im vorliegenden Fall versäumt worden war).

4. Schließlich hat der BGH im Urteil vom 21.9.2001 – V ZR 14/01 – in recht apodiktischer Weise eine (im Weg der Auslegung gewonnene) Vertragsregelung, wonach der Erwerber zwar die ambulanten, nicht jedoch die stationären Pflegekosten zu tragen verpflichtet sei, als unwirksamen „Vertrag zu Lasten Dritter“ (nämlich des Sozialhilfeträgers) verworfen. Dem Urteil kann weder im Ergebnis noch in der Begründung gefolgt werden: Läge bereits im Unterlassen einer Versorgungsmehrung ein „Vertrag zu Lasten des Sozialhilfeträgers“, wären künftig wirtschaftlich unausgewogene Austauschverträge, die einen der Beteiligten in den Ruin treiben, nicht mehr an den Voraussetzungen des wucherähnlichen Tatbestands zu messen, sondern wären bereits unmittelbar, da zu Lasten des Sozialhilfeträgers sich auswirkend, nichtig?! Müssten demnach künftig, wenn überhaupt Verpflichtungen im Bereich der Pflege oder personale Dienstleistungen zur Versorgung des Übergebers vereinbart werden, diese Verpflichtungen so umfassend ausgestaltet sein, dass sie auch bei stationärer Unterbringung zumindest die ersparten Kosten häuslicher Versorgung umfassen, so dass der bisher häufig vereinbarte vollständige Wegfall der Verpflichtung bei Wegzug aus dem überlassenen Anwesen nicht mehr wirksam vereinbart werden könnte?

¹ ZEV 2001, 241, mit eingehender Anmerkung *Kollhosser*, ZEV 2001, 289 ff.

² Vgl. hierzu *Krauß*, ZEV 2001, 417 ff.

³ DNotZ 2001, 784 m. Anm. *Mayer*.

⁴ MittBayNot 1998, 127 m. Anm. *Krauß*.

B. Gegenläufige Tendenz des Gesetzgebers

An mehreren Stellen hat sich der Gesetzgeber der oben kurz skizzierten profiskalischen Tendenz der Rechtsprechung im Bereich des Sozialhilferegresses entgegen gestellt. Gegenstand dieses kurzen Beitrags sollen die beiden für die notarielle Praxis wichtigsten Bestimmungen sein, deren Kenntnis im Einzelfall übertriebene Regressorgen der Beteiligten bzw. unangebrachte kautelarische Bemühungen der Gestaltungspraxis dämpfen mag:

I. Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter (GSiG)

Dieses Sozialleistungsgesetz wurde – von der Öffentlichkeit relativ unbemerkt – als Art. 12 des Altersvermögensgesetzes verabschiedet (BGBl. I 2001, 1335 f.) und tritt am 1.1.2003 in Kraft (Art. 35 Altersvermögensgesetz). Verblüffenderweise haben damit jahrzehntelange sozialpolitische Diskussionen und mehrere parlamentarische Initiativen zu einer Grundsicherung gegen die Altersarmut als Alternative zur Sozialhilfe – nach äußerst knapper parlamentarischer Behandlung und ohne vorbereitende fachliche Diskussion – ihren Niederschlag im Sozialrecht gefunden. Die Leistungen des im Folgenden als „GSiG“ abgekürzten, mit acht Paragraphen erfrischend kurzen Gesetzes entsprechen weitgehend denen der Hilfe zum Lebensunterhalt im Rahmen des BSHG (nachstehend 2) für einen besonderen Personenkreis (nachstehend 1), allerdings mit Abweichungen hinsichtlich des Verfahrens (3) und – für die Gestaltungspraxis besonders bedeutsam – hinsichtlich des „Regresses“ (4):

1. Leistungsbezieher

Anspruchsberechtigt sind gemäß § 1 GSiG alle Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland (nicht jedoch Asylbewerber), die entweder das 65. Lebensjahr vollendet haben oder volljährig und vollwerbsgemindert gemäß § 43 Abs. 2 SGB VI sind. Bekämpft werden soll also in erster Linie die „Altersarmut“ beispielsweise von Ehegatten von Spätaussiedlern ohne eigene Rentenansprüche oder von ehemals langfristig selbstständigen Personen, deren Altersabsicherung (in Gestalt einer Kapitallebensversicherung oder privaten Rentenversicherung) wegen Insolvenz oder infolge Gläubigerzugriffs vernichtet wurde. Schließlich sollen alle Rentenbezieher, deren Sozialrente unter dem Grundbetrag nach § 81 Abs. 1 BSHG liegt (derzeit also ca. 810 Euro zuzüglich Wohnkosten und ggf. Familienzuschlägen), durch die Rentenversicherungsträger unaufgefordert ein Antragsformular auf GSiG-Leistungen erhalten (§ 5 Abs. Satz 3 GSiG).

Gemäß § 2 Abs. 3 a. E. GSiG scheiden jedoch Ansprüche dann aus, wenn der Antragsteller „in den letzten zehn Jahren seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat“. Die amtliche Begründung⁵ subsumiert hierunter Personen, die „ihr Vermögen verschleudert oder dieses ohne Rücksicht auf die Notwendigkeit der Bildung von Rücklagen für das Alter verschenkt haben“. Die Notwendigkeit dieser in den Materialien nicht näher begründeten Leistungsausnahme erschließt sich nicht unmittelbar, gewährt doch das Gesetz in solchen Fällen ohnehin bereits einen Rückforderungsanspruch (§ 528 BGB), der wegen der zeitabschnittsweise eintretenden Verarmung und (bei Grundstücksübertragungen)

der Unteilbarkeit des zugewendeten Gegenstands auf monatliche Zahlung in Geld gerichtet ist, jedoch keinen Unterhaltsanspruch darstellt, sondern Bestandteil des Vermögens des Anspruchstellers ist. Da dieser Vermögensgegenstand nicht unter die Schonvermögenstatbestände des § 88 Abs. 2 BSHG fällt (auf §§ 76 bis 88 BSHG wird in § 3 Abs. 2 GSiG pauschal verwiesen), stellt er einzusetzendes Vermögen dar, so dass der Antragsteller in der Lage ist, den Lebensunterhalt aus eigenem Einkommen und Vermögen zu beschaffen, und demnach schon nach § 2 Abs. 1 GSiG vom Bezug der Grundsicherung ausgeschlossen ist. Unter § 2 Abs. 3 a. E. GSiG können somit allenfalls solche Übertragungssachverhalte fallen, in denen ein Rückforderungsanspruch wegen vollständiger Entreicherung im Stadium der Gutgläubigkeit (§ 818 Abs. 3 BGB) ausscheidet und in denen zugleich (angesichts des vom Gesetz zusätzlich geforderten Merkmals der groben Fahrlässigkeit bzw. des Vorsatzes) dem Veräußerer ein extrem leichtfertiger Umgang mit seinen Vermögensreserven vorgeworfen werden kann.

Die beitragsunabhängige, bedarfsorientierte Grundsicherung wird gemäß § 2 Abs. 1 GSiG solchen Antragsberechtigten gewährt, die ihren Lebensunterhalt nicht aus ihrem Einkommen und Vermögen beschaffen können, wobei (wie in §§ 11, 28, 122 BSHG) das Einkommen und Vermögen des nicht getrennt lebenden Ehegatten und des Partners in einer ehelichen Gemeinschaft mit zu berücksichtigen ist, soweit es den „Eigenbedarf“ (der identisch ist mit den nachstehend unter 2. erläuterten Grundsicherungsleistungen des § 3 Abs. 1 GSiG) übersteigt. Da die GSiG-Leistungen den rentenartigen Bezügen der Hilfe zum Lebensunterhalt (HLU) im Bereich des BSHG nachgebildet sind, dürfte die besondere oder gesteigert erhöhte Einkommensgrenze der §§ 79, 81 BSHG keine Anwendung finden, es sei denn, der Anspruchsteller bezieht daneben Hilfe in besonderen Lebenslagen (z. B. Hilfe zur Pflege) nach dem BSHG. Außerhalb dieses besonderen Bezieherkreises existiert aber weder nach dem BSHG noch nach dem darauf verweisenden GSiG „Schoneinkommen“, so dass jeder Euro verfügbaren Einkommens bedarfsmindernd anzurechnen ist. Hinsichtlich des Schonvermögens gelten unmittelbar die in Bezug genommenen Alternativen des § 88 Abs. 1 („unverwertbar“) sowie Abs. 2 BSHG (also die enumerativen Schonvermögenstatbestände, insbesondere das angemessene Hausgrundstück). Die pauschale Verweisung auf die §§ 76 bis 88 BSHG in § 3 Abs. 2 GSiG ist sachgerecht, weil es sich bei der dort erläuterten Ermittlung von Einkommen und Vermögen zwar um ein nicht einfaches, aber in der kommunalen Praxis bekanntes System handelt, das im Zweifelsfall in Rechtsprechung und Literatur weitgehend geklärt ist.

2. Leistungsansprüche

Die bedarfsorientierte Grundsicherung umfasst gemäß § 3 Abs. 1 GSiG Geldleistungen in folgender Höhe:

- 115 % des Regelsatzes eines Haushaltsvorstands nach dem BSHG (das sind in Bayern regional unterschiedlich derzeit zirka 115 % von 280 Euro); die 15 %ige Pauschalhöhung soll anfallenden einmaligen Bedarf abgelten
- die Kosten für Unterkunft und Heizung, soweit sie angemessen sind. Ist der Anspruchsteller dauernd stationär untergebracht (beispielsweise in einem Pflege- oder Altenheim), werden nicht die sogenannten „Hotelkosten“ des Heimes (also die pflegeunabhängige Grundvergütung) gewährt, sondern nur die durchschnittliche angemessene Warmmiete eines Einpersonenhaushalts am Aufenthaltsort, die natürlich weit geringer ist.

⁵ BT-Drucks. 14/5150, S. 48 ff.

- Versicherungsbeiträge für Kranken- und Pflegeversicherung
- Mehrbedarf von 20 % des Haushaltsregelsatzes für Schwerbehinderte mit Merkzeichen „G“ (Gehbehinderung).

Nicht umfasst vom Leistungskatalog des GSiG sind also insbesondere die tatsächlichen Unterbringungskosten in Alten- oder Pflegeheimen sowie die pflegebedingten Mehraufwendungen, wobei für letztere allerdings das Pflegeversicherungsgesetz eine ebenfalls regressfreie Grundabsicherung gewährt.

Aufgrund dieser Beschränkung auf der Leistungsseite wird es auch künftig bei betagten Personen häufig weiterhin zu Kombinationen von Grundsicherung und Sozialhilfe kommen, etwa bei der Hilfe zur Pflege zur Übernahme der Kosten solcher Pflegeeinsätze, die durch die Pflegesachleistung nicht mehr abgedeckt sind, bei der Krankenhilfe nach dem BSHG für solche Personen, die keine Krankenversicherung haben (die GSiG-Leistung betrifft nur die Versicherungsbeiträge für bestehende Versicherungen!), ferner dann, wenn bei Ehepartnern der eine noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat (Sozialhilfe), der andere als über 65-Jähriger jedoch Grundsicherungsleistungen bezieht.

3. Verfahren

Ist auch das GSiG auf der Leistungsseite weitgehend den HLU-Ansprüchen im Rahmen des Bundessozialhilfegesetzes angenähert, soll die Gewährung der Hilfe möglichst wenig an die Sozialhilfe erinnern, um jeden „Makel“ vom begünstigten Personenkreis abzuwenden. Es werden daher zur Umsetzung der sozialen Grundsicherung (für einen zahlenmäßig eher begrenzten Personenkreis!) neue bürokratische Strukturen aufgebaut in Gestalt der sogenannten „Ämter für Grundsicherung“, die ab 2003 bei den Landkreisen und kreisfreien Städten angesiedelt sein werden. Ab dem nächsten Jahr werden daher für Senioren unter Umständen vier Ämter nebeneinander zuständig sein: die Grundsicherungsämter, die Rentenversicherungsträger, Sozialhilfestellen und die Pflegeversicherung! Bei allem Bemühen um eine Abgrenzung zur Sozialhilfe erscheint nicht recht nachvollziehbar, weshalb nicht eine Lockerung der Regressbestimmungen (insbesondere des § 91 BSHG) für den begünstigten Personenkreis dasselbe Ziel erreicht hätte, ohne hierfür Parallelstrukturen aufbauen zu müssen.

4. „Regress“

§ 3 Abs. 2 GSiG verweist lediglich auf die §§ 76 bis 88 BSHG, also die Bestimmungen zur Ermittlung von Einkommen und Vermögen und zu den Schontatbeständen. Nicht in die Verweisung aufgenommen sind die sozialhilferechtlichen Regressnormen, insbesondere also die §§ 90, 91 und 92c BSHG.

Dies bedeutet im Einzelnen:

- a) Eine Inanspruchnahme der Erben für die dem Verstorbenen gewährte Grundsicherung (wie sie § 92 c BSHG in begrenztem Umfang für dem Verstorbenen gewährte Sozialhilfe ermöglicht) droht nicht. Die Grundsicherung ist eine dauerhafte Beihilfe, die nicht mit dem Ableben des Hilfeempfängers den Charakter eines zinslosen Darlehens erhält.
- b) Soweit jedoch der Anspruchsteller über Ansprüche verfügt, die ihm Einkommen oder Vermögen verschaffen (beispielsweise also den Anspruch auf Rückforderung wegen Verarmung gemäß § 528 BGB), scheidet er aus dem Kreis der

anspruchsberechtigten Personen aus, weil er im Sinn des § 2 Abs. 1 GSiG imstande ist, sich seinen Lebensunterhalt aus eigenem Einkommen und Vermögen zu beschaffen. Das Grundsicherungsamt hat (mangels einer § 90 BSHG entsprechenden Überleitungsmöglichkeit) keine Handhabe, solche Ansprüche auf sich zur eigenen Geltendmachung überzuleiten, falls der eigentliche Anspruchsinhaber ihn nicht weiter verfolgt oder bei der Verfolgung erfolglos bleibt. Der weiterhin bedürftige Hilfeempfänger ist also darauf verwiesen, in diesem Fall gleichwohl zur Überbrückung der Notlage Sozialhilfe zu beziehen mit der Folge, dass der Sozialhilfetragender an sich gegebene Subsidiarität seiner Leistung nachträglich dadurch wieder herstellt, dass er gemäß § 90 BSHG den Anspruch auf sich überleitet und durchsetzt.

c) Unterhaltsansprüche gegen gesetzlich unterhaltsverpflichtete Personen (beispielsweise Eltern oder Abkömmlinge) gehen zwar (mangels einer § 91 BSHG entsprechenden Norm) nicht kraft Gesetzes oder kraft Verwaltungsaktes auf das Grundsicherungsamt über, zählen aber (ebenso wie die vorstehend b. erfassten Ansprüche) an sich zum Einkommen bzw. Vermögen des Berechtigten, würden also seine Bedürftigkeit entfallen lassen. Würde das GSiG insoweit keine Sonderregelung treffen, wäre die entscheidende sozialpolitische Zielstellung, betagten Personen den Weg zur Inanspruchnahme staatlicher Hilfe zu erleichtern, weil sie keinen Regress gegen ihre Kinder befürchten müssen, verfehlt. Aus diesem Grund erfährt die Inanspruchnahme unterhaltspflichtiger Personen bei der Gewährung von Leistungen nach GSiG eine außerordentliche Privilegierung: Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 GSiG zählen Unterhaltsansprüche gegenüber Kindern bzw. Eltern nur dann zum Einkommen bzw. Vermögen des Antragsberechtigten, wenn das jährliche Gesamteinkommen gemäß § 16 SGB IV (gleichbedeutend mit der Summe der Einkünfte im Sinn des Einkommensteuerrechts) für die jeweilige Einzelperson⁶ über jährlich 100.000 Euro liegt⁷. Gemäß § 2 Abs. 2 GSiG wird (realistischerweise) vermutet, dass das Einkommen des in Betracht kommenden Unterhaltspflichtigen den Jahresbetrag von 100.000 Euro nicht überschreitet; der Grundsicherungsträger kann jedoch vom Anspruchsberechtigten Angaben über die Einkommensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen verlangen. Liegen Anhaltspunkte für ein Überschreiten vor, sind Kinder und Eltern unmittelbar gegenüber dem Grundsicherungsträger zur Offenlegung ihrer Einkommensverhältnisse (d. h. Vorlage des Einkommensteuerbescheids) verpflichtet. Maßkriterien für die Heranziehung bzw. Nichtheranziehung von Unterhaltspflichtigen ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes übrigens ausschließlich das Einkommen, nicht das Vermögen des Kindes bzw. Elternteils!

Auf das wirtschaftliche Ergebnis gekürzt, lässt sich also festhalten, dass vollständig Erwerbsgeminderte und Personen über 65 Jahre bei unzureichendem Einkommen künftig anstelle der HLU-Leistungen nach dem BSHG Grundsicherungsleistungen nach dem GSiG beziehen können. Ihren Kindern droht zwar weiterhin die Inanspruchnahme nach § 528 BGB, bei üblichen Einkommensverhältnissen jedoch keine Inanspruchnahme auf laufende Unterhaltszahlungen und in keinem Fall die Inanspruchnahme ihres sonstigen Vermögens.

⁶ Auf die trotz des insoweit undeutlichen Wortlauts „ihren Kindern und Eltern“ abzustellen ist.

⁷ Die Erstfassung des Gesetzes im Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung hatte noch eine gänzliche Nichtberücksichtigung von Unterhaltsansprüchen gegen gesetzlich verpflichtete Personen vorgesehen.

II. Erleichterungen für die Eltern behinderter volljähriger Kinder (§ 91 Abs. 2 BSHG n. F.)

§ 91 BSHG konstituiert bekanntlich den gesetzlichen Forde- rungsübergang familienrechtlicher Unterhaltsansprüche auf den „vorleistenden“ Sozialleistungsträger. Hiervon erfasst sind nur diejenigen Anspruchsteile, die sowohl die familien- rechtlichen Voraussetzungen erfüllen (erhöhter Selbstbehalt der Kinder gegenüber Eltern) als auch die Hürde der soge- nannten sozialhilferechtlichen Vergleichsberechnung nehmen, die § 91 Abs. 2 Satz 1 BSHG durch Verweisung auf die Schoneinkommensvorschriften des BSHG aufstellt (im wirt- schaftlichen Ergebnis wird also dem Unterhaltsverpflichteten auf jeden Fall die Einkommensfreistellung gewährt, die er hätte, wenn er selbst Leistungsbezieher wäre, was sich aller- dings nur bei den Leistungen der Hilfe in besonderen Lebens- lagen [HbL] auswirkt, weil das Sozialhilfegesetz für die HLU-Leistungen keine Schoneinkommensgrenze kennt.)

Schon immer hat § 91 Abs. 2 Satz 2 BSHG generalklausel- artig den Anspruchsübergang weiterhin dann ausgeschlossen, wenn dies eine „unbillige Härte“ bedeuten würde. Nach der bis 31.12.2001 geltenden Fassung lag eine solche unbillige Härte „in der Regel bei unterhaltspflichtigen Eltern vor, so- weit einem Behinderten oder Pflegebedürftigen nach Vollen- dung des 21. Lebensjahres Eingliederungshilfe für Behinderte oder Hilfe zur Pflege gewährt wird“. Die (ca. 163.000) Eltern stationär untergebrachter behinderter bzw. pflegebedürftiger Menschen mussten also bisher nur bei sehr guten Einkom- mens- und Vermögensverhältnissen damit rechnen, aufgrund ihrer bürgerlich-rechtlich bestehenden Unterhaltspflicht in Anspruch genommen zu werden, dann allerdings unter Um- ständen in einem solchen Umfang, dass die gesamten Unter- bringungs- und Betreuungskosten von ihnen zu tragen waren.

Der Gesetzgeber hat sich entschlossen, die bisherige Inan- spruchnahme weniger Eltern, wenngleich dann in hohen Beträgen, zugunsten einer gleichmäßigen Inanspruchnahme aller Eltern, allerdings zu einem niedrigen Betrag, aufzuge- ben, auch um den Eltern die regelmäßige Überprüfung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu ersparen. § 91 Abs. 2 Satz 3 BSHG bestimmt nämlich seit 1.1.2002, dass bei Kindern ab 18 Jahren, die Eingliederungshilfe oder Hilfe zur Pflege in vollstationären Einrichtungen erhalten, davon aus- zugehen sei, dass der Unterhaltsanspruch gegen „die Eltern“ in Höhe von (nach Euro-Umstellung nunmehr gesetzlich ge- glättet) 26 Euro je Monat übergehe. Dieser Betrag, der nach der Formulierung des Gesetzes von beiden Elternteilen insge- samt nur einmal gefordert werden kann⁸, begrenzt also den Unterhaltsregress unabhängig vom tatsächlichen Einkommen

und Vermögen der Eltern selbst dann, wenn diese außeror- dentlich gut gestellt sind.

Die Privilegierung ist jedoch auf den vollstationären Bereich beschränkt, umfasst also beispielsweise nicht das ambulante Betreute Wohnen, die Inanspruchnahme eines familienentlas- tenden Dienstes auf Kosten der Sozialhilfe oder andere ambu- lante Maßnahmen der Eingliederungshilfe oder der Hilfe zur Pflege. Für letztere Bereiche gilt das bisherige Recht weiter, wonach eine Unterhaltsreduzierung nur bei nachgewiesener unbilliger Härte möglich ist. Letztere hat die Verwaltung bei behinderten Personen ab dem 27. Lebensjahr bisher dann angenommen, wenn das Einkommen unter dem sechsfachen Freibetrag des § 81 BSHG lag. Auch bei vollstationärer Ver- sorgung können die Eltern bzw. der Elternteil jedoch nach neuem Recht umgekehrt von der monatlichen Entrichtung von insgesamt 26 Euro für einen bis zu 27-jährigen Behinder- ten/Pflegebedürftigen befreit werden, wenn sie belegen, dass in dieser (bereits sehr begrenzten) Inanspruchnahme eine un- billige Härte liegen würde (§ 91 Abs. 2 Satz 4 BSHG). Gemäß einer Empfehlung der Bundesarbeitsgemeinschaft der über- örtlichen Sozialhilfeträger wird hierbei die dreifache Einkom- mensgrenze des § 81 BSHG zugrunde gelegt (bei einem Ver- heirateten mit einem behinderten Kind und einer Miete von 250 Euro beträgt diese also gegenwärtig 3.943 Euro monat- lich)⁹. Wer diese Grenze unterschreitet, kann auf Antrag bis zum 27. Lebensjahr des Behinderten von der Zuzahlung des Unterhaltsbeitrags befreit werden; nach Vollendung des 27. Lebensjahres besteht jedoch in jedem Fall lebenslange Unterhaltspflicht gegenüber dem Sozialhilfeträger in Höhe von 26 Euro monatlich. Dies erscheint auch ohne weiteres hinnehmbar, erhalten die Eltern doch weiterhin Kindergeld und steuerrechtliche Freibeträge im Rahmen der außerge- wöhnlichen Belastungen.

Auf eine griffige Formel gebracht lässt sich also konstatieren, dass die Eltern pflegebedürftiger oder behinderter, vollsta- tionär untergebrachter volljähriger Kinder seit 1.1.2002 durch den Sozialhilfeträger nur mehr in Höhe von monatlich maxi- mal 26 Euro in Anspruch genommen werden können.

⁸ An anderen Stellen ist sich der Gesetzgeber des § 91 BSHG durch- aus bewusst, dass bürgerlich-rechtlich gegenüber jedem Elternteil ein eigener Unterhaltsanspruch besteht, diese also nicht den Unter- halt als Gruppe schulden (vgl. Abs. 2 Satz 2: „ein nach bürgerli- chem Recht Unterhaltspflichtiger“, Abs. 2 Satz 4: „ein Elternteil“).

⁹ Entsprechendes gilt für die Vermögensgrenze des § 88 BSHG, die nach den Empfehlungen der genannten Bundesarbeitsgemeinschaft sich derzeit auf 124.000 Euro beläuft; ist ein eigengenutztes Ein- familienhaus vorhanden, sinkt der Freibetrag auf 62.000 Euro.

Widerrufsrechte bei der Grundstücksfinanzierung

– Zugleich Besprechung von EuGH vom 13.12.2001 – Rs C-481/99 – („Heininger“) –* und BGH vom 9.4.2002 – XI ZR 91/99 –**

Von Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

Der Vorlagebeschluss des BGH¹, die Vorabentscheidung des EuGH² und Nachfolgeentscheidung wiederum des BGH³ in der Rechtssache *Heininger / Bayerische Hypo- und Vereinsbank* haben neben unzähligen Fachaufsätzen⁴ auch ein im Zivilrecht kaum gekanntes Echo in der allgemeinen Nachrichtenberichterstattung erfahren. Welches Zivilverfahren, abgesehen vielleicht von Scheidungsschlachten unter Prominentenbeteiligung, findet beispielsweise eine ausführliche Erörterung im *heute journal*? Der Autor erläutert die Entscheidungen und legt dar, welche Folgen sie für die notarielle Praxis haben.

I) Rechtliche und wirtschaftliche Ausgangssituation

Rechtsdogmatisch betrifft die Entscheidung des EuGH „lediglich“ die Anwendung des § 5 Abs. 2 HWiG (nun § 312a BGB). Die besondere Brisanz ergibt sich aus ihrer Breitenwirkung. Erstmals nämlich wird den durch „Strukturvertrieb“ (selbst-?)geschädigten Immobilienerwerbern in der Masse ein Ausstieg aus den Darlehensfinanzierungen ermöglicht⁵. Zuvor konnte der Erwerber Ansprüche gegen die Finanzierungsbank nur unter besonders krassen, von ihm zu beweisenden Umständen geltend machen⁶. Die Tatsache jedenfalls, dass dieselbe Bank sowohl als Objektfinanzierer des Initiators wie als Erwerbsfinanzierer des Käufer auftritt, führte noch nicht zu einer gesteigerten Beratungs- und Aufklärungspflicht gegenüber dem Käufer⁷.

Im Rahmen dieses Strukturvertriebes wurden regelmäßig Darlehensverträge in einer Haustürsituation oder zumindest so abgeschlossen, dass bei Vertragsabschluss die Haustürsituation noch fortwirkte⁸.

Damit kam aus Sicht des Verbrauchers zum einen der Widerruf des Darlehensvertrages nach dem HWiG (jetzt § 312 BGB) wie auch der Widerruf nach dem VerbrKrG (jetzt

§§ 491–507 BGB, insbes. § 495 Abs. 1 BGB) in Betracht. Für die Kollision beider Gesetze bestimmte § 5 Abs. 2 HWiG den Vorrang des VerbrKrG. Das Widerrufsrecht des § 7 VerbrKrG war nun aber regelmäßig durch § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausgeschlossen, denn die Darlehen waren üblicherweise durch eine Grundschuld gesichert – naheliegenderweise angesichts der Höhe der Investitionssumme; zum anderen weil der Erwerber mit der erworbenen Immobilie natürlich auch ein Beleihungsobjekt liquide zur Verfügung hatte. Obwohl also zunächst (zwei!) Widerrufsrechte einschlägig erschienen, wurde doch wegen § 5 Abs. 2 HWiG, § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG dem Erwerber letztlich keines gewährt. Gerade darum wurde bisher über die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG sehr heftig bis zum BGH gestritten, so zum Beispiel über die Frage, wann ein Darlehen als zu für Grundpfanddarlehen üblichen Bedingungen gewährt gelten konnte⁹.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses war in der Literatur schon früh angezweifelt worden¹⁰. Insbesondere hatte man auf die Vorgaben der Haustürwiderrufsrichtlinie der EU hingewiesen, die (zumindest nach ihrem Wortlaut) einen Ausnahmereich für Realkredite nicht kennt.

Zur Beseitigung dieser europarechtlichen Zweifel hatte der BGH den EuGH um Vorabentscheidung ersucht. Sein Beschluss war noch durchgehend von der Auffassung geprägt, dass die wörtliche Anwendung des § 5 Abs. 2 HWiG, damit der Ausschluss jeglichen Widerrufsrechts in der oben geschilderten Situation, europarechtlich zulässig sei¹¹. Andererseits hätte ja der BGH im Zuge der immer möglichen verbraucher-günstigeren Auslegung und Anwendung nationalen Rechts schon selbst § 5 Abs. 2 HWiG restriktiv auslegen können¹².

Nun hat der EuGH die europarechtlichen Vorgaben präzisiert und insbesondere die Aussage getroffen, dass nach den Vorgaben des Europarechts der Verbraucher das Recht haben müsse, bei einem Vertragsschluss in einer Haustürsituation den jeweiligen Vertrag zu widerrufen, auch wenn es sich um ein grundschuldgesichertes Darlehen zur Finanzierung eines Grundstückserwerbs handeln sollte. Dieses Judikat veranlasste im nationalen deutschen Recht eine rasante Entwicklung. Einerseits hat der BGH, der vorher eine wörtliche An-

* In diesem Heft S. 276.

** In diesem Heft S. 280.

¹ BGH ZfIR 2000, 92; dazu *Habersack* WM 2000, 981.

² EuGH v. 13.12.2001 – Rs C-481/99 –, MittBayNot 2002, S. 276 (in diesem Heft) = ZfIR 2002, 15 (mit Anm. *Fischer*) = EuZW 2002, 84 (mit Anm. *Reich/Rörig*).

³ BGH v. 9.4.2002, ZfIR 2002, 434 = ZIP 2002, 1075 (mit Anm. *Ulmer*) = MittBayNot 2002, S. 280 (in diesem Heft).

⁴ *Habersack/Mayer*, WM 2002, 253; *Hoffmann*, ZIP 2002, 145; *ders.*, ZIP 2002, 1066; *Staudinger* NJW 2002, 653; *Fischer*, ZfIR 2002, 19; *Sauer* BB 2002, 431; *Dörrie*, ZfIR 2002, 89, 94; *Fritz*, ZfIR 2002, 529. Aus der Rspr. der Instanzgerichte z.B. OLG Bamberg EWIR 2002, 525.

⁵ Wegen dieser Breitenwirkung hatte die beklagte Bank sich vor dem EuGH auf zu gewährenden Vertrauensschutz berufen. Der EuGH wies aber ihren Prozessvortrag als zu unsubstanziiert zurück, siehe Tz. 53 des Urteils.

⁶ BGH WM 1988, 581; BGH ZfIR 2000, 700 (mit Anm. *Sauer*); v. *Heymann* NJW 1999, 1577; *ders.*, BB 2000, 1149; *Bruchner*, WM 1999, 825; *Frisch*, ZfIR 2001, 873, 880.

⁷ v. *Heymann*, NJW 1999, 1577, 1583 m.w.N. in Fn. 176; *ders.*, BB 2000, 1149, 1152 bei Fn. 96.

⁸ Zum Kausalzusammenhang zwischen Haustürsituation und Vertragsschluss (und zur Durchbrechung des Kausalzusammenhangs durch Zeitablauf) siehe BGH NJW 1996, 926; OLG Stuttgart ZfIR 2000, 102; *Löwe* BB 1986, 324; *Staudinger/Werner*, BGB, Bearb. 2001, § 1 HWiG Rdnrn. 70, 71.

⁹ BGH NJW 2000, 2352; NJW 2001, 509; *Bülow* WM 2001, 2225.

¹⁰ Etwa *Stüsser* NJW 1999, 1586, 1589; *Hoffmann* ZIP 1999, 1586, 1587; *Staudinger/Werner* (Fn. 8), § 5 HWiG Rdnr. 24.

¹¹ Zustimmend *Habersack* WM 2000, 981.

¹² Vgl. Art. 8 Haustürwiderrufsrichtlinie (Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen): Diese gewährt nur Mindeststandards.

wendung des § 5 Abs. 2 HWiG favorisierte, sich nunmehr zu einer einschränkenden Interpretation dieser Norm durchgerungen und damit kraft Richterrechts das Urteil des EuGH umgesetzt. Zum anderen hat auch der Gesetzgeber, der zuvor im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes die früheren §§ 5 Abs. 2 HWiG, 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG inhaltlich unangetastet ließ, eingegriffen. Jedenfalls ab 2004 soll bei jedem Immobiliendarlehen ein Widerrufsrecht bestehen; dies geschieht durch Streichung des bisherigen § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB / § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG, d. h. also durch teilweise Abschaffung der Privilegierung für grundschuldgesicherte Darlehen¹³. Über die unmittelbare Umsetzung der Entscheidung des EuGH hinaus ist aber der Gesetzgeber die Aufarbeitung des Strukturvertriebs schlechthin angegangen, indem er die Grundsätze zum verbundenen Geschäft bei Immobilienerwerben neu geordnet und das Beurkundungsverfahren verschärft hat¹⁴.

II) Folgerungen aus *Travel Vac* und *Heininger*

Überraschend kommt das Urteil des EuGH nur deswegen, weil die rechtlich parallel gelagerte Entscheidung des EuGH in Sachen *Travel Vac*¹⁵ nicht die Aufmerksamkeit erfuhr, die ihr eigentlich gebührt hätte:

Im September 1996 hatte ein spanischer Erwerber, Herr A. *Sanchis*¹⁶, von der Firma *Travel Vac* in einer Haustürsituation ein Teilungsnutzungsrecht erworben. Seinerzeit hatte Spanien zwar die Haustürwiderrufsrichtlinie¹⁷ umgesetzt, nicht aber die Time-Sharing-Richtlinie¹⁸, deren Umsetzungsfrist auch noch nicht abgelaufen war.

Später dann hatte der Erwerber den Vertragsschluss widerrufen. Über ein Widerrufsrecht war er nicht belehrt worden. Demgegenüber bestand *Travel Vac* auf Zahlung. Sie hielt das spanische HWiG auf den Vertrag für unanwendbar, weil schon jetzt das kommende spanische Gesetz zur Umsetzung der Time-Sharing-Richtlinie als *lex specialis* die Anwendung des HWiG sperre.

Nun mutet es eigenartig an, den *Lex-specialis*-Vorrang schon dann zu gewähren, wenn das mutmaßlich speziellere Gesetz noch gar nicht erlassen, sondern erst im Gesetzgebungsverfahren begriffen ist – eine Überlegung, die auch GA *Alber* in seinem Schlussantrag anstellte¹⁹. In der Deduktion des EuGH hingegen spielt dieses Argument keine Rolle. Er geht von einer – strafrechtlich gesprochen – Idealkonkurrenz beider Widerrufsrechte aus, weil es sich bei der Haustürwiderrufsrichtlinie um die Gewährung eines situationsspezifischen

Widerrufsrechts, bei der Time-Sharing-Richtlinie hingegen um die Gewährung eines produktspezifischen Widerrufsrechts handele. In welchem Umfang Spanien die Time-Sharing-Richtlinie umgesetzt hatte, war somit belanglos²⁰.

Die Anordnung anderweitiger *leges speciales* durch § 5 Abs. 2 HWiG stand folglich schon seit *Travel Vac* auf tönernen Füßen²¹.

Insgesamt muss man aus den Entscheidungen *Travel Vac* und *Heininger* daher die verallgemeinerungsfähigen Aussagen ziehen, dass

- a) die Widerrufsrechte der verbraucherschützenden Richtlinien der EU in Idealkonkurrenz zueinander stehen, sofern nicht das Europarecht selbst ausdrücklich eine Vorrangbestimmung trifft (was derzeit nicht der Fall ist);
- b) das Europarecht eine Anwendung des nationalen Rechts (bzw. den Erlass nationalen Rechts) gebietet, wonach auch im nationalen Recht diese Widerrufsmöglichkeiten idealkonkurrierend nebeneinander stehen.

III) Anforderungen an das deutsche Recht

Angesichts dieser europarechtlichen Vorgaben greift die Gesetzgebungs-Novelle zur Umsetzung der Vorgaben des EuGH zu kurz²². Anstatt Idealkonkurrenz herzustellen, hält der deutsche Gesetzgeber weiter an § 312 a BGB (n. F.)²³ fest und ergänzt diesen sogar durch einen neuen § 312 d Abs. 5 BGB²⁴, weil eine solche Abgrenzung der systematischen Klarheit diene²⁵. In Kollisionsfällen muss daher auch künftig mit einem Verstoß gegen die Vorgaben des Europarechts gerechnet werden.

IV) Die richtlinienkonforme Auslegung nach *Heininger*

Die Entscheidung des EuGH, bzw. deren Umsetzung im nationalen Recht, wirft eine weitere rechtsdogmatisch interessante Frage auf: Wie weit geht nämlich die Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes? Nach Auffassung des EuGH muss das nationale Recht richtlinienkonform ausgelegt werden, dies aber nur in dem Auslegungsspielraum, den das nationale Recht selbst zur Verfügung stellt. Daher muss der BGH in seiner Folgeentscheidung²⁶ aufwändige Argumentationsarbeit leisten, um gegen den klaren Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG einen Interpretationsspielraum zu finden, der eine unmittelbare Umsetzung des EuGH-Urteils im Wege richtlinienkonformer Auslegung zulässt. Instanzgerichtliche Rechtsprechung zeigt demgegenüber, dass man über eine

¹³ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten, ZfIR 2002, 500 = ZIP 2002, 1103 (mit Einführung *Schmidt-Räntsch*, S. 1100). Weiter soll die Koppelung von Widerruf und Darlehensrückzahlung (§ 495 Abs. 2 BGB) entfallen.

¹⁴ Wegen der letzten Änderung sei verwiesen auf den Aufsatz von *Schmucker*, DNotZ 2002, 510.

¹⁵ Rs C-423/1997 v. 22.4.1999, EuZW 1999, 377; vgl. *Reich/Rörig*, Anm. zu EuGH EuZW 2002, 84, 87.

¹⁶ Beruhigend immerhin, dass nicht nur Deutsche von Time-Sharing-Vertreibern geneppt werden.

¹⁷ Fn. 12.

¹⁸ Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien.

¹⁹ Schlussantrag vom 26.11.1998, Rdnr. 24 – veröffentlicht bei EuGH Slg 1999 I – 2195.

²⁰ Die Einordnung von Haustürwiderrufsrichtlinie als situationspezifischer Regelung und Verbraucherkreditrichtlinie als produktspezifischer Regelung findet sich dann auch in den Aussagen des EuGH zur Einordnung der Bürgschaft. Diese kann der Haustürwiderrufsrichtlinie unterfallen (EuGH NJW 1998, 1295), nicht aber der Verbraucherkreditrichtlinie (EuGH NJW 2000, 1323).

²¹ Weiterhin am Grundsatz der Subsidiarität des HWiG festhaltend aber *Staudinger/Werner* (Fn. 8), § 5 HWiG Rdnr. 22.

²² So auch *Pfeiffer*, Editorial NJW 26/2002.

²³ Bzw. früher § 5 Abs. 2 HWiG.

²⁴ Zur Regelung der Kollision von Fernabsatzgeschäft und Verbraucherkreditgeschäft. Ganz abgesehen davon sollte der Vorrang nicht dem – europarechtlich gar nicht gebotenen – Widerruf wegen Kreditgewährung, sondern dem – europarechtlich geforderten – Widerruf wegen Fernabsatzgeschäftes gebühren!

²⁵ Wiedergabe der Begründung in ZfIR 2002, 500.

²⁶ ZfIR 2002, 434 = in diesem Heft S. 280.

solche Auslegungsfähigkeit des § 5 Abs. 2 HWiG durchaus geteilter Meinung sein kann²⁷.

Richtig dürfte sein, schon den Ausgangspunkt der gesamten Argumentation in Frage zu stellen, nämlich das Dogma, wonach auch im Zivilrecht der Wortlaut der Norm die Grenze jeder Auslegungsfähigkeit bilde. Es handelt sich hierbei um einen der Topoi aus der juristischen Schatzkiste, die je nachdem mal gerne geöffnet wird, mal gerne verschlossen bleibt – letzteres (zu Recht) immer dann, wenn übergeordnete Gesichtspunkte wie Stimmigkeit des Gesamtsystems²⁸, die Durchsetzung des historischen Willens des Gesetzgebers²⁹ oder der Vorrang höherrangiger Rechtsnormen ein Abgehen vom Wortlaut gebieten. Nur sollte sich die Rechtsprechung hierzu bekennen.

V) Folgerungen für die notarielle Praxis

§§ 5 Abs. 2 HWiG, 312a BGB, damit auch die Vorabentscheidung des EuGH, betreffen das Darlehen, nicht aber die in der

²⁷ OLG Bamberg EWIR 2002, 525; LG Bonn ZIP 2002, 981 zur Auslegung des § 2 Abs. 4 HWiG a. F.; weitere Nachweise bei BGH ZfIR 2002, 434, 437 I. Sp. = in diesem Heft S. 281 I. Sp. Ablehnend zur Rspr. des BGH äußern sich Pap/Sauer, ZfIR 2002, 523.

²⁸ BGH NJW 1981, 1373 (zum Verhältnis von Vor-GmbH/AG zu eingetragener GmbH/AG) lässt von § 41 Abs. 2 AktG, BGH NJW 2001, 1056 (zur Parteifähigkeit der GbR) von § 736 ZPO nichts übrig.

²⁹ Gleichbedeutend mit der Durchsetzung des Demokratieprinzips, siehe Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 649.

notariellen Urkunde niedergelegten kreditsichernden Ansprüche aus Grundschuld und Schuldanerkenntnis. Die eingangs zitierten Judikate, ebenso deren Umsetzung durch den Gesetzgeber, wirken sich auf die notarielle Tätigkeit nicht unmittelbar aus. Allerdings verändern Erschwerungen der Immobilienfinanzierung natürlich das Umfeld der Immobilientransaktionen. Künftig wird auch bei einer Kreditsicherung durch eine Grundschuld jedes Darlehen vierzehn Tage lang widerruflich sein. Dies wirft beispielsweise die Frage auf, wie der zögerliche Grundstückserwerber, der seine Finanzierung erst nach Zugang der notariellen Fälligkeitsmitteilung angeht, rechtzeitig zu seinem Geld kommt: Aus Sicht der Banken liegt es immerhin nahe, vor einer Kreditauszahlung den Ablauf der Widerrufsfrist abzuwarten, zumal ab 1.7.2004 die Möglichkeit des Widerrufs nicht mehr an die Rückzahlung des Darlehens gekoppelt ist. Natürlich fällt die Finanzierungsberatung nicht in die Verantwortlichkeit des Notars. Ein Hinweis auf die gesetzlich verordnete Zwangspause von 14 Tagen erscheint mir dennoch empfehlenswert³⁰.

Wegen der Neuregelung des Rechts der verbundenen (Grundstücks-)Geschäfte muss schließlich damit gerechnet werden, dass die Banken sich bei der Bauträgerfinanzierung weiter zurückhalten, um nicht noch stärker in die Gewährleistungstreitigkeiten hineingezogen zu werden, als es (beispielsweise über § 7-MaBV-Bürgschaften) ohnehin schon der Fall ist³¹.

³⁰ Kritisch zu alldem Volmer, ZfIR 2002, 511.

³¹ Vgl. die Interpretation der Bürgschaft in BGH v. 2.5.2002, ZfIR 2002, 536.

Neuestes zum Bürgschaftsinhalt nach § 7 MaBV – Zugleich Anmerkung zum Vorlagebeschluss des BGH an den EuGH vom 2.5.2002 – VII ZR 178/01¹

Von Notar Dr. Hans-Joachim Vollrath, München

Der VII. Senat des BGH hat in einem Vorlagebeschluss an den EuGH unter dem Gesichtspunkt der missbräuchlichen Vertragsgestaltung grundsätzliche Fragen zum Leistungsaustausch im Bauträgervertrag thematisiert. Er hat gefragt, ob der Erwerber im Bauträgervertrag unter bestimmten Umständen zur Leistung des Kaufpreises vor Erbringen der Bauleistung verpflichtet werden kann. Der VII. Senat hat außerdem gefragt, welchen Inhalt eine Bürgschaft des Bauträgers (in den Fällen der Vorleistung) haben muss. Er ist dabei über die bisherigen Annahmen des für das Bürgschaftsrecht zuständigen IX. Senats hinausgegangen.

Bei einer flüchtigen Lektüre des Urteils könnte man den Eindruck gewinnen, als wolle der BGH künftig Vorausleistungen im Bauträgervertrag die Tür öffnen und gleichzeitig den Sicherungsumfang der nach § 7 MaBV zu stellenden Bürgschaften generell auf das Niveau einer Gewährleistungsbürgschaft anheben. Beides ist unzutreffend.

Für den Notar knüpfen sich an den Vorlagebeschluss drei Fragen:

- Ist das Äquivalenzprinzip des Bauträgervertrages, d.h. der gleichmäßige Fortschritt des Baus und der zu leistenden Abschlagszahlungen zwingender Gestaltungsgrundsatz? Sollen künftig Ausnahmen (wieder) zulässig sein?
- Wie gehen Notare mit Bürgschaften nach § 7 MaBV um, die ausdrückliche „Gewährleistungsausschlüsse“ der bürgernden Banken enthalten?
- Kann der Gewährleistungscharakter einer nach § 7 MaBV gestellten Bürgschaft durch MaBV-konforme Vereinbarungen zum Austausch der Bürgschaft beeinflusst werden?

¹ MittBayNot 2002, S. 286 (in diesem Heft).

1. Äquivalenzgrundsatz

Dieser als Faustregel gemeinte Grundsatz will die AGB-rechtliche Grenze formulieren, bis zu der die Vorleistungspflicht des Bauträgers (§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB) abgemildert werden kann: Zahlungen des Erwerbers sind nur nach Maßgabe des Baufortschritts zulässig.²

Dass Leitsatz b) der vorgenannten Entscheidung dies (scheinbar?) in Frage stellt, überrascht: Seit dem 1.5.2000 ist § 632 a BGB in Kraft, der die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers generell abmildern möchte, dem Erwerber in diesem Fall aber einen Anspruch auf Sicherheiten einräumt. Seit dem 29.5.2001 ist die Verordnung aufgrund Art. 244 EGBGB

² Palandt/Heinrichs, 61. A. § 11 AGBG Rdnr. 12 m.w.N.

(früher § 27 a AGBG) in Kraft, die diesen Gedanken für den Bauträgervertrag umsetzt („Abschlagszahlungen“), gleichzeitig jedoch Erleichterungen von den Erfordernissen des § 632 a BGB gewährt.

Vorauszahlungen im Bauträgervertrag sind also unzulässig.³

Warum nun das (scheinbare) Verständnis des BGH im Vorlagebeschluss? M.E. will der BGH nicht etwa den Marktteilnehmern ein Stück Gestaltungsfreiheit zurückgeben⁴ – er weiß genau, dass sich die Rechtslage der neu zu gestaltenden Fälle mit dem Erlass des § 632 a BGB entscheidend geändert hat. Der BGH nutzt lediglich ein willkommenes argumentatives Tritt Brett auf dem Weg zu einem anderen Ziel, nämlich der Ausweitung des Sicherungsumfangs der MaBV-Bürgschaft einerseits, der Vorlage an den EuGH andererseits.

Eine Gestaltung im Bauträgervertrag, die sehenden Auges Zahlungen über den Baufortschritt hinaus vorsieht, riskiert daher auch künftig, unter der Geltung des § 632 a BGB sowie der aufgrund des Art. 244 EGBGB erlassenen Verordnung als Verstoß gegen §§ 307, 309 Nr. 2 BGB beanstandet zu werden.

2. Gewährleistungsinhalt der Bürgschaft nach § 7 MaBV

Mit dem Vorlagebeschluss setzt der VII. Senat des BGH das fort, was der IX. Senat 1999⁵ und 2001⁶ begonnen hat: Die Präzisierung des Sicherungsumfangs der MaBV-Bürgschaft. Gesichert sein müssen gem. § 7 MaBV Ansprüche des Erwerbers auf „Rückgewähr ... seiner Vermögenswerte“. Solche sind nach den Urteilen des IX. Senats die durch Minderung und Rücktritt ausgelösten Ansprüche. Dass Minderung und Rücktritt Rückzahlungsansprüche auslösen, ist mittlerweile klargestellt durch die Schuldrechtsreform in § 441 Abs. 4 Satz 1 BGB für das Kaufrecht, in § 638 Abs. 4 Satz 1 BGB für das Werkvertragsrecht.

Etwaigen Zweifeln, ob andere Gewährleistungsansprüche auch unter das Tatbestandsmerkmal „Rückgewähr von Vermögenswerten“ fallen, hat der BGH nunmehr vorzubeugen versucht.

Anders als der Leitsatz und Teile der Gründe suggerieren, konnte es dem BGH im entschiedenen Fall aber nicht um eine *allgemeine Auslegung des § 7 MaBV* gehen. Gewerberechtlich ging die Vorleistungspflicht in Ordnung. Entscheidend für den Ausgang des Verfahrens war vielmehr die *zivilrechtliche Frage*, welchen Inhalt eine Bürgschaft haben muss, die eine *vollständige Vorleistungspflicht* des Erwerbers auf ein auch AGB-rechtlich erträgliches Maß reduzieren will.

Der entschiedene Fall befasst sich daher nur mit dem Bürgschaftsanspruch des Erwerbers, dessen Vorleistungspflicht kompensiert werden soll. Genügt ein Ratenplan dem Äquivalenzprinzip (wenn auch nicht den Ratenerfordernissen der MaBV, so dass eine Bürgschaft gestellt werden muss), so greifen die Erwägungen des BGH nicht: Dem Erwerber bleiben Leistungsverweigerungsrechte gegenüber Abschlagsanforderungen erhalten. Der IX. Senat, der über Bürgschaftssachen zu

entscheiden hat, würde sich also in einem Fall ohne Vorleistung nicht in Widerspruch zum VII. Senat setzen, wenn er die abgesicherten Ansprüche auf das bisher entschiedene Maß begrenzen würde.

Diese Sicht der Dinge bestimmt auch die Antwort auf die Frage, ob eine Bürgschaft nach § 7 MaBV Formulierungen enthalten darf wie „Diese Bürgschaft sichert keine etwaigen Gewährleistungsansprüche ab.“ oder „Die Bank steht nicht für die ordnungsgemäße und rechtzeitige Herstellung des Vertragsobjektes ein.“ Wenn keine Vorleistungspflicht vereinbart ist, muss die Bürgschaft nur „Rückzahlungen“, nicht aber sämtliche Gewährleistungsansprüche absichern. In den Fällen, in denen der Bauträgervertrag Zahlungen nur nach Baufortschritt vorsieht (wenn sie auch von § 3 Abs. 2 MaBV abweichen mögen), handelt es sich bei den einschränkenden Formulierungen der Banken um legitime Abgrenzungen zwischen den nach § 7 MaBV zu verbürgenden „Rückgewähransprüchen“ und zivilrechtlich nur ausnahmsweise abzusichern den weitergehenden Gewährleistungsansprüchen.

Dazu, ob ein Ratenplan dem Äquivalenzprinzip genügt oder AGB-rechtlich unzulässige Vorleistungen vorsieht, trifft den Notar nur eine beschränkte Prüfungspflicht.⁷ Nur in diesem Rahmen kann dem Notar zugemutet werden, einschränkende Zusätze bei den Bürgschaften zurückzuweisen.

3. Rückgabe der Bürgschaft

Von einer Gewährleistungsbürgschaft im eigentlichen Sinne kann – dies musste das Urteil nicht thematisieren – nur dann gesprochen werden, wenn sie im Gewährleistungsfall noch besteht. Das ist bei der MaBV-Bürgschaft aber häufig nicht der Fall, da sich der Bauträger das Recht zum Austausch vorbehalten kann, § 7 Abs. 1 Satz 4 MaBV. Dieses Recht zum Austausch kann zweierlei Gestalt annehmen: Einerseits und regelmäßig wird es das vertragliche Recht des Bauträgers beinhalten, die einmal gestellte Bürgschaft „zurückzuverlangen“, andererseits mag es ihm das Recht gewähren, von vornherein nur eine *auflösend bedingte Bürgschaft* zu stellen. Beide Gestaltungen bedürfen der näheren Untersuchung.

Sieht der Vertrag die Pflicht des Erwerbers vor, die Bürgschaft bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen zurückzugeben (Bsp. Eintritt der „allgemeinen“ Fälligkeitsvoraussetzungen nach § 3 Abs. 1 MaBV, Erreichen eines dem Baufortschritt des § 3 Abs. 2 MaBV entsprechenden Zahlungsstandes), so handelt es sich juristisch-technisch um das Erreichen des Sicherungszwecks. Dass Bürgschaften – wie abstrakte Sicherheiten – einen solchen Sicherungszweck haben, hat der BGH in einigen Leitentscheidungen herausgearbeitet.⁸ Ist der Sicherungszweck erreicht, so kann der Bürge nicht mehr in Anspruch genommen werden, es sei denn, ihm wäre die Inanspruchnahme angezeigt worden.

Sieht der Vertrag (zusätzlich) – und ihm entsprechend auch der Text der Bürgschaft selbst – die Möglichkeit vor, die Bürgschaft auflösend zu bedingen, so wird der vorstehend geschilderte Sicherungszweck gewissermaßen „verdinglicht“, sein Wegfall also unmittelbar in das Erlöschen – ohne den Umweg über einen Rückgewähranspruch des Hauptschuldners – der Sicherheit umgesetzt. Hier bestätigt ein Urteil des IX. Zivilsenats aus dem Jahre 1989⁹, dass bei einer auf den kalendarisch bestimmten Tag der Abnahme befristeten Bürgschaft die rechtzeitige Anzeige der Inanspruchnahme wegen verspäteter Her-

³ Wer vom Erwerber (z.B. aus steuerlichen Gründen) gewünschte hohe Vorauszahlungen zum Jahreswechsel zivilrechtlich wasserrecht gestalten möchte, darf sie vertraglich nicht als Anspruch des Verkäufers, sondern als Recht des Käufers – und damit verbunden den Anspruch auf Stellung einer Bürgschaft – formulieren. Selbstverständlich muss der Erwerber prüfen, ob die freiwillige Vorauszahlung den erhofften Steuervorteil nicht gefährdet.

⁴ A.A. wohl *Vogel* EWiR Art. 3 RL 93/13/EWG 1/02.

⁵ MittBayNot 1999, 279.

⁶ MittBayNot 2002, 37.

⁷ Ausführlich *Basty*, Bauträgervertrag, 4. Aufl. Rdnr. 33 ff.

⁸ *Reiß*, MittBayNot 2002, 9 ff.

⁹ NJW 1989, 1856 ff.

stellung genügt. Erlischt die Bürgschaft vor der Abnahme und ist vorher kein Mangel zu Tage getreten, kann die Bürgschaft also keinen Gewährleistungscharakter entfalten.

Wollen Bauträger und Bank vermeiden, dass die nach § 7 MaBV gestellte Bürgschaft Gewährleistungscharakter bekommt, muss das Erlöschen möglichst weit vor die Abnahme gezogen werden; der Trend der Banken, nur geringere Beträge als den vollständigen Kaufpreis zu verbürgen, wird sich verstärken. Die vereinbarten Ratenpläne müssen zu diesem Zweck deutlich vor der Besitzübergabe MaBV-konform werden; zudem müssen die allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen möglichst schnell erreicht werden.

Auch unter diesem Gesichtspunkt sind die oben 2. a.E. zitierten Einschränkungen in den Bürgschaftstexten der Banken nicht zu beanstanden. Behält sich der Bauträger den Austausch vor, zerstört die Bank zu Recht die Erwartung, es handele sich um eine Gewährleistungsbürgschaft.

Ergebnis

Der Notar wird sich bei seinen Gestaltungsvorschlägen auch künftig nicht auf das Glatteis der Vorleistungspflicht des Erwerbers begeben. Andererseits wird er auch keinen Anstoß daran nehmen, wenn Banken in Bürgschaftstexten klarstellen, dass es sich nicht um Gewährleistungsbürgschaften handelt. Gewährleistungsbürgschaften sind nach der MaBV nicht geschuldet; sie können sich nur dann zu solchen entwickeln, wenn der Vertrag eine Vorleistungspflicht des Erwerbers vorsieht und die Bürgschaften bis zur vollständigen Fertigstellung aufrechterhalten werden. Möchte der Bauträger einen Austausch der Sicherheiten herbeiführen, um die Entwicklung der Rückzahlungsbürgschaft zur Gewährleistungsbürgschaft sicher auszuschließen, ist bei der Formulierung der Rückgabevoraussetzungen und der Ratenpläne der Rat des Notars zu einer gleichermaßen MaBV- und AGB-kontrollfesten Vertragsgestaltung gefragt.

Gerichtliche Kontrolle der Beteiligung Minderjähriger an Grundstücksverwaltungsgesellschaften bürgerlichen Rechts

– Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Schleswig vom 21.6.2002 – 2 W 133/01 –¹

von Notar *Konrad Lautner*, Straubing

In seinem Beschluss in Grundbuchsachen hat das OLG Schleswig entschieden, dass die Bestellung einer Grundschuld am Grundstück einer Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts durch einen geschäftsführenden Gesellschafter nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn an der Gesellschaft ein Minderjähriger beteiligt ist. Er gibt Anlass, sich erneut mit Rechtsfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu beschäftigen, einem Rechtsgebiet, das infolge einiger neuerer Entscheidungen des Bundesgerichtshofs derzeit erhebliche Aufmerksamkeit erfährt.

1. Der Sachverhalt des Beschlusses ist ein typischer Fall aus der notariellen Praxis: Eine Grundstücksverwaltungs- und -vermietungsgesellschaft wurde als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen den Eltern und deren zwei minderjährigen Kindern unter gleichzeitiger Einbringung mehrerer Grundstücke durch die Eltern gegründet. Weil die Eltern beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags gemäß §§ 181, 1795 Abs. 2, 1629 Abs. 2 S. 1 von der Vertretung ihrer Kinder ausgeschlossen waren, wurden zwei Ergänzungspfleger bestellt, die für die beiden Minderjährigen handelten. Der Gesellschaftsvertrag wurde schließlich durch das Vormundschaftsgericht genehmigt². Nunmehr sollte ein Grundstück – jetzt im Eigentum der Gesellschaft – mit einer Grundschuld belastet werden; eines der Kinder war in diesem Zeitpunkt jedoch immer noch minderjährig. Ein Elternteil handelte bei der Grundschuldbestellung für die Gesellschaft als nach dem Gesellschaftsvertrag alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter.

Das Grundbuchamt verweigerte die Eintragung und verlangte durch Zwischenverfügung unter anderem die Beibringung einer „vormundschaftsgerichtlichen“ (richtigerweise: familiengerichtlichen!) Genehmigung aufgrund der §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

2. Das Schleswig-Holsteinische OLG hob den diese Entscheidung des Grundbuchamts bestätigenden Beschluss der Beschwerdeinstanz auf. Dies ist im Hinblick auf die bahnbrechende Entscheidung des BGH vom 29.1.2001³ zur Rechts- und Parteifähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts konsequent; doch auch schon vor dieser Entscheidung wäre der Beschluss vermutlich mit demselben Ergebnis ergangen:

a) Bereits das Reichsgericht⁴ hatte entschieden, dass die Verfügung über ein Grundstück, das im Eigentum einer Personenhandels-gesellschaft steht, an der ein Minderjähriger beteiligt ist, keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Das Reichsgericht stellte in seiner Argumentation, die auch vom Schleswig-Holsteinischen OLG zitiert wird, maßgeblich darauf ab, dass zwischen dem Vermögen des minderjährigen Gesellschafters einerseits und dem Vermögen der Gesellschaft andererseits wegen §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB klar zu trennen sei („Abgrenzung der beiden Vermögenssphären“). Es handele sich bei dem Grundstück, über das verfügt werden soll, eben um ein Grundstück der Gesellschaft, nicht um ein im Miteigentum des Minderjährigen stehendes Grundstück.

¹ MittBayNot 2002, S. 294 (in diesem Heft).

² Wohl aufgrund der §§ 1822 Nr. 3, 1915 Abs. 1 BGB.

³ MittBayNot 2001, 192.

⁴ RGZ 54, 278.

Diese, auf der (Teil-)Rechtsfähigkeit der Personenhandelsgesellschaften fußende Argumentation wurde vom BGH in der vom Schleswig-Holsteinischen OLG ebenfalls zitierten Entscheidung aus dem Jahre 1970⁵ um das Argument ergänzt, dass anderenfalls die gesamte Personenhandelsgesellschaft unter der Kontrolle des Vormundschaftsgerichts stehen würde, was der BGH als „praktisch untragbar“ bezeichnet, weil dadurch „dem Vormundschaftsrichter in weitem Umfang die Entscheidung kaufmännischer Zweckmäßigkeitfragen bei der Führung eines Gesellschaftsunternehmens aufgebürdet“ würde.

Auch in der Literatur wird diese Rechtsprechung zu den Personenhandelsgesellschaften einhellig anerkannt⁶.

b) Für den entsprechenden Fall der Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) lag dagegen vor dem Beschluss des Schleswig-Holsteinischen OLG nur eine obergerichtliche Entscheidung des OLG Hamburg aus dem Jahre 1957 vor⁷. In dieser hatte das Gericht ausgeführt, dass die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den Personenhandelsgesellschaften auch auf die GbR übertragbar sei, wenn diese ein Erwerbsgeschäft betreibe, dagegen nicht, wenn es sich bei der GbR um eine bloße Vermögensverwaltungsgesellschaft handle. Begründet wurde dies maßgeblich mit dem Hinweis darauf, dass bei Erwerbsgesellschaften gleich welcher Rechtsform anders als bei sonstigen Gesellschaften eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle der Gründung unter Beteiligung des Minderjährigen bzw. des Beitritts des Minderjährigen gemäß §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB stattfinde und der Minderjährigenschutz auf diese Weise verwirklicht werde. Bei bloßen Vermögensverwaltungsgesellschaften dagegen habe eine solche Kontrolle nicht stattgefunden; außerdem sei in solchen Fällen das Gesellschaftsvermögen (wirtschaftlich) praktisch gleichbedeutend mit dem Grundstück.

Im Übrigen sind zu der Problematik, soweit ersichtlich, nur noch zwei untergerichtliche Entscheidungen veröffentlicht. Nach einem Beschluss des LG Aschaffenburg aus dem Jahre 1973⁸ sollte zur Belastung eines Grundstücks einer GbR, an der ein Minderjähriger beteiligt war, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich sein. Zur Begründung stellte das LG Aschaffenburg maßgeblich darauf ab, dass bereits zur Gründung der Gesellschaft die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt worden sei, so dass auch „die weitere Tätigkeit dieser BGB-Gesellschaft entsprechend den gesetzlichen Vorschriften gewährleistet werden (müsse), ohne dass vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen für die Tätigkeit der Gesellschaft notwendig wären“, jedoch mit der Einschränkung, dass das konkrete Geschäft vom Gesellschaftszweck gedeckt sein müsse. Den in dieser Einschränkung anklingenden Aspekt, dass die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Gründung bzw. des späteren Beitritts des Minderjährigen zu der GbR gewissermaßen spätere Geschäfte der Gesellschaft im Rahmen des Gesellschafts-

zwecks mit abdecke, stellte besonders deutlich das LG Wuppertal in seiner Entscheidung vom 1.6.1994⁹ in den Vordergrund. Es ließ daher ebenfalls die Belastung des Grundstücks einer GbR ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu, weil der Beitritt des Minderjährigen vormundschaftsgerichtlich genehmigt worden sei. Es schränkte aber die bisherige Rechtsprechung dahingehend ein, dass nur solche Geschäfte genehmigungsfrei seien, die bei der Genehmigung der Gründung bzw. des Beitritts durch das Gericht absehbar waren und bei denen vermieden werde, dass der Minderjährige persönlich mit seinem nicht zum Gesellschaftsvermögen zählenden, weiteren Vermögen hafte.

Auch der überwiegende Teil der Literatur befürwortet die Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze zu den Personenhandelsgesellschaften auf die GbR unter der Voraussetzung, dass es sich bei der GbR um eine Erwerbsgesellschaft handelt¹⁰. Teilweise wird dagegen, offensichtlich unter Ablehnung der Lehre von der (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR, für die Verfügung über ein Grundstück einer GbR, an der ein Minderjähriger beteiligt ist, stets die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gefordert¹¹.

c) In konsequenter Fortsetzung der geschilderten h.M. in Rechtsprechung und Literatur verneinte daher auch das Schleswig-Holsteinische OLG die Genehmigungsbedürftigkeit der Grundstücksbelastung durch die GbR. Die Gründung der Gesellschaft selbst war vormundschaftsgerichtlich genehmigt worden und es handelte sich bei der Gesellschaft offenbar um eine Erwerbsgesellschaft, nachdem das Gericht sogar in Erwägung zog, ob die Gesellschaft nach der Neufassung des § 1 HGB i.V.m. § 105 Abs. 1 HGB nicht ohnehin als OHG anzusehen sei; die Gesellschaft muss also nach Ansicht des Gerichts – ohne dass die Begründung des Beschlusses hierzu nähere Auskunft gäbe – ein über den Umfang bloßer privater Vermögensverwaltung hinausgehendes Gewerbe betrieben haben, das sogar möglicherweise nach Art und Umfang des Geschäftsbetriebs einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte. In einem derartigen Fall wäre der Beschluss des Gerichts daher sicherlich auch vor der Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR¹² mit demselben Ergebnis ergangen.

Allerdings fällt auf, dass sich das Gericht die sich auf § 1822 Nr. 3 BGB stützende Argumentation des OLG Hamburg¹³ nicht zu eigen macht, obwohl es im Einklang mit der h.M. die Übertragbarkeit der zu den Personenhandelsgesellschaften ergangenen Rechtsprechung ausdrücklich nur auf in der Rechtsform der GbR betriebene Erwerbsgesellschaften befürwortet. Dies könnte damit zusammenhängen, dass das Gericht möglicherweise angesichts der Reichweite der BGH-Entscheidung vom 29.1.2001¹⁴ Zweifel befielen, ob diese Einschränkung noch zu halten sei. Das wird vor allem deutlich, wenn das Gericht formuliert: „All diese Erwägungen gelten für eine GbR *zumindest dann* entsprechend, wenn sie – wie die beteiligte

⁵ NJW 1971, 375, 376 = DNotZ 1971, 424, 425.

⁶ Vgl. *Palandt/Diederichsen*, BGB, 61. Aufl. 2002, § 1821 BGB Rdnr. 7; *Staudinger/Engler*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 1821 BGB Rdnr. 15; *Erman/Holzhauser*, BGB, 10. Aufl. 2000, Vor § 1821 BGB Rdnr. 3; *Soergel/Damrau*, BGB, 12. Aufl. 1987, Vor § 1821 BGB Rdnr. 7; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 3684; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 461, 464; vorsichtig differenzierend: *MünchKommWagenitz*, BGB, 4. Aufl. 2002, § 1821 BGB Rdnr. 9.

⁷ FamRZ 1958, 333, 334.

⁸ MittBayNot 1973, 377.

⁹ NJW-RR 1995, 152.

¹⁰ *Palandt/Diederichsen*, § 1821 BGB Rdnr. 7; *Staudinger/Engler*, § 1821 BGB Rdnr. 16; *Erman/Holzhauser*, Vor § 1821 BGB Rdnr. 3; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 461, 464; ohne Beschränkung auf Erwerbsgesellschaften offenbar: *Schöner/Stöber*, a.a.O. Rdnr. 3684.

¹¹ *Soergel/Damrau*, Vor § 1821 BGB, Rdnrn. 6 f.; *Eickmann*, Rpfleger 1985, 85, 87; in diesem Sinne wohl auch: *Reimann*, FS Hagen, 1999, 173, 177 f.

¹² MittBayNot 2001, 192.

¹³ FamRZ 1958, 333, 334.

¹⁴ MittBayNot 2001, 192.

Gesellschaft – als Erwerbsgesellschaft betrieben wird.¹⁵ Letztlich brauchte sich das Gericht in dieser Frage aber nicht zu entscheiden, da es sich bei der fraglichen Gesellschaft ja um eine Erwerbsgesellschaft handelte.

3. Im Ergebnis ist der bisher h.M. jedoch auch nach der BGH-Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR beizupflichten.

a) Zunächst kann es nach der Entscheidung des BGH nicht mehr fraglich sein, dass die Rechtsprechung zur fehlenden vormundschafts-/familiengerichtlichen Genehmigungspflichtigkeit von Verfügungen eines vertretungsberechtigten Organs einer Personenhandelsgesellschaft, an der ein Minderjähriger beteiligt ist, über ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück *grundsätzlich* auf die GbR übertragbar ist. Die insoweit abweichenden Auffassungen¹⁶ sind überholt.

Der Leitsatz des II. BGH-Senats lautet: „Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.“¹⁷ Die Außen-GbR ist danach rechtsfähige Personengesellschaft im Sinne des § 14 Abs. 2 BGB, ebenso wie die Personenhandelsgesellschaften¹⁸. Wie bei den Personenhandelsgesellschaften ist daher zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem der einzelnen Gesellschafter zu trennen. Die Verfügung über ein Grundstück, das zum Gesellschaftsvermögen der GbR gehört, betrifft nicht ein zum Teil dem Minderjährigen gehörendes Grundstück, sondern ein Grundstück der Gesellschaft. Treten die Eltern als vertretungsberechtigte Gesellschafter für die Gesellschaft auf, wird diese selbst organschaftlich vertreten, nicht etwa der minderjährige Gesellschafter durch die sorgeberechtigten Eltern als gesetzliche Vertreter. Nicht die GbR steht unter elterlicher Sorge bzw. Vormundschaft, sondern nur der minderjährige Gesellschafter. Eine abweichende Behandlung der GbR gegenüber den Personenhandelsgesellschaften ist daher nicht gerechtfertigt.

b) Fraglich ist allerdings, ob dies nur für Erwerbsgesellschaften bürgerlichen Rechts gelten soll, oder ob insbesondere auch reine Vermögensverwaltungsgesellschaften in gleicher Weise zu behandeln sind.

Klarzustellen ist zuerst, dass die Beschränkung auf Erwerbsgesellschaften bürgerlichen Rechts nicht etwa bereits aus den Grundsätzen des BGH-Urteils vom 29.1.2001 folgt. Denn danach soll *jeder* Außen-GbR Rechtsfähigkeit zukommen, nicht nur Erwerbsgesellschaften bürgerlichen Rechts. Außen-GbR in diesem Sinne ist richtigerweise jede Gesellschaft, die Gesamthandsvermögen hat oder zumindest auf die Bildung von Gesamthandsvermögen gerichtet ist¹⁹. Doch auch die diejenigen Autoren, die den Anwendungsbereich des BGH-Urteils einschränken wollen, schlagen als Kriterium zur Abgrenzung zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen GbR nicht etwa dasjenige der Erwerbsgesellschaft vor²⁰, wenn es auch zugegebenermaßen gerade das erklärte Ziel dieser Autoren

ist, unter anderem die Ehegatten- und Familiengrundstücksverwaltungsgesellschaften aus dem Anwendungsbereich des BGH-Urteils herauszuhalten.

Die Beschränkung auf Erwerbsgesellschaften ergibt sich aber aus dem Zusammenhang mit der Vorschrift des § 1822 Nr. 3 BGB²¹. Hiernach bedarf ein Vormund/Pfleger bzw. bedürfen die sorgeberechtigten Eltern der vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Genehmigung zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags im Namen des Minderjährigen (sowohl Gründung unter Mitwirkung als auch späterer Beitritt des Minderjährigen), der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Erwerbsgeschäft in diesem Sinne ist jede berufsmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt wird²². Darunter fällt grundsätzlich nicht ein Gesellschaftsvertrag, der im Rahmen rein privater Vermögensverwaltung von Eltern mit ihren Kindern zur Verwaltung ihres Grundbesitzes abgeschlossen wurde²³. Allerdings hat die Rechtsprechung die Grenzen der privaten Vermögensverwaltung im Rahmen des § 1822 Nr. 3 BGB in den letzten Jahren zunehmend enger gezogen²⁴ und die Genehmigungspflicht auf Gesellschaften ausgedehnt, die die „Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert“ zum Zweck haben. Betrachtet man allerdings die diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte, wird deutlich, dass es dabei stets um Grundbesitz größeren Umfangs oder höheren Werts ging²⁵. Eine Ausdehnung der Genehmigungspflicht auf alle Grundstücksverwaltungsgesellschaften durch die Rechtsprechung kann deshalb darin m.E. nicht gesehen werden²⁶. Die Gründung einer „kleinen“ Grundstücksverwaltungsgesellschaft, bestehend aus Eltern und deren minderjährigen Kindern, die die Verwaltung einiger weniger Immobilien²⁷ zum Gegenstand haben, bei denen es sich weder um gewerblich nutzbare Immobilien handelt noch um Immobilien von hohem Wert (z.B. Mehrfamilienhäuser), bleibt m.E. nach wie vor genehmigungsfrei.

Handelt es sich bei der betreffenden GbR also unter Zugrundelegung der vorstehend dargestellten Grundsätze um eine Erwerbsgesellschaft im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB, bei der zur Gründung oder zum Beitritt des minderjährigen Gesellschafters die gerichtliche Genehmigung erteilt wurde, treffen die vom Schleswig-Holsteinischen OLG angeführten Argumente des Reichsgerichts und des BGH zur Genehmigungsfreiheit der von dieser getätigten Geschäfte einschränkungslos in gleicher Weise wie bei den Personenhandelsgesellschaften zu. Nehmen daher die Eltern als vertretungsberechtigte Gesellschafter namens der Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts Geschäfte vor, die an sich unter einer Genehmigungstatbestand der §§ 1821, 1822 i.V.m. § 1643 Abs. 1 BGB fallen würden, bedarf es der familiengerichtlichen Genehmigung nicht mehr. Dies muss – wie bei den Personenhandelsgesellschaften – auch unabhängig davon gelten, ob es sich dabei um Geschäfte handelt, die bei Erteilung der gerichtlichen Geneh-

¹⁵ Hervorhebung durch den Verf.

¹⁶ *Soergel/Damrau*, a.a.O.; *Eickmann*, a.a.O.

¹⁷ *MittBayNot* 2001, 192.

¹⁸ §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB.

¹⁹ *Habersack*, BB 2001, 477, 479; *Verf.*, *MittBayNot* 2001, 425, 428; enger dagegen: *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 592 ff.

²⁰ Vgl. *Verf.*, *MittBayNot* 2001, 425, 426 f.: bei der vom BGH-Urteil betroffenen GbR handelte es sich um eine bauwirtschaftliche ARGE, die regelmäßig gerade keine Erwerbsgesellschaft ist.

²¹ Ggf. i.V.m. §§ 1643 Abs. 1, 1915 Abs. 1 BGB.

²² *Palandt/Diederichsen*, § 1822 BGB Rdnr. 5.

²³ *Palandt/Diederichsen*, § 1822 BGB Rdnr. 8.

²⁴ Z.B. BayObLG DNotZ 1998, 495, 496 f.

²⁵ Z.B. im Fall des BayObLG ein Wohnhausgrundstück mit Tiefgarage, das mit Grundschulden von über 7 Mio. DM (!) belastet war sowie drei Eigentumswohnungen.

²⁶ So aber wohl: *Reimann*, FS Hagen, 173, 176 f.; *ders.*, DNotZ 1999, 179, 185 f.

²⁷ Denkbar wäre z.B. eine Grenze von drei Immobilien in Anlehnung an die steuerliche Drei-Objekt-Grenze.

migung nach § 1822 Nr. 3 BGB bereits absehbar waren und vom Gesellschaftszweck gedeckt sind²⁸. Denn durch eine solche Einschränkung, deren Grenzen kaum bestimmbar sind, würde eine erhebliche Rechtsunsicherheit erzeugt, die letztlich dazu führen würde, dass die Gesellschaft doch wieder alle ihre unter §§ 1821, 1822 BGB fallenden Geschäfte dem Vormundschafts-/Familiengericht vorsorglich zur Prüfung vorlegen müsste, was eine erhebliche Behinderung ihrer unternehmerischen Tätigkeit bedeuten würde. Abzulehnen ist auch die weitere Einschränkung des LG Wuppertal²⁹, wonach nur solche Geschäfte genehmigungsfrei seien, für die der Minderjährige nicht persönlich hafte. Neben einer darin liegenden, nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung der Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts gegenüber den Personenhandlungsgesellschaften ist diese Auffassung auch spätestens seit der Einführung der §§ 1629 a, 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB durch das Minderjährigenschaftsbeschränkungsgesetz m.E. nicht mehr haltbar.

Ist Zweck der Gesellschaft dagegen die private Vermögensverwaltung und unterliegt diese daher nicht der Kontrolle des Vormundschaftsgerichts bei der Gründung der Gesellschaft bzw. beim Beitritt des Minderjährigen, ist für spätere, unter §§ 1821, 1822 BGB (ggf. i.V.m. § 1643 Abs. 1 BGB) fallende Geschäfte der Gesellschaft entsprechend der bisher h.M. richtigerweise die vormundschafts- oder familiengerichtliche Genehmigung erforderlich.

Dem steht zunächst die Entscheidung des BGH über die Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR³⁰ nicht entgegen. Denn der BGH hat in seinem Grundsatzurteil ausdrücklich noch einmal die von ihm bereits früher aufgestellte These bestätigt, dass die GbR im Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen kann, soweit dem nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen. Ein solcher spezieller rechtlicher Gesichtspunkt kann aber insbesondere der Minderjährigenschutz sein, dem das Gesetz und die Rechtsprechung stets besondere Bedeutung einräumen. Ein „Durchgriff“ auf den minderjährigen Gesellschafter hinsichtlich der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit ist also trotz der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR nicht grundsätzlich wehrt.

Ein effektiver, dem in §§ 1821 und 1822 BGB zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers gerecht werdender Minderjährigenschutz gebietet aber eine gerichtliche Kontrolle der Geschäfte einer Vermögensverwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts, die keine Erwerbsgesellschaft ist und deshalb bei der Gründung bzw. dem Beitritt des Minderjährigen keiner Genehmigungspflicht unterlag. Denn anderenfalls könnte durch die Vereinbarung insbesondere einer Familiengrundstücksverwaltungs-GbR der durch das Gesetz nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 BGB gewährleistete und geforderte Minderjährigenschutz auf einfache Weise umgangen werden. Eine vormundschafts- bzw. familiengerichtliche Kontrolle würde dann entgegen der gesetzlichen Wertung überhaupt nicht stattfinden, weder beim Eintritt des Minderjährigen in die Gesellschaft noch bei späteren Verfügungen über den eingebrachten Grundbesitz. Dies gilt umso mehr, als bei solchen „kleinen“ Grundstücksverwaltungsgesellschaften, in denen das Gesellschaftsvermögen praktisch nur aus einem Grundstück besteht, die Vereinbarung von Gesamthandseigentum oft nur anstelle von Bruchteilseigentum erfolgt ist, um die mit

letzterem verbundenen Nachteile (z.B. Auseinandersetzungsgefahr, Verwaltungsregelung, Grunderwerbsteuerpflicht bei der Anteilsübertragung etc.) zu vermeiden. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich bei solchen Gesellschaften daher lediglich um eine besondere Form von Miteigentum am Grundstück³¹. Die bloße Vereinbarung von Gesamthandstatt Bruchteilseigentum kann aber – trotz Rechtsfähigkeit der Gesellschaft im Gegensatz zur Bruchteilsgemeinschaft – den gesetzlich vorgesehenen Minderjährigenschutz nicht aushebeln. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass auch bei Erwerbsgesellschaften keine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle des Beitritts des Minderjährigen stattfindet, wenn dieser im Wege der Erbfolge (Nachfolgeklausel) in die Gesellschaft eintrete³². Daran ist zwar richtig, dass in einem solchen Fall tatsächlich keine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle stattfinden kann; allerdings liegt dies in der Natur der Sache, da generell nur *Rechtsgeschäfte*, an denen der Minderjährige beteiligt ist, der Kontrolle des Vormundschaftsgerichts unterliegen. Eine umfassende gerichtliche Kontrolle jeglicher für den Minderjährigen möglicherweise nachteiligen Rechtsvorgänge ist vom Gesetz eben nicht vorgesehen. Auch wenn in diesem Fall eine Lücke im gesetzlichen Minderjährigenschutz besteht: jedenfalls in der Regel wird bei Erwerbsgesellschaften die Gründungs-/Beitrittskontrolle durchgeführt und rechtfertigt bereits dies die Richtigkeit der auf § 1822 Nr. 3 BGB gestützten Differenzierung zwischen Erwerbsgesellschaften und Vermögensverwaltungsgesellschaften. Im Übrigen bleibt festzuhalten: Bei Erwerbsgesellschaften gleich welcher Rechtsform trifft stets das vom BGH³³ angeführte Argument zu, dass es für das Vormundschaftsgericht praktisch untragbar sei, kaufmännische Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Führung eines Gesellschaftsunternehmens anzustellen. Anders bei bloßen Grundstücksverwaltungsgesellschaften: Die vom Vormundschaftsgericht hier im Einzelfall anzustellenden Erwägungen sind nicht komplexer, als wenn der Grundbesitz im Bruchteilseigentum der Beteiligten stehen würde³⁴. Aus der Sicht der Gesellschaft ist noch hinzu- zufügen: Handelt es sich um eine Erwerbsgesellschaft, die also unternehmerisch tätig ist, wäre es für die Gesellschaft auch im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG unzumutbar, jedes unter §§ 1821, 1822 BGB fallende Rechtsgeschäft dem Gericht zur Prüfung und Genehmigung vorzulegen; dies könnte das Unternehmen lahm legen. Bei Vermögensverwaltungsgesellschaften, für die Art. 12 Abs. 1 GG nicht gilt, ist der gerichtliche Eingriff in die Geschäftsführung dagegen eher hinnehmbar, da schon die Häufigkeit genehmigungspflichtiger Geschäfte deutlich geringer sein dürfte.

In der Konsequenz bedeutet dies: Da seit der Handelsrechtsreform auch OHG und KG nicht mehr zwingend Erwerbsgesellschaften sind, sondern gemäß §§ 105 Abs. 2 Alt. 2, 161 Abs. 2 HGB auch lediglich die Verwaltung eigenen Vermögens zum Zweck haben können, wird man aus den genannten Gründen für Verfügungen, die ein persönlich haftender Gesellschafter einer solchen Gesellschaft über ein Gesellschaftsgrundstück trifft, genauso wie bei Vermögensverwaltungsgesellschaften bürgerlichen Rechts die vormundschafts- bzw. familiengerichtliche Genehmigung verlangen müssen, wenn der Gesellschaft ein Minderjähriger angehört und die Grün-

²⁸ Entgegen LG Wuppertal, NJW-RR 1995, 152.

²⁹ A.a.O.

³⁰ MittBayNot 2001, 192.

³¹ Ähnlich OLG Hamburg FamRZ 1958, 333, 334.

³² So aber: *Staudinger/Engler*, § 1821 BGB Rdnr. 16.

³³ DNotZ 1971, 424, 425.

³⁴ Vgl. auch *Eickmann*, Rpfleger 1985, 85, 87 Fn. 36: „die Weggabe von Verwaltungssubstanz (ist) anders zu beurteilen (...) wie der Gütertausch im laufenden Geschäftsverkehr.“

derung bzw. dessen Beitritt nicht nach § 1822 Nr. 3 BGB genehmigt wurde³⁵.

4. Für die notarielle Praxis gilt:

– Verträge über die Gründung von Grundstücksverwaltungsgesellschaften – gleich ob in der Rechtsform der GbR oder als Personenhandelsgesellschaft – unter Beteiligung eines Minderjährigen oder Verträge über den Beitritt eines Minderjährigen zu einer solchen Gesellschaft sollten vorsichtshalber stets dem Vormundschafts-/Familiengericht vorgelegt werden, um deren Wirksamkeit in jedem Fall zu gewährleisten³⁶.

– Werden Verfügungen über Grundstücke solcher Gesellschaften beurkundet, bei denen zur Gründung bzw. zum Beitritt des Minderjährigen die gerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB erteilt wurde, bedarf die Verfügung selbst in keinem Fall einer weiteren Genehmigung.

– Unterlag die Gründung der Gesellschaft bzw. der Beitritt des Minderjährigen dagegen keiner gerichtlichen Kontrolle, sollte man zur Grundstücksverfügung in jedem Fall die familien-/vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einholen.

5. Das Schleswig-Holsteinische OLG hatte sich am Rande noch mit einer zweiten Rechtsfrage auseinander zu setzen, die im Recht der GbR seit der Entscheidung des BGH vom 27.9.1999³⁷ stark diskutiert wird, nämlich der Frage der Beschränkung der persönlichen Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen oder zumindest auf die Höhe des Gesellschafteranteils am Gesellschaftsvermögen (quotale Haftungsbeschränkung). Bekanntermaßen hatte der BGH entschieden, dass eine solche Haftungsbeschränkung nur noch durch individuelle vertragliche Vereinbarung mit dem Gläubiger, nicht aber durch bloße gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen, auch bei Erkennbarkeit für den Vertragspartner, erfolgen könne. Der Gesellschaftsvertrag der dem Schleswig-Holsteinischen OLG zur Entscheidung vorliegenden GbR enthielt Klauseln, die die Herbeiführung einer Haftungsbeschränkung für die Gesellschafter gewährleisten sollten: „Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bezieht sich nur auf das Gesellschaftsvermögen (...). Die zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Gesellschafter können für die Gesellschaft (richtig muss es wohl heißen: „Gesellschafter“, Anm. d. Verf.) Verbindlichkeiten nur als Teilschuldner im Verhältnis des jeweiligen Eigenkapitals begründen. Die Verwalter (...) sind verpflichtet, bei jedem Rechtsgeschäft auf die Beschränkung ihrer Vollmacht hinzuweisen und Rechtsgeschäfte nur unter Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen abzuschließen.“ Auch eine derartige Beschränkung der Vertretungsmacht, die darauf abzielt, dass bei Nichtzustandekommen der Haftungsbeschränkungsvereinbarung der gesamte Vertrag nicht zustande kommt, ist nach Auffassung des BGH³⁸ unbeachtlich³⁹.

Das Schleswig-Holsteinische OLG brauchte sich mit dieser Streitfrage richtigerweise allerdings gar nicht auseinander zu setzen und tat dies auch nicht; möglicherweise wurde die neue Rechtsprechung des BGH vom Gericht auch einfach übersehen. Denn selbst wenn – entgegen der strikten BGH-

Rechtsprechung – die Beschränkung der Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter grundsätzlich beachtlich sein sollte, würde dies für die hier in Frage stehende Grundschuldbestellung und damit für das Grundbuchverfahren keine Rolle spielen. Die diesbezügliche Beanstandung in der Zwischenverfügung des Rechtspflegers erfolgte zu Unrecht. Denn wie das Gericht richtig ausführt, hat der Eigentümer einer Grundschuld nur die Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz zu dulden, §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB. Befindet sich das Grundstück im Eigentum einer GbR, so ist von dieser dinglichen Haftung nur das Gesellschaftsvermögen betroffen. Zwar trifft die Gesellschafter der GbR grundsätzlich auch insoweit – wie für *alle* Verbindlichkeiten der Gesellschaft – eine akzessorische⁴⁰ gesamtschuldnerische persönliche Haftung mit dem gesamten Vermögen. Diese Haftung hat aber richtigerweise lediglich den Inhalt, dass ein Gesellschafter allenfalls für den Fall, dass ihm irgendwelche besonderen Einwirkungsmöglichkeiten auf das Gesellschaftsgrundstück zustehen (er z.B. im Besitz des Grundstücks ist), ebenfalls die Zwangsvollstreckung dulden muss (vgl. insoweit die parallele Situation bei der OHG mit dem klassischen Streit zwischen Erfüllungs- und Haftungstheorie; hierzu: *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl. 2000, § 128 HGB Rdnrn. 9, 16); keinesfalls kann der Gesellschafter aufgrund seiner akzessorischen Haftung verpflichtet sein, gegebenenfalls den Grundschuldbetrag in Geld zu zahlen, da dies der Rechtsnatur von Grundpfandrechten und der Regelung des § 1147 BGB widerspricht und der Gläubiger einer Grundschuld an einem Gesellschaftsgrundstück eine solche persönliche Gesellschafterhaftung auch nicht erwarten kann⁴¹. Dass mangels Teilbarkeit einer Duldungsverbindlichkeit auch eine Teilschuldnerschaft der Gesellschafter von vornherein ausscheidet, hat das Schleswig-Holsteinische OLG deutlich gemacht. Dem Gericht ist daher uneingeschränkt beizupflichten: Bei einer Grundstücksverwaltungsgesellschaft sollte – selbst wenn die Beschränkung der Vertretungsmacht im Gesellschaftsvertrag entgegen der Rechtsprechung des BGH beachtlich wäre – im Gesellschaftsvertrag sicherlich nicht die Bestellung dinglicher Sicherheiten durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter ausgeschlossen sein. Bei richtiger Auslegung des Gesellschaftsvertrags, wie eben dargelegt, war daher die Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter bei der Grundschuldbestellung von vornherein nicht eingeschränkt und die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) von der Vertretungsmacht des Handelnden gedeckt. Mehr war vom Grundbuchamt nicht zu prüfen. Im Übrigen: Wenn das Grundbuchamt davon ausgegangen wäre, dass tatsächlich die Vertretungsmacht der handelnden Gesellschafter wegen der Haftungsbeschränkungsklausel nicht ausreicht, hätte es nicht eine Aufnahme der Beschränkungsklausel in die Grundschuldbestellungsurkunde, sondern die nachträgliche Genehmigung der Grundschuldbestellung durch sämtliche Gesellschafter fordern müssen, § 177 BGB.

Am Schluss sei in diesem Zusammenhang noch kurz erwähnt, dass auch der BGH nunmehr offensichtlich die Konsequenzen seiner strikten Rechtsprechung zur Unwirksamkeit jeglicher formularmäßigen Haftungsbeschränkung bei der GbR erkannt hat. In einem aktuellen Urteil vom 21.1.2002, Az: II ZR 2/00⁴², schränkt der BGH seine Rechtsprechung jedenfalls für geschlossene Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften in Form der GbR wieder ein: So gewährt er für von

³⁵ Ebenso: MünchKomm/Wagenitz, § 1821 Rdnr. 9 Fn. 36.

³⁶ „Sicherster Weg“; so auch *Reimann*, FS Hagen, 173, 177.

³⁷ BGHZ 142, 315 = MittBayNot 1999, 577.

³⁸ BGHZ 142, 315 = MittBayNot 1999, 577.

³⁹ Insoweit a.A. mit beachtlichen Argumenten z.B.: *Petersen/Rothenfußer*, GmbHR 2000, 757.

⁴⁰ BGH, MittBayNot 2001, 192.

⁴¹ Anders natürlich, wenn er neben der Grundschuld auch eine persönliche Haftungsübernahme durch die Gesellschaft verlangt.

⁴² DNotI-Report 2002, 84.

geschlossenen Immobilienfonds vor dem Urteil vom 27.9.1999 abgeschlossene Verträge Vertrauensschutz und lässt die Haftungsbeschränkung trotz fehlender individualvertraglicher Vereinbarung gelten, wenn die Haftungsbeschränkung entsprechend der früheren Rechtsprechung dem Vertragspartner erkennbar war; für seitdem abgeschlossene und künftig noch abzuschließende Verträge lässt er für geschlossene Immobilienfonds Haftungsbeschränkungen auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen zu. Daneben hält er die bisherige Recht-

sprechung zu Bauherrengemeinschaften⁴³, wonach künftige Wohnungseigentümer, die gemeinschaftlich als Gesellschafter einer GbR eine Wohnungseigentumsanlage errichten, für die Herstellungskosten nur anteilig haften, nunmehr ausdrücklich aufrecht. Im Ergebnis ist diese Entscheidung sicherlich zu begrüßen; die Begründung der Entscheidung wird aber letztlich von rein praktischen Erwägungen getragen. Die dogmatische Begründung, insbesondere für die Differenzierung zwischen geschlossenen Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften einerseits und sonstigen BGB-Außengesellschaften andererseits, bleibt der BGH dagegen schuldig.

⁴³ BGHZ 75, 26.

Auswirkungen des Kinderrechteverbesserungsgesetzes auf Vereinbarungen über eine heterologe Insemination

Von Notarassessor *Peter Eckersberger*, Nürnberg

Das in Form eines Artikelgesetzes ergangene und zum 12. April 2002 in Kraft getretene „Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten“ (Kinderrechteverbesserungsgesetz – KindRVerbG)¹ beinhaltet Änderungen unterschiedlicher Bereiche des Kindschaftsrechts. Einzelne Regelungen des BGB, des PStG und des SGB VIII wurden neu gefasst.² Für die notarielle Tätigkeit wesentlich ist dabei vor allem die Einfügung des § 1600 Abs. 2 n. F. BGB, wodurch das Vaterschaftsanfechtungsrecht im Falle heterologer Insemination gesetzlich geregelt wird.³ Der Beitrag stellt die Neuregelung vor und zeigt die hiermit verbundenen Probleme auf.

1. Ausgangspunkt

Die sich im Zusammenhang mit künstlicher Fortpflanzung stellenden rechtlichen Fragen sind vielfältig.⁴ Klare gesetzliche Regelungen existierten bislang nicht. Von der Rechtsprechung wurden lediglich Einzelprobleme behandelt, so dass die Rechtslage insgesamt von Unsicherheit gekennzeichnet ist. Vor diesem Hintergrund hat die Bundesnotarkammer in ihrem Rundschreiben Nr. 40/97 Empfehlungen für die notarielle Praxis hinsichtlich der Beurkundung oder Unterschriftsbeglaubigung bei Vereinbarungen über eine heterologe Insemination abgegeben, die dem bisherigen Rechtszustand gerecht wurden.⁵ Die Einfügung des § 1600 Abs. 2 n. F.

BGB durch das KindRVerbG bringt weitreichende Änderungen der Rechtslage in diesem Bereich mit sich⁶ und gibt daher Anlass, die sich in diesem Zusammenhang stellenden, insbesondere das Abstammungs- und Unterhaltsrecht betreffenden Fragen neu zu überdenken.⁷

2. Begriffsbestimmungen

Insemination bezeichnet die künstliche, d. h. die außergeschlechtliche Befruchtung der weiblichen Eizelle. Heterologe Insemination liegt vor, wenn der Spermien von einem Dritten, also nicht von dem Ehemann oder, im Falle einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, von dem Partner der Mutter abstammt. Von homologer Insemination wird gesprochen, wenn zur Befruchtung der Samen des Ehemannes oder, bei nicht verheirateten Paaren (quasi-homologe Insemination), der Samen des Partners der Mutter verwendet wird.⁸ § 1600 Abs. 2 n. F. BGB bezieht sich ausschließlich auf die

¹ BGBl. 2002, Teil I, 1239 f., abgedruckt in FamRZ 2002, 803.

² Nach § 1618 n. F. BGB ist die Einbenennung eines Kindes in den neuen Ehenamen eines Elternteils nunmehr auch dann möglich, wenn dessen leiblichen Eltern ein gemeinsames Sorgerecht zusteht. Die Neufassung des § 1666 a n. F. BGB gestattet die „Wegweisung“ eines Elternteils oder eines Dritten aus der Umgebung des Kindes zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung. Zu diesen für den Notar weniger relevanten Änderungen: *Janzen*, FamRZ 1998, 785 ff.

³ Die Regelung lautet: „(2) Ist das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, so ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter ausgeschlossen.“

⁴ Aus dem umfangreichen Schrifttum vgl. etwa *Spickhoff*, AcP 197 (1997), 398 ff.; *Coester-Waltjen*, FamRZ 1992, 369 ff.; *Roth*, FamRZ 1996, 769 ff.; *Kirchmeier* FamRZ 1998, 1281 ff.

⁵ Rundschreiben der BNotK Nr. 40/97 vom 11.12.1997 = DNotZ 1998, 241 ff.

⁶ Eine umfassende Regelung der künstlichen Befruchtung steht allerdings nach wie vor aus. Diese war in dem geplanten Fortpflanzungsmedizinengesetz beabsichtigt, dessen Verabschiedung aber nicht abzusehen ist (vgl. Entwurf, BT-Drs. 13/4899, 166 und Rechtsausschuss BT-Drs. 13/8511, 81).

⁷ Hinsichtlich der erbrechtlichen Konsequenzen ergeben sich durch die Neuregelung keine Änderungen, so dass die im Rundschreiben der BNotK Nr. 40/97 gemachten Ausführungen nach wie vor Gültigkeit besitzen.

⁸ Zu den Definitionen vgl. statt aller *Palandt/Diederichsen*, 61. Aufl., Einf. v. § 1591, Rdnr. 14 f. Zu den medizinischen Möglichkeiten der künstlichen Befruchtung: *Schwab*, FamR, 11. Aufl., Rdnr. 487.

heterologe Variante, da im Falle homologer Insemination ein besonderes Regelungsbedürfnis hinsichtlich des Vaterschaftsanfechtungsrechts nicht besteht.⁹

3. Änderungen im Abstammungsrecht

Als Vater eines Kindes aus einer heterologen Insemination gilt gem. §§ 1592 Nr. 1, 1593 BGB der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist oder der nach §§ 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB die Vaterschaft anerkannt hat.¹⁰ Die gesetzlichen Vermutungen greifen selbst in solchen Fällen ein, in denen – wie bei der heterologen künstlichen Befruchtung – offensichtlich ist, dass der Partner der Kindsmutter nicht der genetische Vater des Kindes sein kann.¹¹ Erst wenn auf Grund einer Vaterschaftsanfechtungsklage gem. §§ 1600 ff. BGB rechtskräftig festgestellt wurde, dass der (Ehe-)Mann nicht der genetische Vater des Kindes ist, entfällt die Vaterschaft (§ 1599 Abs. 1 BGB).¹²

Die bisherige Diskussion in Rechtsprechung und Schrifttum drehte sich daher zentral um die Frage, inwieweit das Recht des Mannes, seine Vaterschaft anzufechten, durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zwischen ihm und der Mutter ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann. In seiner Grundsatzentscheidung vom 7.4.1983 sprach der BGH aus, dass ein rechtsgeschäftlicher Verzicht auf das Anfechtungsrecht wirkungslos sei.¹³ Lediglich in eng begrenzten Ausnahmekonstellationen komme ein Ausschluss des Anfechtungsrechts unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung oder eines Verstoßes gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens in Betracht.¹⁴ Die Abgabe einer bloßen Erklärung, auf das Anfechtungsrecht zu verzichten, reiche für die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens in keinem Fall aus.¹⁵

Durch die Einfügung des § 1600 Abs. 2 n. F. BGB wurde nunmehr ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand geschaffen, der – neben der Versäumung der Anfechtungsfrist – eine Vaterschaftsanfechtung durch (Ehe-)Mann und Mutter ausschließt. Zweck der Regelung ist es, Kindern aus einer heterologen Insemination eine Rechtsstellung zu dem als ihrem Vater geltenden Mann zu verschaffen, wie sie angenommene minderjährige Kinder haben.¹⁶ Dahinter steht die Grundüberlegung des Gesetzgebers, dass von Paaren, die miteinander den Wunsch nach einem Kind aus einer heterologen Insemination äußern, erwartet werden kann, dass sie zu der gemeinsam übernommenen Verantwortung gegenüber dem Kind dauerhaft stehen.¹⁷

⁹ Bei der homologen Variante kommt es nicht zum Auseinanderfallen von genetischer Abstammung und rechtlicher Zuordnung. MünchKomm/Seidel, 4. Aufl., § 1592, Rdnr. 30.

¹⁰ Staudinger/Rauscher, (2000), Anh. zu § 1592, Rdnr. 9.

¹¹ Palandt/Diederichsen, 61. Aufl., § 1591, Rdnr. 3; BGH, NJW 1983, 2073.

¹² Schwab, FamR, 11. Aufl., Rdnr. 487; Palandt/Diederichsen, § 1591, Rdnr. 3; MünchKomm/Seidel, 4. Aufl., § 1592, Rdnr. 35. Nach erfolgreicher Anfechtung kann das Kind dann die Feststellung des Samenspenders nach § 1600d BGB betreiben, vgl. Staudinger/Rauscher (2000), Anh. zu § 1592, Rdnr. 11.

¹³ BGH, NJW 1983, 2073 ff.; bestätigt durch BGH, NJW 1995, 2921 ff.

¹⁴ Zur Beweislast: BGH, FamRZ 1993, 695. Insgesamt kritisch: Spickhoff, AcP 197 (1997), 398, 413 ff.

¹⁵ BGH, NJW 1983, 2073 ff.; BGH, NJW 1995, 2921 ff.; OLG Celle, NJW 1992, 1516, 1517; BGB, RGRK, 12. Aufl., § 1591, Rdnr. 37; weniger weitgehend: OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, 762; a.A. Staudinger/Göppinger, 12. Aufl., § 1591, Rdnr. 40 m.w.N.

¹⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/2096 vom 11.11.1999, Seite 7.

¹⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/2096 vom 11.11.1999, Seite 6.

a) Reichweite des Anfechtungsausschlusses gem. § 1600 Abs. 2 n. F. BGB

Der Ausschluss des Anfechtungsrechts betrifft die Mutter des Kindes sowie den in die Insemination einwilligenden Mann, dessen Vaterschaft nach §§ 1592 Nr. 1 und 2, 1593 BGB gesetzlich vermutet wird. § 1600 Abs. 2 n. F. BGB erfasst daher sowohl das Anfechtungsrecht des Ehemannes als auch dasjenige des nicht mit der Mutter verheirateten Mannes, der sein Einverständnis zu dieser Art der Kindszeugung erklärt und die Vaterschaft anerkannt hat.¹⁸

Die Begründung geht dabei davon aus, durch die Neuregelung werde sichergestellt, dass es für eheliche und nichtehelich geborene Kinder zu gleichen Ergebnissen komme.¹⁹ Dies trifft indes nicht zu. Eine Gleichstellung wäre nur dann gegeben, wenn bei nicht verheirateten Paaren der Mann noch vor der Zeugung sein Vaterschaftsanerkennnis²⁰ erklärt, was aber nach geltendem Recht nicht statthaft ist. Die Möglichkeit, die Vaterschaft noch nach der Zeugung anzuerkennen, ist kein gleich sicherer Weg, da eine Verpflichtung des Mannes hierzu nicht besteht und dieser es sich nach erfolgreicher Befruchtung immer auch noch „anders überlegen kann“.²¹ Die Vaterschaftsanerkennung ist gem. § 1594 Abs. 4 BGB zwar schon vor der Geburt des Kindes zulässig. Einer Anerkennung vor der Zeugung steht allerdings § 1594 Abs. 3 BGB entgegen, da es sich hierbei um eine – unzulässige – Anerkennung unter der (stillschweigenden) Bedingung handelt, dass es überhaupt zur Empfängnis kommt.²² Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht soll zwar für die Fälle der heterologen Insemination etwas anderes gelten, da es „sinnvoll erscheine, dass die Anerkennung uno actu mit der Einwilligung in die Behandlung erklärt wird“.²³ Dies überzeugt allerdings – bei aller Wünschbarkeit einer solchen Lösung – nicht. Die Sinnhaftigkeit oder Sinnlosigkeit einer Gegebenheit kann nicht über zwingende gesetzliche Bestimmungen hinweghelfen. Auch die Befürworter²⁴ einer Ausnahme müssen zugestehen, dass hier eine Erklärung unter einer echten Bedingung erfolgt, was de lege lata unzulässig ist, da das geltende Recht kein präkonzeptionelles Anerkenntnis kennt.²⁵

Das aus der Insemination hervorgegangene Kind ist hingegen weiterhin berechtigt, die Vaterschaftsanfechtungsklage zu erheben. Nach § 1600 a Abs. 3 BGB ist bei geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Kindern die Anfechtung durch den gesetzlichen Vertreter vorzunehmen. Hieran dürfte sich auch durch den Anfechtungsausschluss für Mann und Mutter nichts geändert haben. Soweit die Mutter das minderjährige Kind im Anfechtungsprozess vertritt, handelt es sich

¹⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/2096 vom 11.11.1999, Seite 7. Nach ärztlichem Standesrecht ist dabei zwischenzeitlich auch die grundsätzliche Zulässigkeit einer heterologen Insemination bei nicht verheirateten Paaren gegeben, wenn festgestellt werden kann, dass diese in „einer auf Dauer angelegten Partnerschaft leben“, vgl. Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Dt. Ärzteblatt 1998; 95: A 3168, A 3170 (Heft 49).

¹⁹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/2096 vom 11.11.1999, Seite 7.

²⁰ Das Anerkenntnis bedarf gem. § 1597 Abs. 1 BGB der öffentlichen Beurkundung.

²¹ Auf diese Schutzlücke für das nichteheliche Kind weist auch Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281, 1286 hin.

²² MünchKomm/Wellenhofer-Klein, 4. Aufl., § 1594, Rdnr. 41.

²³ MünchKomm/Wellenhofer-Klein, Fn. 22. Spickhoff, AcP 197 (1997), 398, 426 will mit einer teleologischen Reduktion helfen.

²⁴ Spickhoff, AcP 197 (1997), 398, 426.

²⁵ Ebenso: Kirchmeier, FamRZ 1998, 1281, 1286.

immer um eine eigene Klage des Kindes.²⁶ Es erscheint allenfalls denkbar, im Einzelfall eine Umgehung des § 1600 Abs. 2 n. F. anzunehmen, etwa dann, wenn die Mutter als Vertreter des Kindes Anfechtungsklage erhebt, ohne dass dies im erkennbaren Interesse des Kindes, wohl aber im eigenen Interesse der Mutter liegt. Eine Korrektur ist dabei jedoch in ausreichendem Maße über die Kindeswohlklausel des § 1600 a Abs. 4 BGB sicherzustellen²⁷, wonach eine solche Klage bereits als unzulässig abzuweisen wäre.²⁸ § 1600b Abs. 3 BGB lässt schließlich die Anfechtung nach Eintritt der Volljährigkeit durch das Kind auch dann zu, wenn sein gesetzlicher Vertreter die zweijährige Anfechtungsfrist des § 1600b Abs. 1 Satz 1 BGB versäumt hat.

b) Adressat der Einwilligung in die Insemination

Das Gesetz enthält keine eindeutige Aussage darüber, wem gegenüber die Einwilligung zur künstlichen Befruchtung zu erklären ist. In der Praxis wird die Einwilligung von (Ehe-)Mann und Mutter häufig im Rahmen einer Vereinbarung mit dem behandelnden Arzt abgegeben.²⁹ Die Richtlinien der Bundesärztekammer sehen eine Einbeziehung des Mannes vor, so dass im Regelfall die Einwilligung auch gegenüber dem Arzt erklärt werden wird.³⁰ Dennoch ist die Frage des richtigen Adressaten nicht nur theoretischer Natur, da künstliche Befruchtungen häufig im Ausland erfolgen und hier durchaus Fälle denkbar sind, in denen die Einwilligung zwar der Mutter, nicht aber dem Arzt gegenüber erklärt wird.

Nach dem Gesetzeswortlaut spricht viel dafür, die gegenüber der Mutter erklärte Einwilligung ausreichen zu lassen. Die Formulierung, das Kind müsse mit „Einwilligung des Mannes und der Mutter ... gezeugt“ worden sein, kann nicht so verstanden werden, dass Empfänger der Einwilligungserklärung des Mannes unbedingt (auch) der die Zeugung vornehmende Arzt sein muss. Grund des Anfechtungsausschlusses ist die gemeinsam von Mutter und (Ehe-)Mann übernommene Verantwortung gegenüber dem Kind.³¹ Der vom Gesetzgeber angesprochene Vertrauenstatbestand knüpft folglich an eine Absprache der (Ehe-)Partner untereinander an. Eine Einbeziehung des Arztes ist somit nicht zwingend erforderlich.

c) Formgebundenheit der Einwilligung in die Insemination

Die Einwilligung ist an keine Form gebunden. Die BNotK hatte bereits in ihrer Stellungnahme zum Gesetzgebungsverfahren vom 29.8.2000 auf die Risiken hingewiesen, die durch den fehlenden Formzwang entstehen.³² Hierzu gehört insbesondere der nicht vorhandene Schutz des Ehemannes vor Über-

eilung.³³ Auch die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren angemerkt, dass durch Festlegung eines Zwangs zur notariellen Beurkundung „der weitreichenden Bedeutung der Einwilligung Rechnung getragen sowie Beweisschwierigkeiten vorgebeugt“ werden würde.³⁴ Der Gesetzgeber hat sich dieser Argumentation leider verschlossen.³⁵

Für die Praxis ist aber zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung eine umfassende Aufklärung zur Grundvoraussetzung für die Beachtlichkeit der Anfechtungsverzichtserklärung gemacht hat.³⁶ Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass eine – im Extremfall denkbare – spontane, mündlich abgegebene Einwilligungserklärung im Falle einer streitigen Auseinandersetzung die Billigung der Rechtsprechung kaum finden wird. Auch unter dem Gesichtspunkt der gerichtsfesten Beweisbarkeit führt an einer schriftlich abgefassten Vereinbarung, aus der deutlich hervorgeht, dass eine eingehende Beratung erfolgte, nichts vorbei. Es ist daher allen an einer heterologen Insemination Beteiligten dringend zu empfehlen, den „sichersten Weg zu beschreiten“ und die zu Grunde liegenden Vereinbarungen notariell beurkunden zu lassen. Soweit in der Praxis, insbesondere von den behandelnden Ärzten, lediglich eine Unterschriftsbeglaubigung gewünscht wird, sollten die Vorteile der Beurkundung dargestellt werden.³⁷

d) Widerruf

Das Gesetz lässt offen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Widerruf der Einwilligung möglich ist. Der BGH ging in seiner bisherigen Rechtsprechung davon aus, die Zustimmung des Mannes sei bis zum Zeitpunkt der Durchführung der zur Schwangerschaft führenden Insemination frei widerruflich, danach sei er an seiner Erklärung unwiderruflich festzuhalten.³⁸ Eine unwiderrufliche Bindung vor der Zeugung kann nach dieser Rechtsprechung auch nicht vereinbart werden, da eine Verpflichtung zu einer bestimmten Familienplanung von der Rechtsordnung abgelehnt werde. Umgekehrt sei ein Widerruf, ebenso wie eine einverständliche Aufhebung durch Mann und Mutter nach dem Erfolg der Befruchtungsbearbeitung, unzulässig, da mit der Zeugung des Kindes „vollendete Tatsachen“ geschaffen worden seien.³⁹

Diese Aussagen des BGH dürften – obwohl sie auf die unterhaltsrechtlichen Wirkungen der Zustimmungserklärung bezogen sind – auf die das Abstammungsrecht betreffende Einwilligung des § 1600 Abs. 2 n. F. BGB übertragen werden können. Die Gesetzesformulierung, das Kind müsse mit der „Einwilligung ... gezeugt“ worden sein spricht dafür, dass jedenfalls nach der Zeugung sowohl ein einseitiger Widerruf als auch eine einvernehmliche Aufhebung zwischen Mann und Mutter wirkungslos sind. Eine unwiderrufliche Bindung vor der Zeugung würde hingegen nach wie vor gegen die vom BGH dargestellten „elementaren Grundsätze des Familienrechts und des Verfassungsrechts verstoßen“ und wird auch von der Formulierung des § 1600 Abs. 2 n. F. BGB nicht gefordert.

²⁶ Die Mutter ist zur Vertretung des Kindes im Statusverfahren berechtigt, wenn ihr das Sorgerecht allein zusteht (§§ 1626a, 1671 BGB), ansonsten wird das Kind von einem Pfleger gem. §§ 1909 Abs. 1, 1915 BGB vertreten. Vgl. *Palandt/Diederichsen*, 61. Aufl., § 1600 a, Rdnrn. 5, 8.

²⁷ Rechtsausschuss, BT-Drs. 14/8131, 16.

²⁸ *Palandt/Diederichsen*, 61. Aufl., § 1600 a, Rdnr. 10.

²⁹ Mustervertrag nach den Richtlinien des Vorstands der Arbeitsgemeinschaft für homogene Insemination.

³⁰ Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Dt. Ärzteblatt 1998; 95: A-3166-3171 (Heft 49).

³¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/2096, v. 11.11.1999, S. 7.

³² Stellungnahme der BNotK vom 29.8.2000, S. 4. Es ist zudem kaum erklärbar, weshalb die Anerkennung gem. § 1597 BGB einem Formzwang untersteht, während dies für die Einwilligung nicht gelten soll. In Inhalt und rechtlicher Wirkung sind beide Erklärungen unmittelbar vergleichbar.

³³ In der Literatur wird ein Zwang zur öffentlichen Beurkundung seit langem gefordert. Vgl. etwa *Giesen*; FS für Hegnauer, S. 55, 62; *Deutsch*, NJW 1986, 1971, 1974; *Spickhoff*, AcP 197 (1997), 398, 420; *Kirchmeier*, FamRZ 1998, 1281, 1283.

³⁴ Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 14/2096, vom 11.11.1999, Anlage 2, Seite 10. So auch BGH, NJW 1983, 2073, 2074.

³⁵ Im Gegensatz etwa zu Österreich, wo gem. § 156 a ABGB ein Beurkundungszwang besteht („Notariatsakt“).

³⁶ OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, 762; AG Lüdenscheid, NJW 1986, 784, 785.; hierzu *Spickhoff*, AcP 197 (1997) 398, 404.

³⁷ Rundschreiben der BNotK Nr. 40/97, S. 15.

³⁸ BGH, DNotZ 1996, 778, 784 f.

³⁹ BGH, DNotZ 1996, 778, 784 f.

Ungeklärt ist allerdings nach wie vor, wer Adressat der Widerrufserklärung ist und welche Folgen die Nichtbeachtung eines Widerrufs durch Arzt oder Mutter auslöst. Der BGH ließ offen, ob ein gegenüber der Klinik erklärter Widerruf ausreicht, oder ob dieser gegenüber der (Ehe-)Frau abzugeben ist.⁴⁰ Die sich hier stellende Problematik ist m.E. parallel zur oben diskutierten Frage zu beantworten, wer als richtiger Adressat der Einwilligungserklärung anzusehen ist. Der Widerruf ist letztlich ein „actus contrarius“ zur Einwilligung und muss folglich entsprechend deren Regeln behandelt werden. Er ist dem entsprechend zwingend (auch) der Mutter gegenüber zu erklären.⁴¹ Setzt diese trotz erklärten Widerrufs die Behandlung fort und kommt es zur Geburt eines Kindes, ist § 1600 Abs. 2 n. F. BGB nicht anwendbar – eine Vaterschaftsanfechtung daher möglich.⁴²

Der Widerruf kann wie die Einwilligung formlos erklärt werden. Auch an dieser Stelle wird deutlich, dass der Gesetzgeber dem Bürger durch die fehlende Anordnung eines Beurkundungszwangs „Steine statt Brot“ gegeben hat. Oftmals ist die Frage, wann und gegenüber wem der Widerruf erklärt wurde, nicht mehr nachweisbar. Dabei ist der im Unterhaltsprozess beklagte Ehegatte für die Rechtzeitigkeit des Widerrufs beweislaster.⁴³ Die Wahrung der notariellen Form empfiehlt sich hier besonders.⁴⁴

4. Änderungen im Unterhaltsrecht

Bei Eingreifen der Vaterschaftsvermutungen gem. § 1592 Nrn. 1 und 2 BGB folgt der Unterhaltsanspruch des Kindes aus §§ 1601 ff. BGB. Probleme stellen sich vor allem dann, wenn die Vaterschaft wirksam angefochten wurde, da bei Erfolg des Statusverfahrens der gesetzliche Unterhaltsanspruch entfällt. Der BGH entschied für verheiratete Paare, dass dem Kind ein vertraglicher Unterhaltsanspruch zustehe, wenn eine Vereinbarung zwischen den Eheleuten vorliege, mit welcher der Ehemann sein Einverständnis zur Insemination erteilt habe. Eine solche Vereinbarung enthalte einen von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten berechtigenden Vertrag zugunsten des Kindes gem. § 328 Abs. 2 BGB, worin sich der Ehemann verpflichte, dem Kind Unterhalt wie ein leiblicher Vater zu gewähren.⁴⁵ Durch die wirksame Vaterschaftsanfechtung entfalle zwar die Geschäftsgrundlage der Vereinbarung. Es könne hieraus aber derjenige keine Rechte herleiten, der – wie der anfechtende Vater – die Änderung der Verhältnisse selbst bewirkt habe, so dass der Unterhaltsanspruch im Ergebnis bestehen bleibe. Diese Probleme sind durch die Anordnung des Anfechtungsausschlusses gem. § 1600 Abs. 2 n. F. BGB nunmehr entfallen.

Möglich ist allerdings weiterhin eine Vaterschaftsanfechtung durch das Kind. Hier hatte die Rechtsprechung entschieden, dass ein aus der Einwilligung des Mannes zur Durchführung der Insemination abzuleitender vertraglicher Unterhaltsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage entfalle.⁴⁶

⁴⁰ BGH, DNotZ 1996, 778, 785; OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, 762, 764 sieht offenbar die Abgabe des Widerrufs gegenüber Arzt und Mutter als erforderlich an.

⁴¹ So auch *Staudinger/Rauscher* (2000), Anh. zu § 1592, Rdnr. 25.

⁴² Anders ist dies u. U. im Hinblick auf die unterhaltsrechtlichen Auswirkungen der Einwilligung zu beurteilen. *Staudinger/Rauscher* (2000), Anh. zu § 1592, Rdnr. 25 und unten Fn. 47.

⁴³ BGH, DNotZ 1996, 778, 785.

⁴⁴ Ebenso *Kirchmeier*, FamRZ 1998, 1281, 1283.

⁴⁵ *Spickhoff*, AcP 197 (1997), 398, 406.

⁴⁶ BGH, NJW 1995, 2031, 2032; OLG Hamm, NJW 1994, 2424, 2425; MünchKomm/Seidel, 4. Aufl., § 1592, Rdnr. 35.

Unterhaltsverpflichtet gem. § 1601 ff. BGB ist dann der gem. § 1600d festgestellte Samenspender. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Verträge zwischen (Ehe-)Paar und Arzt häufig die ausdrückliche Verpflichtung enthalten, den Samenspender von Unterhaltsforderungen des Kindes freizustellen, so dass der (Ehe-)Mann in diesem Fall letztlich doch in Anspruch genommen werden kann.⁴⁷ Die bloße Einwilligung des Mannes zur Befruchtung begründet hingegen, mangels entsprechenden Willens des die Einwilligung Erklärenden, keine solche Freistellungsverpflichtung.⁴⁸ § 1600 Abs. 2 n. F. BGB ändert an diesem Ergebnis nichts. Der (Ehe-)Mann verzichtet durch die Einwilligung lediglich auf sein eigenes Anfechtungsrecht. Dadurch kommt aber noch deutlicher als bisher zum Ausdruck, dass Geschäftsgrundlage der Einwilligung die Vorstellung des (Ehe-)Mannes ist, die rechtlichen und sozialen Beziehungen zu dem Kind würden sich so entwickeln, als sei er der genetische Vater. § 1600 Abs. 2 n. F. BGB macht jetzt deutlich, dass die Einwilligung als solche gerade keine Verpflichtung gegenüber Arzt oder Samenspender begründet, so dass eine Freistellungsverpflichtung nach wie vor explizit vereinbart werden muss.

Gesetzlich nicht geregelt und durch die Rechtsprechung bislang auch noch nicht entschieden ist hingegen der Fall, dass ein nicht verheiratetes Paar in die heterologe Insemination einwilligt, ein Vaterschaftsanerkennnis aber nicht abgeben wird. Eine solche Konstellation ist auch durch das KindR-VerbG nicht ausgeschlossen. Es erscheint fraglich, ob die Rechtsprechung auch hier einen berechtigenden Vertrag zugunsten des Kindes annehmen wird. M.E. spricht vieles für eine solche entsprechende Anwendung. Insbesondere die Begründung zum KindR-VerbG, wonach eine Schlechterbehandlung des nichtehelich geborenen Kindes vermieden werden soll, legt es nahe, die für eheliche Kinder aufgestellten Grundsätze auch auf nichteheliche zu erstrecken. In beiden Fällen wurde – worauf auch der BGH abstellte⁴⁹ – von dem (Ehe-)Paar bewusst in die Zeugung eingewilligt und eine gemeinsame Verantwortung für das Kind übernommen. § 1600 Abs. 2 n. F. BGB stärkt die Position des Kindes und liefert diesbezüglich ein neues Argument.

5. Schlussbemerkungen

Die Neuregelung wirft – wie so oft – mehr Fragen auf, als sie eigentlich hätte beantworten sollen. Insgesamt ist es sehr zu bedauern, dass der Gesetzgeber sich mit einer isolierten Teilregelung begnügt hat, statt eine umfassende rechtliche Gestaltung des gesamten Problembereichs in Angriff zu nehmen. Nach wie vor fehlen Aussagen, die zur grundsätzlichen Zulässigkeit der verschiedenen Methoden der Fortpflanzungsmedizin eindeutig Stellung beziehen. Dieses Feld wird derzeit weitgehend dem ärztlichen Standesrecht überlassen – ein Zustand, der weder die behandelnden Ärzte noch die beteiligten Juristen oder „Eltern“ wirklich zufrieden stellen kann. Gerade dort, wo es um zentrale Grundsatzfragen des Familienrechts geht, ist Rechtssicherheit für alle Beteiligten unabdingbar. Dies kann aber nur durch klare gesetzliche Vorschriften erreicht werden. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber die nach wie vor bestehenden Lücken bald schließen wird.

⁴⁷ In diesem Fall trifft den (Ehe-)Mann eine vertragliche Nebenpflicht den Widerruf der Einwilligung auch gegenüber dem Arzt zu erklären. Verletzt er diese Pflicht, ist er ggf. zum Schadensersatz gem. § 280 BGB verpflichtet. Vgl. *Staudinger/Rauscher* (2000), Anh. zu § 1592, Rdnr. 25.

⁴⁸ *Staudinger/Rauscher* (2000), Anh. zu § 1592, Rdnr. 25, a. A. *Hager*, Die Stellung des Kindes nach heterologer Insemination, 24 ff.

⁴⁹ BGH, NJW 1995, 2921, 2922.

TAGUNGSBERICHT

Vertragsobjekt Ehe und Lebenspartnerschaft**Bericht über das Zweite Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 19.4.2002**Von Notarassessor *Alexander Krafka*, Würzburg

Unter der Leitung von *Prof. Dr. Klaus Tiedtke* (Universität Würzburg) fand am 19.4.2002 in Würzburg zum zweiten Mal unter Teilnahme und Mitwirkung von Rechtswissenschaftlern und -praktikern das Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg statt. In fünf Vorträgen wurden verschiedene aktuelle Problemkomplexe des Familienrechts beleuchtet, drei davon behandelten das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft, die übrigen zwei betrafen zivil- und steuerrechtliche Fragen aus dem Bereich des Eherechts.

Zu Beginn der Veranstaltung referierte *Prof. Dr. Dagmar Kaiser* (Universität Mainz) über das „Güter- und Vermögensrecht der eingetragenen Lebenspartnerschaft“, ein Thema das insbesondere von der nur teilweise geglückten Verweisungstechnik des LPartG auf die eherechtlichen Vorschriften des BGB lebt. Bereits bei Eingehung einer Lebenspartnerschaft stellen sich fundamentale Rechtsfragen: Da gemäß § 1 Abs. 1 S. 4 und § 6 Abs. 1 LPartG die Erklärung der Lebenspartner über ihren Vermögensstand für die Wirksamkeit der Lebenspartnerschaft konstitutive Bedeutung hat, liegt bei vollständigem Fehlen dieser Erklärung eine „Nichtpartnerschaft“ vor. Ist lediglich die zwischen den Partnern getroffene Vereinbarung über den Vermögensstand unwirksam, so gilt nach § 6 Abs. 3 LPartG der Auffangvermögensstand der Vermögenstrennung. Hingegen enthält das Gesetz für den Fall einer zwar vorhandenen, gleichwohl aber unwirksamen Erklärung über den Vermögensstand keine vergleichbare Regelung. *Prof. Dr. Kaiser* empfahl nicht nur an dieser Stelle, den Wortlaut des Gesetzes ernst zu nehmen, mit der Folge, dass z.B. infolge einer bewusst unrichtigen Erklärung der Beteiligten keine wirksam begründete Lebenspartnerschaft vorliegt.

Für die Vertragsgestaltung schätzte die Referentin den rechtlichen Spielraum für Partnerschaftsverträge als sehr weitgehend ein, da den gesetzlichen Vorschriften letztlich im Unterschied zum Eherecht des BGB nicht das Bild der häuslichen Gemeinschaft und der Zuverdienerpartnerschaft zugrunde gelegt wurde. Dies zeigt insbesondere die Anordnung des Auffangvermögensstands der Vermögenstrennung (§ 6 Abs. 3 LPartG). Da diese Vorschrift nur bei der Begründung der Partnerschaft gilt, ist jedoch bei Trennungvereinbarungen im Rahmen der Aufhebung der Lebenspartnerschaft (§ 15 LPartG) nach Auffassung der Vortragenden durchaus mit einer stärkeren Inhaltskontrolle der Gerichte zu rechnen.

Prof. Dr. Kaiser wies zudem auf weitere Unstimmigkeiten des Gesetzes hin: So sieht zwar der Verweis des § 8 Abs. 2 LPartG die Möglichkeit vor, die „Schlüsselgewalt“ nach § 1357 Abs. 2 S. 2 BGB i.V.m. § 1412 BGB auszuschließen. Jedoch wurde das Güterrechtsregister nicht für Lebenspartnerschaften geöffnet, so dass der Ausschluss der „Schlüsselgewalt“ gegenüber Dritten nach Auffassung der Referentin nur wirkt, wenn er dem jeweiligen Dritten einzeln mitgeteilt wird. Soweit für die zahlreichen gesetzlichen Unstimmigkeiten vertraglich Abhilfe geschaffen werden kann, empfahl die Vor-

tragende, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Oder mit den Worten von *Prof. Dr. Kaiser*: Im Bereich des Rechts der Lebenspartnerschaften gibt es für Notare einiges zu tun.

In seinem anschließenden Beitrag befasste sich *Prof. Thomas Reich* (FH Würzburg-Schweinfurt) mit den „Erbschaft- und Schenkungsteuerlichen Rahmenbedingungen der Vermögensnachfolge eingetragener Lebenspartner“. Besonderheiten wirft die behandelte Thematik v.a. durch die bislang noch fehlende Verabschiedung des sog. „Lebenspartnerschaftsergänzungsgesetzes“ auf, in welchem sämtliche steuerrechtlichen Bestimmungen zu dem bereits in Geltung befindlichen zivilrechtlichen Regelungskomplex enthalten sind. Die Abtrennung dieser Gesetzesteile erfolgte, um für den vorrangig zivilrechtlichen Teil des Vorhabens die Zustimmungspflicht des Bundesrates zu vermeiden. Dass die hierdurch aufgeworfenen Spannungen und Verwerfungen auch in kreativer Weise von den Steuerpflichtigen genutzt werden können, zeigte der Beitrag von *Prof. Reich* auf.

Einen Ansatzpunkt zur erbrechtlichen Gestaltung bietet hierfür die weiterhin nur für Ehegatten geltende Begünstigung des § 15 Abs. 3 ErbStG im Gegensatz zur allgemein anwendbaren Vorschrift des § 6 Abs. 2 S. 2 ErbStG. Sieht, wie dies oft der Fall sein wird, der Verteilungsplan von Lebenspartnern einerseits die Absicherung des Überlebenden vor, andererseits die schlussendliche Zuwendung an Verwandte eines oder beider Lebenspartner, so stehen dem Endbedachten die aufgrund eines Verwandtschaftsverhältnisses zum Erstversterbenden bestehenden höheren Freibeträge nur zu, wenn in der Verfügung der Weg der Nacherbeinsetzung gewählt wurde. Hingegen führt eine im gemeinschaftlichen Testament wechselbezügliche bzw. im Erbvertrag vertragsmäßige Schlusserbeinsetzung dazu, dass der höhere Freibetrag nicht besteht, wenn der mit dem Erben verwandte Lebenspartner als erster stirbt, da § 15 Abs. 3 ErbStG nur für Ehegatten Anwendung findet.

Eine Vielzahl von steuergünstigen Gestaltungsmöglichkeiten wurde vom Referenten für den Fall erläutert, dass die Lebenspartner den Vermögensstand der Vermögensgemeinschaft vertraglich vereinbaren. Jedoch ist im zivilrechtlichen Schrifttum umstritten, ob dies überhaupt möglich ist, da zwar die Gesetzesmaterialien die Vermögensgemeinschaft erwähnen, der systematische Regelungszusammenhang jedoch eher gegen die Zulässigkeit spricht.

Sodann stellte *Prof. Dr. Thomas Rauscher* (Universität Leipzig) in seinem Vortrag die „Grenzen der Vertragsfreiheit im Unterhaltsrecht“ anhand der Konsequenzen aus der Rechtsprechung des BVerfG dar. In sehr anschaulicher Weise wurde deutlich, dass die von den Verfassungsrichtern herangezogenen Argumente nur dann verständlich werden, wenn als Wesen der Ehe die Versorgung der Frau zugrunde gelegt wird und zur Prämisse erhoben wird, dass der Partner der von ihm schwangeren Frau verpflichtet ist, diese zu heiraten.

Für die künftige Entwicklung der Rechtsprechung erachtete der Referent als entscheidend, dass diese sich an ihrer bisherigen Linie der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB orientiert. Allerdings ist als Maßstab nicht die Vorschrift des § 1615 I BGB heranzuziehen, da in der Ehe die zeitliche Dauer des nahehelichen Unterhalts als gesetzliche Vorgabe zu beachten ist. Allenfalls für die Bemessung der Unterhaltshöhe ist eine Orientierung an den vorehelichen Gegebenheiten entsprechend § 1615 I BGB zulässig, sofern man mit dem BVerfG den Gesichtspunkt in den Vordergrund stellt, dass die Frau durch die Kindesbetreuung in der Ehe einen Nachteil in ihrem beruflichen Fortkommen erleidet.

Für die allgemeine Ausübungskontrolle prognostizierte *Prof. Dr. Rauscher*, dass im Rahmen des § 1570 BGB auch Aspekte des Eigeninteresses des Kindesbetreuenden Ehegatten eine stärkere Akzentuierung erfahren werden, so dass künftig bei der Vertragsgestaltung genauer differenzierende Begrenzungen und Modifikationen des nahehelichen Unterhalts eine wesentlich größere Bedeutung haben werden als bislang. Im Übrigen erwog *Prof. Dr. Rauscher* de lege ferenda auch für Vereinbarungen über den nahehelichen Unterhalt die Form des Ehevertrags vorzusehen, um so das eigentliche Problem, nämlich den Mangel vorausschauender Gestaltungen durch die Bereitstellung der notariellen Beratungskompetenz, zu lösen.

Für die derzeitige notarielle Praxis schlug der Referent vor, einer schwangeren Verlobten die Möglichkeit eines Verzichts auf die Ehe unter Abschluss eines nichtehelichen Partnerschaftsvertrages (unter Vereinbarung vertraglichen Unterhalts über § 1615 I BGB hinausgehend und Aufnahme einer Sorgeerklärung nach § 1626 a BGB) zu unterbreiten. Den unglücklichen Alternativen, dass statt der Eheschließung die Frau verlassen wird oder durch die Eheschließung der Mann auch finanziell „gefangen“ wird, kann auf diesem Weg durch eine für alle Beteiligten akzeptable Lösung begegnet werden.

Weiterhin referierte Notar *Dr. Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach* (Köln) über die „Erbrechtsgestaltung eingetragener Lebenspartner“. Da die Rechtslage zur Lebenspartnerschaft der des ehelichen Erbrechts nahezu vollständig gleicht, konzentrierte sich der Vortrag einerseits auf die minimalen erbrechtlichen Besonderheiten des LPartG, andererseits auf eine mögliche Gestaltungstypologie letztwilliger Verfügungen von Lebenspartnern.

Die vermutlich praktisch interessanteste Abweichung ist, dass für das Erbrecht der Lebenspartner eine der Bestimmung des § 1931 Abs. 4 BGB vergleichbare Regelung fehlt. Haben die Lebenspartner Vermögenstrennung vertraglich vereinbart oder ist diese als Auffangvermögensstand in Kraft getreten, so ist bei vorhandenen (notwendigerweise einseitigen) Kindern keine Erbquotenerhöhung vorzunehmen, wenn es sich um weniger als drei Kinder handelt.

Auch ist zu bedenken, dass eine der Bestimmung des § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechende Vorschrift fehlt, so dass bei der gesetzlichen Erbfolge auch die Abkömmlinge von Großeltern neben dem Lebenspartner zu berücksichtigen sind. Als

nicht unumstritten stellte der Referent die über § 10 Abs. 6 LPartG überwiegend befürwortete analoge Anwendung des § 2325 Abs. 3 Halbs. 2 BGB dar. Gänzlich ungeklärt dürfte hingegen die Frage sein, ob der Verweis des § 10 Abs. 7 LPartG auch die Auslegungsregel des § 2350 Abs. 2 BGB erfasst, ob also ein Erbverzicht eines Abkömmlings eines Lebenspartners im Zweifel nur zugunsten des Lebenspartners oder anderer Abkömmlinge gelten soll. Gerade diesbezüglich empfiehlt sich eine Klarstellung in der notariellen Urkunde.

Zusammenfassend musste der Referent feststellen, dass den Abweichungen des lebenspartnerschaftlichen Erbrechts von den Bestimmungen des BGB eine Systematik nicht entnommen werden kann, sondern eher das Bestreben des Gesetzgebers deutlich wird, einen gewissen Abstand zum Ehegatten-erbrecht einzuhalten. Für die anschließend vorgestellte Typologie von lebenspartnerschaftlichen letztwilligen Verfügungen legte der Vortragende der Rechtspraxis die Anlehnung an die von der Kautelarjurisprudenz erarbeiteten Typen von Ehegattenverfügungen nahe. Von der lediglich gegenseitigen Erb-einsetzung über das „Berliner Testament“ und die Vor- und Nacherbfolge bis zur Zuwendung gegenseitiger Vermächtnisse handelt es sich um bekannte und bewährte Maßnahmen, die auch für Lebenspartnerschaften in ihrer Anwendung je nach den realen Gegebenheiten als Gestaltungsmittel einzusetzen sind.

Ein abschließender Blick auf die Nutzung einer Lebensversicherung zur Absicherung des Lebenspartners zeigte allerdings, dass aufgrund der von der eherechtlichen Lage abweichenden unterhaltsrechtlichen Bestimmungen des LPartG noch unklar ist, ob die Leistung von Versicherungsprämien durch einen Lebenspartner zugunsten des anderen in Bezug auf pflichtteilsrechtliche Ansprüche Dritter als Schenkung anzusehen ist. Für Ehegatten wird dies bekanntlich verneint, wenn die Lebensversicherung der Sicherung oder Altersversorgung des begünstigten Ehegatten dient. Mit seiner Darstellung rief der Referent letztlich auch viele Zweifelsfragen der erbrechtlichen Gestaltungsformen bei Ehegatten in Erinnerung.

Abschließend behandelte *Prof. Dr. Klaus Tiedtke* in seinem Vortrag die „Auswirkungen des § 23 EStG im Zusammenhang mit Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen“. Aktueller Anlass für das Thema waren identische Rundverfügungen der OFD Frankfurt a.M. und der OFD München aus dem Jahre 2001. Ausgangspunkt ist die Frage, ob die Übertragung eines Grundstücks oder eines Anteils an einem solchen zur Abgeltung von Zugewinnausgleichsansprüchen als Anschaffung und Veräußerung im Sinne der einkommensteuerrechtlichen Regelung zu den privaten Veräußerungsgeschäften anzusehen ist. *Prof. Dr. Tiedtke* verdeutlichte zur Lösung des Problems die Parallelität dieser Frage zur Behandlung der Abgeltung von Pflichtteilsansprüchen durch die Übertragung von im Nachlass befindlichem Grundbesitz. Hier ist nach Auffassung des BFH davon auszugehen, dass die Leistung des Grundstücks an Erfüllungs Statt keine Anschaffung/Veräußerung i.S.d. § 23 EStG ist. Grund hierfür ist, dass der Pflichtteilsanspruch lediglich aus praktischen Gründen vom Gesetzgeber nicht als dingliche Nachlassbeteiligung, also als echtes Noterbrecht, sondern als schuldrechtlicher Zahlungsanspruch ausgestaltet wurde. Bei sachgerechter Sicht der Dinge handelt es sich bei Hingabe eines Nachlassgrundstücks zum Ausgleich des Anspruchs um einen unmittelbaren unentgeltlichen Erwerb des Pflichtteilsberechtigten durch den Erbfall. Diese Auffassung des BFH ist nach Ansicht des Vortragenden entsprechend auf die Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs zu übertragen. Insbesondere die Vorschrift des § 1383 Abs. 1 BGB zeigt, dass das Gesetz einen Zuge-

winnausgleich durch dingliche Übertragung kennt. Die Gleichbehandlung mit der Rechtslage zum Pflichtteilsanspruch ist im Übrigen naheliegend, da im Falle des § 1371 Abs. 2 BGB letztlich die Willkür der Beteiligten darüber entscheidet, ob mit der Übertragung eines Nachlassgrundstücks der erbrechtliche Pflichtteils- oder der familienrechtliche Zugewinnausgleichsanspruch befriedigt wird. Die überzeugende Begründung dieser Auffassung führt hoffentlich dazu, dass die Finanzverwaltung ihre abweichende Ansicht nochmals überdenkt. Sofern eine Änderung der tatsächlichen Handhabung nicht erfolgt, empfahl der Referent, eine etwa in Geld zu erfüllende Gegenleistung für den Grundstückserwerb zeitlich zu strecken,

um auf diesem Wege zumindest die Schärfe der Progression abzumildern.

Wie die Veranstaltung des ersten Symposiums im Vorjahr zum Thema „Unternehmensnachfolge im Mittelstand“ traf auch die diesjährige Veranstaltung auf reges Interesse bei den Teilnehmern. Dass Wissenschaft und Praxis keineswegs beziehungslos nebeneinander stehen, vielmehr wechselseitig erheblichen Gewinn aus dem gemeinsamen Bemühen um die Durchdringung und Fortentwicklung des Rechts ziehen können, ist im Rahmen dieses Symposiums erneut deutlich geworden.

BUCHBESPRECHUNGEN

Basty, Der Bauträgervertrag – Schwerpunkte der Vertragsgestaltung, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 4. Auflage 2001, XVIII und 580 Seiten, € 69,-

Mehrere Rezensenten der Voraufgaben haben dem Werk attestiert, dass es zu den führenden Standardwerken zum Bauträgervertragsrecht gehört. Mit der 4. Auflage hat der Autor diesen Anspruch uneingeschränkt bestätigt.

Das Werk mit dem Stand Juli 2001 beruht auf den bis zum 31.12.2001 geltenden Vorschriften des BGB. Zu den Änderungen, die sich durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ergeben, wird ein Ergänzungsband erscheinen. Trotz der teilweise erheblichen Änderungen des Kauf- und Werkvertragsrechts (zum Werkvertragsrecht vgl. *Thode*, NZBau 2002, 297, 298 ff.) behalten weite Teile des Werkes Bedeutung auch für Verträge, die nach dem 1.1.2002 abgeschlossen werden. Entgegen einigen Stimmen im notariellen Schrifttum wird das Werkvertragsrecht nach dem 1.1.2002 den Bauträgervertrag maßgeblich bestimmen. Das Werkvertragsrecht hat durch die partielle Anpassung des Kaufrechts an das Werkvertragsrecht seine konzeptionelle Eigenständigkeit bewahrt, so dass die vom 7. Zivilsenat des BGH entwickelten Grundsätze zur Rechtsnatur des Bauträgervertrages und zur Haftung des Bauträgers nach werkvertraglichen Grundsätzen auch nach dem 1.1.2002 uneingeschränkt gelten (*Thode*, NZBau 2002, 297, 298 ff.).

Die 4. Auflage bietet dem Nutzer einen aktualisierten und umfassenden Überblick über die komplexe Materie des Bauträgervertragsrechts. Das Werk behandelt die vielfältigen rechtlichen Grundlagen, die für die Vertragsgestaltung und Abwicklung von Bedeutung sind, mit Ausnahme des sekundären Gemeinschaftsrechts, das nur am Rande erwähnt wird. Dargestellt werden das Zivilrecht, das Grundbuchrecht und die relevanten Fragen des öffentlichen Rechts, der Finanzierung und Beleihung.

Der Autor beschränkt sich nicht auf eine Bestandsaufnahme der gesicherten Rechtsgrundsätze. Er greift vielmehr die zahlreichen Probleme auf, die in der durch die Entscheidung des BGH zur Rechtsnatur der MaBV (BGH, Urt. v. 22.12.2000 – VII ZR 310/99, DNotZ 2001, 201 = ZNotP 2001, 104) ausgelösten Diskussion über die Gestaltung von Bauträgerverträgen erörtert werden, und er unterbreitet eigene Lösungsvorschläge. Die Darstellung der vertragsrechtlichen Grundlagen des Bauträgervertrages, der sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Vertragsgestaltung und für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln ist eine verlässliche Hilfe für den Praktiker. Der Autor hat die Rechtsprechung des BGH zum Bauträgervertrag sorgfältig ausgewertet und seine Ausführungen an den vom BGH zur Rechtsnatur und der werkvertraglichen Haftung des Bauträgers entwickelten Grundsätzen orientiert.

Die knappen Hinweise auf die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG; sog. Klauselrichtlinie) werden der Bedeutung des sekundären Gemeinschaftsrechts für den Bauträger nicht gerecht (zur Bedeutung des sekundären Gemeinschaftsrechts für den Bauträgervertrag vgl. eingehend *Wagner*, Die europarechtliche Seite des Bauträgervertrages, Beilage 1/2002 zu Heft 7 der

ZNotP). Da der Bauträgervertrag, von wenigen Ausnahmen abgesehen, ein Verbrauchervertrag ist, richten sich die Voraussetzungen und die Maßstäbe der Missbrauchskontrolle von Vertragsklauseln vorrangig nach den Vorgaben der Klauselrichtlinie (§ 24a AGBG = § 310 Abs. 3 BGB). Der Autor beschränkt sich auf die Darstellung der unterschiedlichen Voraussetzungen für eine Inhaltskontrolle nach autonomem Recht und nach der Klauselrichtlinie (Rdnrn. 12 ff.). Ausführungen zu den Maßstäben der Inhaltskontrolle der Richtlinie, die sich von den Maßstäben des autonomen Rechts grundlegend unterscheiden, fehlen. Nicht erwähnt hat der Autor das erste Grundsatzurteil des Europäischen Gerichtshofs zur Klauselrichtlinie (EuGH, Urt. v. 27.6.2000 – Rs. C-240/98 – 244/98, NJW 2000, 2571 = ZIP 2000, 1165). Der EuGH hat in diesem Urteil entschieden, dass die Richtlinie nach Ablauf der Umsetzungsfrist zum 1.1.1995 unmittelbar anwendbar ist und von allen Behörden und Gerichten von Amts wegen in der Weise berücksichtigt werden muss, dass die vor oder nach dem In-Kraft-Treten der Richtlinie erlassenen nationalen Rechtsvorschriften bei ihrer Anwendung richtlinienkonform auszulegen sind (vgl. hierzu z. B. *Thode* in *Thode/Uechtritz/Wochner*, Immobilienrecht 2000 [RWS-Forum 19], 267, 306 ff.). Außerdem hat der EuGH die bisher umstrittene bedeutsame Frage entschieden, dass die Beispiele für missbräuchliche Klauseln des Anhangs zu Art. 3 der Richtlinie als Auslegungskriterien für die Frage maßgeblich sind, ob eine Vertragsklausel missbräuchlich ist.

Die Bedeutung der Klauselrichtlinie für den Bauträgervertrag verdeutlicht der Vorlagebeschluss des BGH vom 2.5.2002 – VII ZR 178/01 (MittBayNot 2002, S. 286 in diesem Heft), vgl. dazu auch den Beitrag von *Vollrath*, MittBayNot 2002, S. 254 (in diesem Heft). Gegenstand der Vorlage ist eine Formulklausel eines Verbraucher-Bauträgervertrages, die vorsieht, dass der Erwerber, der sich verpflichtet hat, die Vergütung insgesamt als Vorauszahlung zu leisten, als Sicherheit eine Bürgschaft nach § 7 MaBV erhalten soll.

Die Ausführungen des Autors zur Verordnung über die Abschlagszahlungen in Bauträgerverträgen vom 23.5.2001 (Rdnrn. 18 ff.) begründen die Vermutung, dass er die Bedeutung der Klauselrichtlinie für den Bauträgervertrag unterschätzt. Er vermittelt den unzutreffenden Eindruck, dass mit der Verordnung hinsichtlich der an § 3 Abs. 2 MaBV orientierten Abschlagszahlungsvereinbarung Rechtssicherheit erreicht worden ist. Seine nicht begründete These, „das Konzept der MaBV bleibe nicht hinter den kraft Europarechts in Sachen Verbraucherschutz zu fordernden Standards“ zurück, ist wenig hilfreich. Sie ist schon unter dem Aspekt des nationalen Rechts unzutreffend. Die MaBV regelt in § 3 Abs. 2 keine zivilrechtlichen Mindeststandards, die für eine Inhaltskontrolle maßgeblich sind, sondern lediglich öffentlich-rechtliche Entgegennahmeverbote. Die Klauselrichtlinie bietet für die These des Autors keine geeignete Grundlage, sie regelt keine materiell-rechtliche Standards für den Inhalt von Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, sondern Abwägungskriterien für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Klauseln. Die Klauselbeispiele in dem Klauselkatalog, die mittelbar Hinweise auf Mindeststandards geben, betreffen nicht die Frage, ob die Vereinbarung von Abschlagszahlungen in einem Bauträgervertrag entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV missbräuchlich ist oder nicht. Der materiell-rechtliche Maß-

stab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel ist das dispositive materielle Recht der einzelnen Mitgliedstaaten.

Die Zweifel an der Vereinbarkeit der Verordnung mit der Klauselrichtlinie beruhen auf grundlegend anderen Erwägungen, die vom Autor nicht erwähnt werden. Die Verordnung bezweckt, die herkömmlichen Abschlagszahlungen, die zu Lasten des Verbrauchers von § 632a BGB abweichen, einer Inhaltskontrolle an Hand des § 632a BGB zu entziehen. Die Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten nicht die Kompetenz ein, Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen von einer Missbrauchskontrolle nach den Maßstäben der Richtlinie auszunehmen (vgl. hierzu *Karczewski/Vogel*, BauR 2001, 859, 861 ff.; *Thode* in *Thode/Uechtritz/Wochner*, Immobilienrecht 2000 [RWS-Forum 19], 267, 302 ff.; *Wagner*, Beilage zu Heft 10 der ZfIR 2001, 11 ff., 13 ff., *ders.*, ZfBR 2001, 363, 368). Der Vorlagebeschluss des BGH vom 2.5.2002 bestätigt die Vermutung, dass die europarechtlichen Zweifel an der Vereinbarkeit der Verordnung mit der Klauselrichtlinie und damit die Kontrollfreiheit der Abschlagszahlungsvereinbarungen in Verbraucherverträgen Gegenstand einer Vorlage an den EuGH werden können und dass die aufgezeigten Zweifelsfragen erst durch eine Entscheidung des EuGH geklärt werden (*Thode*, ZfIR 2001, 345, 346).

Aufgrund seiner Ansicht, dass die an § 3 Abs. 2 MaBV orientierte Abschlagszahlungsvereinbarung keinen rechtlichen Bedenken begegnet, hat der Autor vermutlich davon abgesehen, die im Fachschrifttum vorgestellten anderen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten von Abschlagszahlungsvereinbarungen zu erwähnen (vgl. *Wagner*, BauR 2001, 1313, 1324, 1326, 1329), mit denen die aufgezeigten europarechtlichen Risiken vermieden werden.

Der Hinweis des Autors im Zusammenhang mit seinen Erläuterungen der Bürgschaft nach § 7 MaBV (Rdnr. 484), dass Gewährleistungsrechte des Erwerbers von der MaBV nicht erfasst werden, entspricht nicht der Rechtsprechung des BGH. Der Schutzzweck des § 3 Abs. 2 und des § 7 MaBV umfasst auch das sog. Äquivalenzprinzip; beide Vorschriften sollen gewährleisten, dass die Abschlagszahlungen dem Wert der Bautenstände entsprechen (BGH, Urt. v. 22.10.1998 – VII ZR 99/97, NotBZ 1998, 234 = DNotZ 1999, 53 = ZNotP 1999, 34). Diese Rechtsprechung haben der 9. Zivilsenat (BGH, Urt. v. 19.6.2001 – IX ZR 149/00, = WuB I E 5 1.02 *Thode*) und der 7. Zivilsenat (Vorlagebeschluss v. 2.5.2002 – VII ZR 178/01) für den Sicherungszweck der Bürgschaft nach § 7 MaBV bestätigt.

Die aufgezeigten kritischen Punkte beeinträchtigen die Gesamtwürdigung nicht, dass das Werk ein verlässliches und führendes Standardwerk zum Bauträgervertragsrecht ist. Im Interesse der Nutzer des Werkes ist zu wünschen, dass der Autor in der nächsten Auflage das europäische Verbraucherschutzrecht in angemessenem Umfang darstellt und erläutert. Das europäische Schuldvertragsrecht hat durch die Umsetzung dreier weiterer Richtlinien und die Umsetzung des Transparenzgebots der Klauselrichtlinie (vgl. *Thode*, NZBau 2002 Heft 7) für die Gestaltung von Bauträgerverträgen erheblich an Bedeutung gewonnen. Nützlich wäre eine knappe Einführung in die vom EuGH entwickelten Grundsätze zur Direktwirkung von Richtlinien, zum Geltungsvorrang des sekundären Gemeinschaftsrechts, zur richtlinienkonformen Auslegung, der Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens und eine Übersicht über den Inhalt der für den Bauträgervertrag relevanten Vorgaben der unterschiedlichen Richtlinien.

Richter am BGH Prof. Dr. Reinhold Thode, Landau

Blank, Bauträgervertrag, rws-Verlag, Köln, 2. Auflage 2002, XV und 934 Seiten, € 59,00

Blank verfolgt auch in der 2. um 80 Seiten und ein neues Muster erweiterten Auflage seines Vertragskommentars das Ziel, den Bauträgervertrag in seinen verschiedenen Stufen und Erscheinungsformen anhand von Mustern vorzustellen. Der Autor hat sich der Mühe unterzogen, die durch die Schuldrechtsmodernisierung veranlassten Änderungen in den Text einzuarbeiten. Außerdem wurden grundlegende Entscheidungen des 7. Senats des BGH zum Bauträgerrecht und die weiteren Gesetzesänderungen eingearbeitet.

Dass im Text wiederholt noch von Gewährleistung gesprochen wird (vgl. nur Rdnrn. 18 f., 70 f., 327, 460 u. 1003) ist weniger tragisch, da auch der Gesetzgeber (vgl. §§ 2182 f.) an dem gewohnten Terminus teilweise festhält. Ergänzt wurde ein kurzer Abschnitt über die Haftung für Prospektangaben (Rdnrn. 15 ff.). *Blank* (Rdnr. 95) macht zu Recht deutlich, dass die in der Praxis weiterhin üblichen „Waschzettel-Baubeschreibungen“ für Mehrhausanlagen für den Bauträger ein großes Risiko darstellen. Hinreichend konkretisierte Leistungsverzeichnisse, die zur Entlastung des Erwerbsvertrages in Verweisungsurkunden ausgelagert werden können, sollten deshalb künftig zum technischen Standard von Bauträgerverträgen gehören. Die Rechtsprechung (BGH, MittBayNot 1997, 356) fordert auch eine Konkretisierung der Berechnungsgrundlagen im Hinblick auf die Wohn- und Nutzflächen. Die Verweisung auf die II. Berechnungsverordnung

(Rdnr. 104) sollte freilich auch angeben, dass diese nur noch für eine Übergangsfrist weiter gilt.

Blank (Rdnr. 126) vertritt unter Bezugnahme auf mich (Fn. 74) die Auffassung, dass der Erwerber hinsichtlich der Erschließungskosten über die letzte Rate gesichert würde. Ich habe demgegenüber stets die Meinung vertreten, dass die Erschließungskosten Bestandteil der ersten Rate sind (vgl. *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1993, H Rn. 38 Fn. 71 u. 72). Gesteht man dem Erwerber ein Zurückbehaltungsrecht bis zur vollständigen Bezahlung oder Sicherstellung der Bezahlung zu, ist eine Sicherung entgegen der Ansicht von *Blank* (Rdnr. 26) durchaus möglich.

Zum Bankenwahlrecht beim Steckenbleiben des Bauvorhabens nach § 3 S. 1 und S. 3 MaBV vertritt *Blank* (Rdnr. 158) entgegen der h. M. die Meinung, dass der anteilige Wert des Vertragsobjektes Vertragswert wäre. Selbst bei dieser Interpretation ist fraglich, ob die gewerberechtliche Bestimmung den Anforderungen des Verbraucherschutzes entspricht (vgl. *Grziwotz*, ZIP, 2002, 825 ff.). Ein Hauptstreitpunkt der Diskussion zum Bauträgerrecht war in letzter Zeit die Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit und ohne Nachweisverzicht. *Blank* (Rdnr. 283) kommt zum Ergebnis, dass die Vereinbarung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung beim Bauträgervertrag angesichts großer Rechtsunsicherheit nicht angeraten werden kann.

Die Neuauflage enthält statt eines Musters zur Wohnungseigentumsveräußerung unter Geltung des InvZuLG 1999 den

Verkauf eines von dem Verkäufer zu erschließenden Grundstücks (Rdnrn. 953 ff.). *Blank* schließt sich dabei der von mir vertretenen Auffassung an, dass der Erschließungsunternehmer und Bauträger nur gegenüber der Gemeinde die Verpflichtung zur Herstellung der öffentlichen Erschließungsanlagen eingeht, nicht aber gegenüber dem Grundstückserwerber und deshalb die MaBV diesen Fall nicht erfasst (a. A. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2001, Rdnr. 61). Abgesehen von den kostenrechtlichen Auswirkungen der Gegenmeinung vermag sie die Probleme der Abnahme, der Haftung für Sachmängel und einer den Erwerber schützenden Raten-

aufteilung nicht befriedigend zu lösen. Hinsichtlich der damit zusätzlich verbundenen grunderwerbsteuerlichen Schwierigkeiten musste durch den BFH (MittBayNot 2001, 499 = ZfIR 2001, 773) eine Klärung erfolgen.

Das Buch von *Blank* bietet eine aktuelle und in sich schlüssige Darstellung des Rechts des Bauträgervertrages. Eine Anschaffung ist deshalb gerade für den im Bauträgerrecht tätigen Praktiker zu empfehlen.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Scherer, Erbrecht, Münchener AnwaltsHandbuch, C.H. Beck Verlag, München 2002, 2082 Seiten, € 122,-

1. Das Erbrecht boomt. Immer mehr engagieren sich auch Rechtsanwälte in diesem Marktsegment. Doch auch der Informationsbedarf in diesem Rechtsgebiet steigt. Die Bedeutung der Verknüpfungen zu benachbarten Rechtsgebieten – vom Steuerrecht bis zum Sozialrecht – wächst nicht nur wegen der steigenden Regelungsdichte, sondern auch wegen der zunehmenden Diversifikation der Lebensentwürfe. Auf die Angehörigen der „Generation Golf“, die zugleich sprichwörtlich „Erbgeneration“ ist, passen die Leitbilder, die der gesetzlichen Erbfolgeregelung zu Grunde liegen, immer seltener.

Auf diese Tendenz reagiert nun der C.H. Beck Verlag und widmet in seiner renommierten Reihe „Münchener AnwaltsHandbuch“ einen Band dem Thema „Erbrecht“.

2. Ein breiter Überblick über die Grundlagen des Erbrechts samt Verknüpfungen zu den Nachbargebieten und Hinweise zur Rechtsgestaltung machen den Löwenanteil des Werkes aus. Hier werden nahezu alle in der täglichen Praxis relevanten Problembereiche behandelt. Gerade einmal 116 der knapp 2100 Seiten des Bandes beschäftigen sich dagegen mit dem streitigen Gerichtsverfahren. Beim *Scherer* handelt es sich also um ein *Berater*-Handbuch, was auch die verhältnismäßig große Zahl von Notaren unter den Autoren belegt (*Bengel, Benninghoven, Erker, Hess, Keim, Oppelt*, Notarassessor *Steinhauer*).

Seiner Aufgabe als *Praxis*-Handbuch entsprechend werden Streitigkeiten zu Rechtsfragen aufgegriffen, jedoch i.d.R. nur dort vertieft, wo dies für die praktische Umsetzung relevant ist. Wer sich mit einer Frage genauer befassen möchte, erhält umfangreiche Verweise auf weiterführendes Schrifttum an die Hand. Gerade diese komprimierte und anwendungsbezogene

Problemaufbereitung macht den Charme des Buchkonzeptes im Büroalltag aus: Der *Scherer* kommt schnell zum Punkt und verzichtet auf akademische Abwege.

Im gewohnten Stil des Münchener AnwaltsHandbuchs sind allgemein gehaltene Abhandlungen mit hilfreichen Checklisten und zahllosen Formulierungsvorschlägen versehen. Dieses Konzept überzeugt im Grundsatz. Bei den Formulierungshilfen wäre jedoch weniger mehr gewesen. Die Unzahl der meist äußerst knappen Formulierungsvorschläge geht teilweise auf Kosten ihrer Qualität.

3. Als kurzer Überblick gelungen sind die von *Scherer* zu Anfang des Bandes gegebenen „Ratschläge für die erbrechtliche Beratung“. Hier erhält der Praktiker quasi ein „kleines Einmaleins“ der Beratung zur Vermögensnachfolge. Leider wird die wichtige Frage „erbvertragliche Bindung: ja, nein oder eingeschränkt?“ weder in diesem Abschnitt noch in der Folge hinreichend erörtert. Gerade in diesem Bereich würde eine Sensibilisierung der Rechtsberater Not tun. Noch immer zu häufig wird hier den unüberlegten Wünschen der Erblasser entsprochen, ohne ihnen zuvor ausreichend die Konsequenzen der Gestaltung verdeutlicht zu haben.

Aus notarieller Sicht besonders erfreulich sind die Ausführungen von *Bengel* zur Tätigkeit des Notars im Erbrecht. Hier werden in überzeugender Weise die Vorteile des öffentlichen Testaments gegenüber einer privatschriftlichen letztwilligen Verfügung herausgearbeitet.

4. Ein RechtsanwaltsHandbuch für die Notars-Bibliothek? Der *Scherer* ersetzt sicher weder den Großkommentar noch das vertiefende Lehrbuch. Wer jedoch ein umfassendes Praxishandbuch für den Berater in Nachlassfragen sucht, dem kann auch als Notar das „Münchener AnwaltsHandbuch“ empfohlen werden.

Notarassessor *Lorenz Spall*, Speyer/Rockenhausen

Rapp, Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen, Verlag C.H. Beck, München 2002, XXXV u. 226 Seiten, € 39,50

Die von *Christiane Rapp* vorgelegte und im Jahr 2001 von der juristischen Fakultät der Universität München als Dissertation angenommene Arbeit setzt sich in allen Verästelungen mit den Problemen auseinander, die sich in der Rechtswirklichkeit aus der zunehmenden Verwendung digitaler Kommunikations-

mittel ergeben. Der mit großer Sorgfalt erstellten Arbeit schiebt die Verfasserin die wesentliche Feststellung voraus, dass elektronische Signaturen für Rechtsicherheit nicht sorgen können, wenn es den Nutzern am Vertrauen in ihre Verlässlichkeit fehlt.

Die Arbeit ist in fünf Kapitel gegliedert. Die ersten beiden Kapitel befassen sich mit den allgemeinen Grundlagen elektronischer Signaturverfahren und den bestehenden Regelungen zur elektronischen Signatur. Im dritten Kapitel werden

rechtsvergleichende und internationalrechtliche Aspekte beleuchtet. Am spannendsten lesen sich aus notarieller Sicht die Kapitel vier und fünf, die sich mit der Formqualität der elektronischen Signatur und deren Zukunftsperspektiven (elektronische Beglaubigung, Beurkundung und Testamentsform) befassen.

Akribisch wird die Besonderheit der öffentlichen Beglaubigung gegenüber der Zertifizierung herausgearbeitet, die unter dem Kriterium Sicherheit darin besteht, dass die öffentliche Beglaubigung mit einer Identitätsprüfung in jedem Einzelfall verbunden ist, während die Zertifizierung eines elektronischen Schlüssels die Identitätsfeststellung nur ein einziges Mal bei Herausgabe des Schlüssels erfordert und damit einer „Blankobeglaubigung“ ähnelt. Die Willentlichkeit der Unterzeichnung und eine – allerdings beschränkte – Inhaltskontrolle der Erklärung werden von der Verfasserin als weitere wesentliche Merkmale der öffentlichen Beglaubigung erkannt.

Die Überlegungen der Verfasserin zur elektronischen öffentlichen Urkunde verdienen aus notarieller Sicht größte Aufmerksamkeit. Eine neue Form der elektronischen öffentlichen Beglaubigung *de lege ferenda* wäre – dies arbeitet die Verfasserin dogmatisch sauber heraus – ausschließlich dem Notar als zuständiger Stelle für öffentliche Beglaubigungen zu übertragen. Der Notar könnte seine Eigenschaft als Amtsträger

durch Beifügung eines Attribut-Zertifikats anstelle von Unterschrift und Siegel zum Ausdruck bringen. Chipkarte und persönliche Identifikationsnummer dürfte der zur höchstpersönlichen Amtsausübung verpflichtete Notar keinesfalls seinen Mitarbeitern überlassen. Die Zertifizierung des Signaturschlüssels dürfte nicht durch einen privatrechtlichen, sondern müsste durch einen öffentlich-rechtlich organisierten Zertifizierungsdiensteanbieter (etwa die Bundesnotarkammer) erfolgen. Zur Ausstellung entsprechender Attribut-Zertifikate müsste nach Auffassung der Verfasserin die Bundesnotarkammer allerdings durch die Justizverwaltung noch besonders ermächtigt werden.

Beachtung verdient die Arbeit auch deswegen, weil sie sowohl das Erfordernis als auch die technische und rechtliche Realisierbarkeit der elektronischen öffentlichen Urkunde nachweist. Auch der elektronische Rechtsverkehr ist auf beweiskräftige Erklärungen angewiesen ebenso wie auf die unterparteiische und kompetente Beratung durch den Notar als Vertragsgestalter. Die Wandelung der Kommunikationsmittel im Rechtsverkehr erweist sich als lediglich technische Modalität. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, die elektronische öffentliche Beglaubigung in Angriff zu nehmen. Die rechtswissenschaftlichen Grundlagen hierfür hat *Rapp* mit ihrer Arbeit in hervorragender Weise gelegt.

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

Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, Verlag Vahlen, 3. Auflage, München 2001, 986 Seiten, € 66,-

Im letzten Jahr ist das unter Mitwirkung von *Veil* entstandene „Recht der Kapitalgesellschaften“ von *Raiser* in dritter Auflage erschienen. Da die zweite Auflage fast zehn Jahre zurücklag, war eine vollständige Neubearbeitung erforderlich. Der Umfang des Werkes ist vor allem aufgrund der Fortentwicklung des Gesellschaftsrechtes und der Fülle an Gesetzesänderungen und Urteilen fast um das Doppelte angewachsen. Rechtsprechung und Literatur sind bis März 2001 berücksichtigt. Die rasante Entwicklung des Kapitalgesellschaftsrechtes zeigt sich bereits darin, dass seither bereits wieder einige wichtige neue Entwicklungen eingetreten sind. Genannt seien hier nur das am 1.1.2002 in Kraft getretene Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), der am 26.2.2002 vorgelegte Deutsche Corporate Governance Kodex, die durch Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 eingeführte Europäische Aktiengesellschaft (*Societas Europaea* – SE) oder die am 17.9.2001 – in ihren Auswirkungen auf die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzern umstrittene – getroffene „*Bremer Vulkan*“-Entscheidung des BGH zum Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe des Alleingeschafters.

Das Handbuch ist in acht Teile gegliedert:

1. Teil: Grundlagen (S. 1–48),
2. Teil: Aktiengesellschaft (S. 49–358),
3. Teil: Kommanditgesellschaft auf Aktie (S. 359–392),
4. Teil: Gesellschaft mit beschränkter Haftung (S. 393–699),
5. Teil: Kapitalgesellschaft & Co. (S. 700–726),
6. Teil: Umwandlungsrecht (S. 727–803),
7. Teil: Konzernrecht (S. 804–946),
8. Teil: Internationales Gesellschaftsrecht (S. 947–966).

Behandelt werden sämtliche Aspekte der jeweiligen Gesellschaftsform von der Gründung über die Rechtsstellung der

Anteilsinhaber, die Organisation, die Finanzordnung und Satzungsänderungen bis hin zur Beendigung. Auch europarechtliche (§ 7 Rdnrn. 13 f.), kapitalmarktrechtliche und börsenrechtliche (§ 9 Rdnrn. 17 f., 31) Grundlagen werden angesprochen. Laut Untertitel und Vorwort wollten die Autoren „Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft“ schaffen, das die dogmatischen Strukturen und wirtschaftlichen Hintergründe des geltenden Rechts herausarbeitet, die damit verfolgten rechtspolitischen Wert- und Zielvorstellungen sichtbar macht und zu Streitfragen kritisch Stellung nimmt. In der Neuauflage soll zudem den Anforderungen der Praxis noch mehr Rechnung getragen werden. Das ehrgeizige Ziel einer Gesamtdarstellung des Rechts der Kapitalgesellschaften (unter Einschluss der Kapitalgesellschaft & Co., des Umwandlungsrechtes, des Internationalen Gesellschaftsrechtes und der Grundzüge des Kapitalmarktrechtes) in wissenschaftlicher Tiefe und zugleich praxistauglicher Form kann auf knapp 1000 Seiten wohl von vornherein nicht völlig gelingen. Das Handbuch von *Raiser* bietet jedoch einen umfassenden, gut strukturierten Überblick über die gesamte Materie.

Für den Notar liegt der Vorteil des Werks darin, dass es einen schnellen Einstieg in das betreffende Sachgebiet erlaubt und auch angrenzende Gebiete, mit denen der Notar typischerweise nicht ständig in Berührung kommt, wie z.B. das Kapitalmarktrecht und das Börsenrecht anreißt. Zur gezielten Lösung typischerweise in der notariellen Praxis auftauchender Probleme kann es jedoch nur bedingt herangezogen werden. Hierzu nur einige Beispiele: Das Problem des § 181 BGB wird bei der Vertretungsbefugnis des Vorstandes der Aktiengesellschaft (§ 14 Rdnr. 19) überhaupt nicht angesprochen, ebenso wenig wird im Rahmen der GmbH & Co. KG das in letzter Zeit angesichts der Rechtsprechung des BayObLG (vgl. MittBayNot 2000, 241, 330) heftig diskutierte Problem der Eintragungsfähigkeit der Befreiung von § 181 BGB der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH behandelt. Die Ausführungen zur Niederschrift über die Hauptversammlung

der Aktiengesellschaft (§ 16 Rdnr. 37) fallen sehr knapp aus und geben im Wesentlichen nur den Gesetzestext wieder. Die Euroumstellung des Grund- bzw. Stammkapitals wird lediglich in zwei kurzen Randnummern erwähnt (§ 9 Rdnr. 30 bzw. § 24 Rdnr. 8). In § 33 Rdnr. 38 wird – auch wenn dies wünschenswert wäre – unzutreffenderweise behauptet, eine Vollmacht zur Satzungsänderung bei der GmbH müsse wegen § 2 Abs. 2 GmbHG notariell beglaubigt werden. Das äußerst umstrittene Problem der Heilung einer verdeckten Sacheinlage bei der Aktiengesellschaft wird in § 11 Rdnr. 15 mit einem

kurzen Verweis auf das GmbH-Recht (§ 26 Rdnrn. 54 ff.) abgehandelt, obwohl die Problematik bei der Aktiengesellschaft wegen § 27 Abs. 4 AktG differenzierter zu sehen ist. Zur Vertiefung von Einzelproblemen – insbesondere aus dem notarrelevanten Bereich – ist das Werk von *Raiser* demzufolge nur bedingt geeignet. Es kann demjenigen zur Anschaffung empfohlen werden, der sich einen schnellen Überblick über das Kapitalgesellschaftsrecht oder einen Teil davon verschaffen möchte.

Notar *Dr. Christoph Döbereiner*, Vilsbiburg

Dieterich/Kleiber, Die Ermittlung von Grundstückswerten, Verlag Deutsches Volksheimstättenwerk GmbH, 9. Auflage, Bonn 2002, XII. u. 198 Seiten, € 27,55

Bei der Ermittlung von Grundstückswerten denkt man in der notariellen Praxis zunächst an die Übersendung einer Abschrift an den Gutachterausschuss bei entgeltlichen Verträgen, wobei – was häufig übersehen wird – nicht nur Verträge mit einem „angemessenen“ Entgelt der Übersendungspflicht unterliegen. Die Übersendungspflicht besteht vielmehr bereits dann, wenn irgendein Entgelt vereinbart wird (s. nur *Kleiber* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 195 Rdnr. 12). Zudem führt die an das Preussische Allgemeine Landrecht von 1794 angelehnte Rechtsprechung des BGH (z. B. NJW 2001, 1127) zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften bei einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung dazu, dass der Notar jedenfalls dann, wenn der vereinbarte Kaufpreis weniger als die Hälfte des Grundstückswertes ausmacht und dies offenkundig ist, eine Beurkundung nicht vornehmen darf. Auch bei Angeboten von Grundstückseigentümern gegenüber der Gemeinde im Vorfeld einer Baulandausweisung kann der spätere Vertrag nichtig sein, wenn die Gemeinde unter dem bei der Annahme geltenden Verkehrswert erwirbt (vgl. OLG München, MittBayNot 1999, 586; zwischenzeitlich rechtskräftig!). In der notariellen Praxis ist deshalb die Ermittlung von Grundstückswerten nicht ohne Bedeutung.

Der aktualisierte Leitfaden von *Dieterich* und *Kleiber* enthält hierzu eine Verkehrswertdefinition und Ausführungen zur Or-

ganisation der Gutachterausschüsse und ihrer Aufgaben sowie eine Darstellung über die unterschiedlichen Wertermittlungsverfahren, nämlich das Vergleichswertverfahren, das Ertragswertverfahren, das Sachwertverfahren und die Wertermittlung in Sonderfällen (Enteignung, Umliegung, Sanierung, Entwicklung, Konversionsflächen, Industriebrachen sowie Bau- und Bodendenkmäler).

Für die Kaufpreisgestaltung bei einer Abhängigkeit vom Umfang der Bebaubarkeit kann auf die gesetzlichen Definitionen, die ausführlich erörtert werden, zurückgegriffen werden. Aber auch weitere Klauseln des Kaufvertrages können mit den Beteiligten daraufhin überprüft werden, ob sie den wirklichen Interessen entsprechen und nicht lediglich ungeprüfte Positionen enthalten. Beispiel hierfür ist der erschließungsbeitragsrechtliche Zustand im Zusammenhang mit der Kaufpreisgestaltung. Dass hierfür die gesetzliche Beginnlösung (§ 436 Abs. 1 BGB) die schlechteste Lösung ist, zeigt § 5 Abs. 3 WertV, wonach nur bezahlte Erschließungskosten kaufpreisbestimmend wirken können.

Wer sich darüber hinaus über das Residualwertverfahren (S. 68 u. 176), den best use value (S. 75) und das Discounted-Cash-Flow Verfahren (S. 79) informieren will, ist mit dem in 9. Auflage erschienenen Leitfaden bestens bedient. Zwei ausgewiesene Kenner der Materie stellen diese nicht nur kenntnis- und lehrreich, sondern nahezu spannend dar. Der „*Dieterich/Kleiber*“ gehört in die Bibliothek jedes im Immobilienverkehr tätigen Juristen.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, Verlag C.H. Beck, 15. Auflage, München 2002, 1.275 Seiten, € 105,-

Seit dem Erscheinen der 14. Auflage des Kommentars im Jahr 1997 war eine vollständige Überarbeitung aufgrund zahlreicher Gesetzesänderungen (insbesondere Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 und Steueränderungsgesetz 2001), erforderlich. Die Bearbeiter, *Fischer*, *Sack* und *Viskorf*, allesamt Richter am Bundesfinanzhof, haben den „Boruttau“ wieder auf den aktuellen Stand gebracht, ohne sich hierbei mit Kritik am Gesetzgeber an dessen unverhältnismäßiger Verkomplizierung des Grunderwerbsteuergesetzes (z.B. durch die Einführung des § 5 Abs. 3 und des § 1 Abs. 2 a GrEStG) zurückzuhalten (vgl. Vorwort).

Bei dem „Boruttau“ handelt es sich nach wie vor um die ausführlichste und genaueste Kommentierung des Grunderwerbsteuergesetzes, die im Buchhandel erhältlich ist. Allein die Bearbeitung des § 1 erstreckt sich auf über 1.000 (!) Rand-

nummern. Demgegenüber kommen etwa die Kommentare von *Pahlke/Franz* mit 376 Randnummern bzw. *Hofmann/Hofmann* mit 178 Randnummern aus.

Dies zeigt schon, dass der „Boruttau“ eine wahre Fundgrube für Spezialfragen ist, insbesondere weil es meines Erachtens keine einzige wichtige grunderwerbsteuerliche Entscheidung gibt, welche nicht eingearbeitet wäre. Auch findet sich stets die Vorgeschichte der jeweiligen Norm bzw. die entsprechende Entwicklung der Rechtsprechung bis zum Eingreifen des Gesetzgebers, so dass durch die Beleuchtung der Hintergründe die Vorschriften besser verständlich sind. Die Kehrseite der Medaille ist freilich, dass ein kompakter handlicher Kommentar, wie etwa der *Pahlke/Franz* es einem Praktiker schneller ermöglicht, einen Überblick über bestimmte Fragen zu erhalten.

Hinzu kommt, dass im „Boruttau“ keine Fußnoten verwendet werden, sondern die jeweiligen Entscheidungen bzw. Literaturfundstellen im laufenden Text in Klammer zitiert werden.

Dies erschwert teilweise ein flüssiges Lesen. Der Vorteil besteht andererseits darin, dass immer sofort ersichtlich ist, ob sich der jeweilige Bearbeiter von der Rechtsprechungs- oder Finanzverwaltungsmeinung entfernt.

Positiv hervorzuheben ist, dass sämtliche wichtigen Erlasse der Finanzverwaltung (z.B. zu Treuhandgeschäften oder Erbbaurechtsvorgängen) abgedruckt sind. Lediglich der Erlass zur Anwendung der Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG bei mehreren Veräußerern und Erwerbern des Finanzministeriums Saarland vom 29.4.2002 (abgedruckt in DStR 2002, S. 860) konnte nicht mehr berücksichtigt werden, da er erst nach Redaktionsschluss ergangen ist.

Erfreulich ist auch, dass bereits die Schuldrechtsreform umfassend eingearbeitet ist. So kommt *Sack* beispielsweise bei der Kommentierung der Erschließungsbeiträge zu dem Ergebnis, dass die neue Regelung in § 436 Abs. 1 BGB zu keinen gravierenden Änderungen bei der Grunderwerbsteuerlichen Beurteilung führt (vgl. § 9 Rdnrn. 287 a ff., 603 ff.).

Auch im Rahmen des § 16 Abs. 1 Nr. 2, bzw. Abs. 2 Nr. 3 GrEStG setzt sich *Sack* mit den Änderungen des Leistungsstörungsrechts durch die Schuldrechtsreform, insbesondere dem Entfallen der Wandelung, auseinander und stellt die Grunderwerbsteuerlichen Auswirkungen der Rückgängigmachung eines Vertrages auf der Grundlage des neuen Leistungsstörungsrechtes ausführlich dar (vgl. § 16 Rdnrn. 38 a ff., 179).

Die akribisch genaue Kommentierung des § 1 GrEStG durch *Fischer* berücksichtigt selbstverständlich auch alle seit dem Erscheinen der Voraufgabe ergangenen BFH-Entscheidungen, z.B. die neue Rechtsprechung zu § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 b GrEStG, wonach im förmlichen Umlegungsverfahren Grundstückserwerbe auch dann steuerfrei sind, wenn ein Geldausgleich für eine Mehrzuteilung zu leisten ist (vgl. § 1 Rdnrn. 647 ff., mit Hinweis darauf, dass die Finanzverwaltung sich dieser Meinung mittlerweile mit Erlass vom 15.3.2000, DStR 2000, S. 595, angeschlossen hat).

Erfreulicherweise hat *Fischer* auch seine in der Voraufgabe noch vertretene Auffassung, dass der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages eine Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG auslösen würde, mittlerweile aufgegeben (§ 1 Rdnrn. 797 ff.), nachdem auch der BFH in seinem Urteil vom 1.3.2000 (BFHE 191, S. 416) eine Steuerpflicht verneint hatte.

Auch in der Kommentierung von *Sack* zu § 3 finden sich teilweise Aussagen, die sich von der Voraufgabe distanzieren. So vertritt *Sack* etwa die Auffassung, dass eine Berücksichtigung der personenbezogenen Befreiungstatbestände des § 3 im Bereich des § 1 Abs. 2 a GrEStG grundsätzlich ausgeschlossen sei (§ 3 Rdnrn. 51 a, 91 a ff.). Ferner wird entgegen der Voraufgabe nunmehr behauptet, dass eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 3 GrEStG auf den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG grundsätzlich unzulässig sei, obwohl die bislang herrschende Meinung die Anwendbarkeit zumindest bei Personengesellschaften bejaht hatte (vgl. § 3 Rdnr. 277 a; anderer Ansicht *Pahlke/Franz*, § 3 Rdnrn. 131, 13 ff., 15).

Berücksichtigt man, dass sämtliche Kommentatoren selbst Richter am BFH sind, lässt sich absehen, dass hier künftig eine strengere Rechtsprechung bevorstehen dürfte. Dies gilt es bei der Gestaltung entsprechender Verträge zu bedenken.

Neben der spezifischen Grunderwerbsteuerlichen BFH-Rechtsprechung sind auch die Änderungen in der Rechtsprechung anderer BFH-Senate, insbesondere zur Erbschaftsteuerrechtlichen Beurteilung der Übertragung von Grundstücken an Erfüllung statt berücksichtigt worden.

Nach dem Urteil des BFH vom 7.10.1998 ist eine geltend gemachte Pflichtteilsverbindlichkeit beim Erben auch dann mit ihrem Nennwert als Nachlassverbindlichkeit abzuziehen, wenn die Pflichtteilsverbindlichkeit durch Übertragung eines Nachlassgrundstückes an Erfüllung statt erfüllt wird (BFH-Urteil vom 7.10.1998, BFHE 181, S. 50). Erbschaftsteuerlich lässt die Grundstücksübertragung somit den ursprünglich auf Geld gerichteten Anspruch unverändert, so dass beim Erwerber (Pflichtteilsberechtigter) der Erwerb mit dem ursprünglichen Geldbetrag nominal anzusetzen und beim Belasteten korrespondierend dazu der Geldbetrag in nominaler Höhe abzugsfähig ist. Für die Grunderwerbsteuer folgert *Sack* hieraus entgegen der noch in der Voraufgabe vertretenen Auffassung, dass Grundstücksübertragungen, mit denen Geldvermächtnisse oder Pflichtteilsansprüche an Erfüllung statt erfüllt werden, nicht nach § 3 Nr. 2 von der Grunderwerbsteuer befreit seien (§ 3 Rdnr. 187; anderer Ansicht *Pahlke/Franz*, § 3 Rdnr. 60). Demzufolge sei in diesen Fällen der Erbschaftsteuerliche Erwerb auf Geld gerichtet und unterliege der Erbschaftsteuer; die spätere Umschaffung durch Erfüllungsvereinbarung berühre die Erbschaftsteuer nicht. Dies sei auch der wesentliche Unterschied zu den Fällen der Ausschlagung eines Vermächtnisses bzw. des Verzichts auf den Pflichtteilsanspruch. Im Hinblick auf die geänderte Erbschaftsteuerliche Rechtsprechung sei somit eine Überprüfung der bisherigen Grunderwerbsteuerlichen Rechtsprechung zur Behandlung von Grundstücksübertragungen in Erfüllung erbrechtlicher Geldansprüche naheliegend. Meines Erachtens muss jedoch berücksichtigt werden, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung keine Doppelbelastung mit Erbschafts- und Grunderwerbsteuer erfolgen darf.

Hervorzuheben ist ferner, dass *Viskorf* in seiner Kommentierung des § 5 Abs. 3 GrEStG für eine teleologische Einschränkung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift eintritt für die Fälle, in denen die objektive Möglichkeit einer Steuerumgehung ausgeschlossen ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Rechtsvorgang, durch den der Grundstückseinbringende Gesamthänder seine gesamthänderische Mitberechtigung verliert bzw. die Verringerung der vermögensmäßigen Beteiligung eintritt, selbst der Steuer unterliegt.

Bei der Kommentierung des § 20 GrEStG fehlt m.E. der Verweis auf die Verfügung der OFD München vom 6.11.2001 (abgedruckt in MittBayNot 2001, S. 595), die sich mit der Anzeigepflicht des Notars bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen beschäftigt und zu dem Ergebnis kommt, dass den Notar hinsichtlich des Vorhandenseins von Grundstücken keine besondere Nachforschungspflicht trifft und er sich auf die Angaben der Beteiligten beschränken kann. Da der amtliche Vordruck „Veräußerungsanzeige“ für solche Fälle nur bedingt geeignet ist, kann der Notar seiner Anzeigepflicht nach dieser Verfügung gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 GrEStG in einem vereinfachten Verfahren nachkommen.

Ungeachtet dieser kleinen Ungenauigkeiten bzw. Unvollständigkeiten handelt es sich beim Boruttau um eine sehr gute und ausführliche Kommentierung, die uneingeschränkt zum Erwerb empfohlen werden kann. Dadurch, dass das Autorenteam ausschließlich aus BFH-Richtern besteht, lässt der Kommentar auch Rückschlüsse auf künftige Rechtsprechungstendenzen zu, was ihn sicherlich von anderen Kommentaren abhebt. Allerdings benötigt man für das Studium der äußerst ausführlichen Darstellungen stets ein wenig Geduld.

Notar Dr. Stefan Gottwald, Pappenheim

Pues/Scheerbarth, Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht, Verlag C.H. Beck, München 2001, 280 Seiten, € 43,-

Nicht nur die Zahl der Stiftungen, sondern auch die Stiftungsliteratur nimmt in erfreulichem Ausmaß zu. *Pues/Scheerbarth* haben eine Neuerscheinung vorgelegt, die nur den gemeinnützigen Stiftungen und damit dem Kernbereich des Stiftungsrechts gewidmet ist. Bereits bei der ersten überschlägigen Lektüre fällt die benutzerfreundliche Gliederung auf: Teil 1 ist dem Zivilrecht der gemeinnützigen Stiftung gewidmet, wobei nach dem allgemeinen Teil auch die einzelnen Landesstiftungsgesetze in einer kurzen Zusammenfassung und im Anhang des Buches mit allen Gesetzestexten dargestellt werden. Der 2. Teil befasst sich mit der gemeinnützigen Stiftung, Teil 3 mit dem Spendenrecht. Dem Anhang ist auch eine Mustersatzung einer gemeinnützigen selbständigen Stiftung beigelegt.

Die Auffassung, dass eine Änderung des Stiftungsgeschäftes nach der Erteilung der Genehmigung nicht mehr möglich sei, entspricht der herrschenden Meinung, nicht aber der Praxis. Wenn der Stifter bereit ist, weitere Mittel dem Grundstockvermögen zuzuführen, ist die Stiftungsaufsicht im Allgemeinen bereit, einer Ergänzung der Satzung zuzustimmen.

Leider wird die Vorstiftung mit nur sieben Zeilen behandelt. Aufgrund des im allgemeinen langwierigen Genehmigungsverfahrens, das häufig über ein Jahr dauert, kommt der Frage, ob bereits mit dem Gründungsgeschäft – ähnlich wie bei der Vor-GmbH – eine handlungsfähige, einer juristischen Person

angenäherte Organisation vorliegt, ganz erhebliche Bedeutung zu. Vor allem wäre bei der Bejahung einer Vorstiftung (vgl. *Hunnius*, Die Vorstiftung, Diss. Jena 1999) der unbefriedigende Zustand, dass die Steuervorteile erst mit der Genehmigung durch die Stiftungsaufsicht eintreten, behoben. Es fehlt auch ein Hinweis, dass die Errichtung unter Lebenden einer Errichtung von Todes wegen vorzuziehen ist, um einerseits dem Stifter selbst die Gelegenheit zu geben, die Stiftungsorganisation mit dem eigenen Willen zu beleben und andererseits die Früchte seines Kapitaleinsatzes, nämlich den Abzug des Stiftungskapitals als Sonderausgabe, zu ernten. Dem Erben, der mit der Stiftungserrichtung belastet wird, steht diese Berechtigung nicht zu.

Zu Recht werden die Vorzüge der unselbstständigen gemeinnützigen Stiftung hervorgehoben, die einen weitaus geringeren Verwaltungsaufwand als eine rechtsfähige Stiftung aufweist. Gerade für den „kleinen“ Stifter, der sich an eine bedeutende gemeinnützige große Organisation anlehnt, ist dieser Gesichtspunkt von entscheidender Bedeutung.

Durch die Übersichtlichkeit der Darstellung ist es den Autoren gelungen, nicht nur den Fachmann, sondern auch den Stifter anzusprechen und mit verständlichen Informationen zu versorgen. Allerdings sollte bei der Neuauflage die Lesbarkeit des Textes durch Fettdruck, wie dies z. B. im Umsatzsteuerkapitel bereits der Fall ist, verbessert werden. Das Werk stellt eine hervorragende Einführung in das Stiftungsrecht dar und kann wegen der systematischen und umfassenden Information uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim

Kaligin, Die Betriebsaufspaltung, Erich Schmidt Verlag, Bielefeld, 4. Auflage 2001, 270 Seiten, € 36,80

Das im Jahre 1984 erstmals und nunmehr in 4. Aufl. erschienene Werk schildert die Rechtsgeschichte der Betriebsaufspaltung, die nach der damaligen Körperschaftsteuerreform im Jahr 1977 zur wohl beliebtesten Rechtsform im Mittelstand avancierte und durch das Steuersenkungsgesetz und die Unternehmenssteuerreform erheblich an Boden verlor. Trotz der 80-jährigen Geschichte der Betriebsaufspaltung ist die Terminologie immer noch unbefriedigend. *Kaligin* definiert die Betriebsaufspaltung als eine Unternehmensform, durch die Funktionen, die grundsätzlich von einem Unternehmen wahrgenommen werden können, auf zwei oder mehrere rechtlich selbstständige Unternehmen aufgeteilt werden. Die historische Begriffsbildung, die in der echten Betriebsaufspaltung die Aufspaltung eines einheitlichen Unternehmens in eine Besitz- und Betriebsgesellschaft und in der unechten Betriebsaufspaltung die Ausgründung eines Besitzunternehmens nach Gründung des Betriebsunternehmens sieht, verzichtet auf eine aussagekräftige Differenzierung und sollte daher vermieden werden. Nach *Schmidt* EStG 21. Aufl. 2002 § 15 Rdnr. 802 stellt eine *unechte* Betriebsaufspaltung die Anpachtung mindestens einer wesentlichen Betriebsgrundlage im Eigentum der Gesellschafter durch die Betriebskapitalgesellschaft dar, wodurch diese Wirtschaftsgüter Betriebsvermögen werden; eine *echte* Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn ein bisher einheitlicher Betrieb in der Weise aufgeteilt wird, dass ein Teil des Betriebsvermögens, z. B. das bewegliche Anlage- und/oder das Umlaufvermögen auf eine Betriebsgesellschaft, regelmäßig in der Form einer Kapitalgesellschaft, übereignet wird. Da seit dem In-Kraft-Treten des Steuersenkungsgesetzes zum 1.1.1999 ein Rechtsträgerwechsel

grundsätzlich zur Aufdeckung der stillen Reserven führt, kann eine echte Betriebsaufspaltung seitdem nur noch steuerneutral in der Weise erfolgen, dass das Umlaufvermögen auf die Betriebskapitalgesellschaft übertragen und der Betrieb insgesamt an die Betriebskapitalgesellschaft *verpachtet* wird, also eine Betriebsverpachtung verdeckt zugrunde liegt. Die Differenzierung zwischen echter und unechter Betriebsaufspaltung ist somit insbesondere bei der Beendigung der Betriebsaufspaltung von ausschlaggebender Bedeutung.

Bei der Lektüre der 4. Auflage fällt auf, dass *Kaligin* geradezu akribisch die historische Entwicklung und die Rechtsprechungsänderung im zivil- und steuerlichen Bereich darstellt und erst jeweils am Ende seiner Darstellung kurz die aktuelle Rechtslage skizziert, so dass der Leser erst nach der Lektüre überholter Entwicklungsphasen zum Kern der Materie vorstößt. Diese umfassende Darstellung ist insbesondere für den an der Rechtsgeschichte interessierten Benutzer wertvoll, erschwert aber den raschen Zugriff und die Erkenntnis der aktuellen Situation. Teilweise wurden auch die historischen Ausführungen nicht überarbeitet, so dass trotz der seit Jahren in Kraft befindlichen Insolvenzordnung immer noch von Konkurs und Konkursverwalter die Rede ist.

Die Behauptung, dass das Umkippen einer Betriebsaufspaltung in eine Betriebsverpachtung zu einer Aufdeckung stiller Reserven und damit zu einer Regresssituation des Steuerberaters führt (S. 46; GmbHR 1999, 819), ist unrichtig; die zitierte Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein GmbHR 1999, 819 betrifft eine unechte Betriebsaufspaltung.

Die am 1.7.1998 in Kraft getretene Handelsrechtsreform ist zwar erwähnt, aber in den rechtlichen Ausführungen nicht berücksichtigt. Die Zeiten, in denen eine Besitzgesellschaft in der Rechtsform eines Einzelunternehmens oder einer Perso-

nenhandelsgesellschaft nicht aufrecht erhalten werden kann, wenn die Tätigkeit des Besitzunternehmens sich beispielsweise auf die bloße Verpachtung des Betriebsgrundstückes beschränkt (S. 55), sind längst vorbei, da die Kaufmannseigenschaft durch die Eintragung im Handelsregister als solche begründet und aufrecht erhalten wird, vgl. §§ 2 und 105 Abs. 2 HGB.

Da das Manuskript im Juli 2001 abgeschlossen wurde, ist auch die aktuelle steuerliche Situation bei Bürogebäuden, insbesondere die steuerfreie Überführung in eine Personengesellschaft mit einem Nur-Besitzunternehmer unter Vereinbarung der Einstimmigkeit, nicht dargestellt, vgl. BStBl. 2001 I 634.

Auch die Behauptung, dass grundsätzlich keine Gewinnrealisierung bei dem Besitzunternehmen in der Ausgründungsphase stattfindet, gilt für den Rechtszustand im Jahre 1985 und wird von der hierzu zitierten Literatur vertreten. Durch die Beibehaltung der Präsensform wird der Leser aber zumindest verwirrt. Dass die alleinige Verpachtung des Gewerbebetriebes (unter Hinweis auf R 137 EStR 1999) keine gewerbliche Tätigkeit darstellt und somit eine Betriebsaufgabe vorliegt, ist unzutreffend, zumindest irreführend.

Interessant ist der Hinweis auf *Schmidt* EStG 21. Aufl. § 15 Rdnr. 877 am Ende, wonach ab 1.1.2001 bei einer Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter auf eine Betriebskapitalgesellschaft eine Buchwertfortführung zulässig sein soll.

Der zusammenfassende Vergleich der einzelnen Unternehmensformen am Ende des Werkes berücksichtigt nicht die durch die Unternehmenssteuerreform eingetretenen Änderungen. Durch die definitive Belastung der Kapitalgesellschaft mit Gewerbesteuer im Unterschied zu Personenunternehmen, bei denen gem. § 35 EStG die Gewerbesteuer pauschaliert erstattet wird, hat die Betriebsaufspaltung im mittelständischen Bereich erheblich an Attraktivität verloren. Die GmbH & Co. KG war während der früheren Doppelbelastung der Kapitalgesellschaft mit Körperschaftsteuer und des ausgeschütteten Gewinns mit Einkommensteuer bis 1977 die dominierende Rechtsform; der Siegeszug der GmbH & Co., der während der Dauer des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens gestoppt war, hat wieder seine Fahrt aufgenommen.

Das Buch kann rechtshistorisch interessierten Lesern empfohlen werden.

Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim

Hellwege, Die Besteuerung deutsch-spanischer Erb- und Schenkungsfälle, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2002, 304 Seiten, € 49,80

Die Schriftenreihe „Internationales Erbschaftsteuerrecht und Nachlaßplanung“ des Verlags Dr. Otto Schmidt hat sich zum Ziel gesetzt, einen umfassenden Überblick über das Erbschaftsteuerrecht im Ausland und die Behandlung internationaler Erbfälle mit deutscher Beteiligung zu geben. In dem vorliegenden Band 11 der Reihe wendet sich *Hellwege* dem spanischen Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht zu. Die Abhandlung, die der Universität Osnabrück Anfang 2001 als Dissertation vorlag, gliedert sich in drei Teile.

Im 1. Teil kann sich der Leser einen Überblick sowohl über das materielle Erb- und Schenkungsrecht, als auch über das internationale und interlokale Privatrecht in Spanien verschaffen. Die Darstellung beschränkt sich im Wesentlichen auf die Regelungen des gemeinspanischen Erbrechts; zu den hiervon abweichenden Teilrechtsordnungen einiger Regionen (so genannte Foralrechte) finden sich vereinzelt Hinweise. Für den Notar besonders interessant sind die Ausführungen zur Eintragung der von Todes wegen erworbenen Rechte und Gegenstände in ein öffentliches Register (4. Kapitel X.) und die Darstellung der Grundzüge des Nachlassverfahrens (5. Kapitel).

Der 2. Teil bildet mit einer eingehenden Erläuterung des spanischen Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts das Kernstück der Untersuchung. Im Rahmen der Ausführungen zu den Rechtsgrundlagen (1. Kapitel) wird dem Leser auch ein Überblick über weitere Gebiete des spanischen Steuerrechts geboten. In den folgenden drei Kapiteln stellt *Hellwege* instruktiv, detailliert und anhand zahlreicher Beispiele die verschiedenen Steuertatbestände und die Berechnung der Steuer nach dem spanischen Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht dar. Abgerundet wird dieser Teil durch Ausführungen zu den Grundlagen des Besteuerungsverfahrens, zum Steuerstraf- bzw. Steuerordnungswidrigkeitenrecht und zu den Rechtsschutzmöglichkeiten, die dem Steuerpflichtigen zur Verfügung stehen (5. bis 8. Kapitel).

Im 3. Teil ihrer Untersuchung befasst sich *Hellwege* mit der Besteuerung deutsch-spanischer Erbfälle. Nach Ausführun-

gen zum jeweiligen Anwendungsbereich des spanischen und deutschen Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts (1. und 2. Kapitel) widmet sich die Autorin dem Problem der Doppelbesteuerung bei deutsch-spanischen Erbfällen (3. Kapitel). Auf Grund des komplexen Zusammenspiels personen- und nachlassbezogener Anknüpfungspunkte kommt es – wie übersichtlich dargestellt wird – in solchen Erbfällen regelmäßig zu einer Belastung sowohl mit deutscher als auch mit spanischer Erbschaftsteuer. Da kein Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Spanien und Deutschland besteht, ist zur Milderung der Doppelbesteuerung auf die nationalen Steuerverordnungen zurückzugreifen. Insbesondere die Anrechnung nach § 21 ErbStG wird eingehend dargestellt. Mit der wohl herrschenden Meinung im deutschen Schrifttum geht *Hellwege* davon aus, dass die spanische Wertzuwachssteuer (*plusvalía*) der deutschen Erbschaft- und Schenkungsteuer entspricht und daher anrechenbar ist. Die Abhandlung schließt mit einigen Gestaltungsanregungen zur Reduzierung der Erbschaftsteuerbelastung durch Modifizierung der Anknüpfungspunkte Wohnsitz, Staatsangehörigkeit und besonders durch Umschichtung des Vermögens. Zutreffend wird herausgearbeitet, dass die vorweggenommene Erbfolge hinsichtlich des spanischen Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts anders als in Deutschland keine Vorteile bietet.

Die Untersuchung *Hellweges* besticht durch ihre stringente Gliederung und durch die sehr praxisnahe Darstellung. Zahlreiche Sachfragen werden nicht nur abstrakt erörtert, sondern anhand von Beispielen und konkreten Berechnungen auch quantifiziert. Bedauerlich ist lediglich, dass die Modellfälle nicht bereits in Euro, sondern noch in DM bzw. Peseten durchgerechnet werden. Positiv ist zu vermerken, dass vielfach neben einer gelungenen Übersetzung auch die spanischen Originalbezeichnungen juristischer Begriffe aufgeführt sind. Dem Charakter einer Dissertation entsprechend enthält die Abhandlung keine Vertragsmuster oder Formulierungsvorschläge. Demjenigen, der sich einen Überblick über das spanische Erbrecht verschaffen und Problembewusstsein für die steuerlichen Aspekte deutsch-spanischer Fälle der Vermögensnachfolge entwickeln will, kann die Anschaffung des Werkes uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarassessor Benedikt Selbherr, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985, Richtlinie 87/102/EWG vom 22.12.1986, HWiG §§ 1 Abs. 1 a.F., 5 Abs. 2; VerbrKrG § 3 Abs. 2 Nr. 2 (*Widerruf eines grundpfandrechtlich abgesicherten Kreditvertrags*)

1. Die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist dahin auszulegen, dass sie auf einen Realkreditvertrag wie den im Ausgangsverfahren fraglichen anwendbar ist, so dass der Verbraucher, der einen derartigen Vertrag in einem der in Artikel 1 dieser Richtlinie genannten Fälle geschlossen hat, über das Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Richtlinie verfügt.

2. Der nationale Gesetzgeber ist durch die Richtlinie 85/577 daran gehindert, das Widerrufsrecht nach Artikel 5 dieser Richtlinie für den Fall, dass der Verbraucher nicht gemäß Artikel 4 dieser Richtlinie belehrt wurde, auf ein Jahr nach Vertragsabschluss zu befristen.

(EuGH, Urteil vom 13.12.2001 – Rechtssache C-481/99 – „*Heininger*“)

1. Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 29.11.1999, beim Gerichtshof eingegangen am 20.12.1999, gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372, S. 31, nachfolgend: *Haustürgeschäfte*richtlinie) und der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (ABl. 1987, L 42, S. 48) in der Fassung der Richtlinie 90/88/EWG des Rates vom 22.2.1990 (ABl. L 61, S. 14) (nachfolgend: *Verbraucherkredit*richtlinie) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen Herrn und Frau *Heininger* (nachfolgend: *Kläger*) und der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG (nachfolgend: *Beklagte*) wegen des Widerrufs eines grundpfandrechtlich abgesicherten Kreditvertrags.

Das Gemeinschaftsrecht

3. In Artikel 1 Absatz 1 der *Haustürgeschäfte*richtlinie heißt es: Diese Richtlinie gilt für Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden:

- während eines vom Gewerbetreibenden außerhalb von dessen Geschäftsräumen organisierten Ausflugs oder
- anlässlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden
 - i) beim Verbraucher in seiner oder in der Wohnung eines anderen Verbrauchers,

...

sofern der Besuch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgt.

4. Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a dieser Richtlinie bestimmt:

Diese Richtlinie gilt nicht für

- a) Verträge über den Bau, den Verkauf und die Miete von Immobilien sowie Verträge über andere Rechte an Immobilien;

...

5. In Artikel 4 der Richtlinie heißt es:

Der Gewerbetreibende hat den Verbraucher bei Geschäften im Sinne des Artikels 1 schriftlich über sein Widerrufsrecht innerhalb der in Artikel 5 festgelegten Fristen zu belehren und dabei den Namen und die Anschrift einer Person anzugeben, der gegenüber das Widerrufsrecht ausgeübt werden kann.

...

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen, wenn die in diesem Artikel vorgesehene Belehrung nicht erfolgt.

6. Nach Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie besitzt der Verbraucher das Recht, von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten, indem er dies innerhalb von mindestens sieben Tagen nach dem Zeitpunkt, zu dem ihm die in Artikel 4 genannte Belehrung erteilt wurde, entsprechend dem Verfahren und unter Beachtung der Bedingungen, die im einzelstaatlichen Recht festgelegt sind, anzeigt.

7. Artikel 8 der Richtlinie bestimmt, dass diese die Mitgliedstaaten nicht daran [hindert], noch günstigere Verbraucherschutzbestimmungen auf dem Gebiet dieser Richtlinie zu erlassen oder beizubehalten.

8. In Artikel 1 Absätze 1 und 2 Buchstabe c der *Verbraucherkredit*richtlinie heißt es:

- (1) Diese Richtlinie findet auf Kreditverträge Anwendung.

- (2) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet:

...

- c) „Kreditvertrag“ einen Vertrag, bei dem ein Kreditgeber einem Verbraucher einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer sonstigen ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.

...

9. Artikel 2 dieser Richtlinie sieht Folgendes vor:

- (1) Diese Richtlinie findet keine Anwendung:

- a) auf Kreditverträge oder Kreditversprechen, die
 - hauptsächlich zum Erwerb oder zur Beibehaltung von Eigentumsrechten an einem Grundstück oder einem vorhandenen oder noch zu errichtenden Gebäude ... bestimmt sind;

...

- (3) Artikel 1a und die Artikel 4 bis 12 finden keine Anwendung auf durch Grundpfandrechte gesicherte Kreditverträge oder Kreditversprechen, soweit diese nicht bereits aufgrund von Absatz 1 Buchstabe a des vorliegenden Artikels vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgeschlossen sind.

...

10. Nach Artikel 15 der Richtlinie hindert [diese] die Mitgliedstaaten nicht, in Übereinstimmung mit ihren Verpflichtungen aus dem Vertrag weiter gehende Vorschriften zum Schutz der Verbraucher aufrechtzuerhalten oder zu erlassen.

Das nationale Recht

11. Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HWiG) vom 16.1.1986 (BGBl. I S. 122) sieht in § 1 ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vor, so dass ein außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden abgeschlossenes Geschäft erst wirksam wird, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung nicht binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerruft. Der Lauf der Frist beginnt nach § 2 Absatz 1 HWiG erst, wenn dem Verbraucher eine schriftliche Belehrung ausgehändigt worden ist, die den im Gesetz vorgesehenen inhaltlichen Anforderungen entspricht. Wird eine solche Belehrung nicht ausgehändigt, so erlischt das Widerrufsrecht des Verbrauchers erst einen Monat nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistung.

12. § 5 Absatz 2 HWiG enthält eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Haustürwiderrufgesetzes, indem er für den Fall, dass ein Geschäft im Sinne des § 1 Absatz 1 HWiG zugleich unter das Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) vom 17.12.1990 (BGBl. I S. 2840) fällt, vorsieht, dass nur die Vorschriften dieses Gesetzes anzuwenden sind.

13. § 1 VerbrKrG legt den Anwendungsbereich dieses Gesetzes wie folgt fest:

- (1) Dieses Gesetz gilt für Kreditverträge und Kreditvermittlungsverträge zwischen einer Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt (Kreditgeber) oder vermittelt oder nachweist (Kreditvermittler), und einer natürlichen Person, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist (Verbraucher).
- (2) Kreditvertrag ist ein Vertrag, durch den ein Kreditgeber einem Verbraucher einen entgeltlichen Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.

...

14. § 3 Absatz 2 VerbrKrG, der Ausnahmen vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes regelt, bestimmt:

Keine Anwendung finden ferner

...

2. § 4 Absatz 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 grundpfandrechtl. abgesicherte Kredite und deren Zwischenfinanzierung üblichen Bedingungen gewährt wird; ...

15. In § 7 VerbrKrG, der ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vorsieht, heißt es:

- (1) Die auf den Abschluss eines Kreditvertrages gerichtete Willenserklärung des Verbrauchers wird erst wirksam, wenn der Verbraucher sie nicht binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerruft.
- (2) Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Lauf der Frist beginnt erst, wenn dem Verbraucher eine drucktechnisch deutlich gestaltete und vom Verbraucher gesondert

zu unterschreibende Belehrung über die Bestimmung nach Satz 1, sein Recht zum Widerruf, dessen Wegfall nach Absatz 3 sowie Namen und Anschrift des Widerrufsempfängers ausgehändigt worden ist. Wird der Verbraucher nicht nach Satz 2 belehrt, so erlischt das Widerrufsrecht erst nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistung, spätestens jedoch ein Jahr nach Abgabe der auf den Abschluss des Kreditvertrages gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers.

Das Ausgangsverfahren und die Vorlagefragen

16. Zur Finanzierung des Kaufpreises für eine Wohnung nahmen die Kläger mit Vertrag vom 28.4./7.5.1993 (nachfolgend: Darlehensvertrag) bei der Beklagten ein Darlehen über 150.000 DM auf. Dieses wurde durch eine Grundschuld in derselben Höhe abgesichert.

17. Mit im Januar 1998 erhobener Klage haben sie gemäß § 1 HWiG ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung widerrufen. Sie behaupten, ein ihnen bekannter, freiberuflich auch für die Beklagte tätiger Immobilienmakler habe sie mehrmals unaufgefordert zu Hause aufgesucht. Er habe sie zum Kauf der fraglichen Wohnung und zur Darlehensaufnahme überredet, ohne sie über das Widerrufsrecht zu belehren.

18. Die Kläger verlangen von der Beklagten Rückzahlung von Tilgungs- und Zinsleistungen sowie Erstattung von Aufwendungen bei der Durchführung eines Darlehensvertrags in Höhe von insgesamt 118.443,81 DM. Ferner beantragen sie die Feststellung, dass der Beklagten keine Ansprüche aus dem Darlehensvertrag zustehen.

19. Das Landgericht München hat die Klage am 26.5.1998 abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht München am 1.2.1999 zurückgewiesen. Die Kläger haben daraufhin Revision beim Bundesgerichtshof eingereicht.

20. In seinem Vorlagebeschluss weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass es für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits darauf ankomme, ob ein Widerrufsrecht nach § 1 HWiG nicht besteht, weil das Verbraucherkreditgesetz, das auf Real-kreditverträge anwendbar sei, die Regelungen des Haustürwiderrufgesetzes verdränge. Die Antwort auf diese Frage hänge davon ab, ob die Haustürgeschäfte-Richtlinie auch Real-kreditverträge erfasse und ihr in Bezug auf das in ihrem Artikel 5 vorgesehene Widerrufsrecht der Vorrang vor der Verbraucherkreditrichtlinie einzuräumen sei.

21. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs besitzen die Kläger erstens kein Widerrufsrecht nach § 7 VerbrKrG, weil dieser nach § 3 Absatz 2 Nummer 2 VerbrKrG nicht für Real-kreditverträge gelte. Zweitens sei ein Widerrufsrecht nach § 1 HWiG grundsätzlich ausgeschlossen, da nach § 5 Absatz 2 HWiG nur das Verbraucherkreditgesetz zur Anwendung komme, wenn ein Geschäft im Sinne des § 1 Absatz 1 HWiG wie im vorliegenden Fall zugleich unter das Verbraucherkreditgesetz falle.

22. Der Bundesgerichtshof ist der Auffassung, die gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften erforderten keine andere Auslegung von § 5 Absatz 2 HWiG, ersucht aber den Gerichtshof darum, sich zu diesem Punkt zu äußern, da Zweifel bestehen könnten.

23. Sollte nach der Haustürgeschäfte-Richtlinie ein Widerrufsrecht der Kläger anzunehmen sein, so komme es für die Ent-

scheidung des Ausgangsrechtsstreits darauf an, ob dieses Widerrufsrecht in entsprechender Anwendung von § 7 Absatz 2 Satz 3 VerbrKrG mit Ablauf eines Jahres nach Abgabe der auf den Abschluss des Realkreditvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers erlösche oder ob die Vorschriften des Haustürwiderrufgesetzes anzuwenden seien, die gemäß Artikel 5 Absatz 1 der Haustürgeschäfte-Richtlinie für den Fall, dass die erforderliche Belehrung nicht erteilt worden sei, eine Befristung des Widerrufsrechts nicht vorsähen.

24. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Erfasst die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen auch Realkreditverträge (§ 3 Absatz 2 Nummer 2 Verbraucherkreditgesetz) und kommt ihr in Bezug auf das in Artikel 5 vorgesehene Widerrufsrecht Vorrang vor der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit zu?
2. Für den Fall, dass der Gerichtshof diese Frage bejaht: Ist der nationale Gesetzgeber durch die Haustürgeschäfte-Richtlinie gehindert, die in § 7 Absatz 2 Satz 3 Verbraucherkreditgesetz geregelte Befristung des Widerrufsrechts auch in den Fällen anzuwenden, in denen ein Haustürgeschäft die Gewährung eines Realkredits im Sinne von § 3 Absatz 2 Nummer 2 Verbraucherkreditgesetz zum Gegenstand hat und die in Artikel 4 der Richtlinie vorgesehene Belehrung unterblieben ist?

Zur ersten Frage

25. Angesichts der Ausführungen der Beklagten, dass der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht in den Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte-Richtlinie, wie er in deren Artikel 1 abgegrenzt werde, falle, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die dem Gerichtshof vom Bundesgerichtshof vorgelegte Frage davon ausgeht, dass der Realkreditvertrag zwischen den Klägern und der Beklagten unter den in Artikel 1 dieser Richtlinie genannten Tatbestandsvoraussetzungen geschlossen wurde.

26. Die erste Frage ist daher ausgehend von dieser Prämisse zu beantworten. Mit dieser Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Haustürgeschäfte-Richtlinie dahin auszulegen ist, dass sie auf einen Realkreditvertrag wie den im Ausgangsverfahren fraglichen anwendbar ist, so dass der Verbraucher, der einen derartigen Vertrag in einem der in Artikel 1 dieser Richtlinie genannten Fälle geschlossen hat, über das Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Richtlinie verfügt.

27. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Haustürgeschäfte-Richtlinie nach ihrem Artikel 1 grundsätzlich für jeden Vertrag gilt, der in einem der in diesem Artikel genannten Fälle, u. a. im Fall eines Besuchs des Gewerbetreibenden beim Verbraucher, geschlossen wird. Außerdem bestimmen die vierte und die fünfte Begründungserwägung dieser Richtlinie Folgendes:

Verträge, die außerhalb der Geschäftsräume eines Gewerbetreibenden abgeschlossen werden, sind dadurch gekennzeichnet, dass die Initiative zu den Vertragsverhandlungen in der

Regel vom Gewerbetreibenden ausgeht und der Verbraucher auf die Vertragsverhandlungen nicht vorbereitet ist. Letzterer hat häufig keine Möglichkeit, Qualität und Preis des Angebots mit anderen Angeboten zu vergleichen. Dieses Überraschungsmoment gibt es nicht nur bei Haustürgeschäften, sondern auch bei anderen Verträgen, die auf Initiative des Gewerbetreibenden außerhalb seiner Geschäftsräume abgeschlossen werden.

Um dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, die Verpflichtungen aus dem Vertrag noch einmal zu überdenken, sollte ihm das Recht eingeräumt werden, innerhalb von mindestens sieben Tagen vom Vertrag zurückzutreten.

28. Ferner zählt die Haustürgeschäfte-Richtlinie in ihrem Artikel 3 eine Anzahl von Vertragstypen abschließend auf, für die sie nicht gilt.

29. Im Ausgangsverfahren stellt sich die Frage, ob ein Realkreditvertrag wie der im Ausgangsverfahren fragliche von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Haustürgeschäfte-Richtlinie erfasst wird, der Verträge über den Bau, den Verkauf und die Miete von Immobilien sowie Verträge über andere Rechte an Immobilien vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausschließt.

30. Die Kläger, die französische, die italienische und die österreichische Regierung sowie die Kommission sind der Ansicht, dass diese Vorschrift für Realkreditverträge nicht gelte, während die Beklagte sowie die deutsche und die spanische Regierung im Wesentlichen die Auffassung vertreten, dass ein Realkreditvertrag ein Vertrag über Rechte an Immobilien sei, da er ein dingliches Recht an der Immobilie entstehen lasse, die die Grundlage für die Kreditsicherung darstelle.

31. Dazu ist erstens festzustellen, dass Ausnahmen von gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen sind (siehe u. a. Urteil vom 10.5.2001 in der Rechtssache C-203/99, *Veedfald*, Slg. 2001, I-3569, Rdnr. 15).

32. Wenn zweitens ein Realkreditvertrag wie der im Ausgangsverfahren fragliche an ein Recht an einer Immobilie anknüpft, weil das gewährte Darlehen durch ein Grundpfandrecht abgesichert sein muss, so reicht dieser Gesichtspunkt des Vertrages nicht dafür aus, diesen Vertrag als Vertrag über ein Recht an einer Immobilie im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Haustürgeschäfte-Richtlinie anzusehen.

33. Für die Verbraucher, die mit der Haustürgeschäfte-Richtlinie geschützt werden sollen, und für die Darlehensgeber liegt der Gegenstand eines Kreditvertrags der im Ausgangsverfahren fraglichen Art nämlich in der Überlassung von Kapital, verbunden mit der Verpflichtung der Gegenseite zur Rückerstattung und zur Zahlung von Zinsen.

34. Der Schutz, der dem Verbraucher gewährt wird, der einen solchen Vertrag außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden geschlossen hat, wird aber nicht dadurch entbehrlicher, dass der Kreditvertrag durch ein Grundpfandrecht abgesichert wird.

35. Für alle Fälle sei hinzugefügt, dass zwar ein Kreditvertrag wie der im Ausgangsverfahren fragliche somit unter die Haustürgeschäfte-Richtlinie fällt, sich die Folgen eines gemäß dieser Richtlinie erfolgten etwaigen Widerrufs dieses Vertrages für den Kaufvertrag über die Immobilie und für die Bestellung des Grundpfandrechts aber nach dem nationalen Recht richten.

36. Schließlich ist zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte richtlinie durch die später erlassene Verbraucherkreditrichtlinie in Bezug auf Realkreditverträge eingeschränkt worden ist.

37. Nach Ansicht der deutschen Regierung wird die Haustürgeschäfte richtlinie gemäß dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* durch die Verbraucherkreditrichtlinie verdrängt. Darin, dass die Verbraucherkreditrichtlinie abweichend von der Haustürgeschäfte richtlinie die Einführung eines Widerrufsrechts für Kreditverträge nur empfehle, nicht aber vorschreibe, komme zum Ausdruck, dass die Verbraucherkreditrichtlinie in Bezug auf Realkreditverträge der spezielleren Gemeinschaftsrechtsakt sei. Die Verbraucherkreditrichtlinie habe damit dem Umstand Rechnung getragen, dass sich die Einführung eines Widerrufsrechts bei bestimmten Kreditverträgen, insbesondere bei Realkreditverträgen, als problematisch erweisen könnte.

38. Hierzu genügt der Hinweis, dass zum einen die Haustürgeschäfte richtlinie wie gerade dargestellt worden ist, den Verbraucher vor den Gefahren schützen soll, die sich aus den Umständen eines Vertragsschlusses außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden ergeben, und dass zum anderen der Verbraucherschutz in dieser Richtlinie durch die Einführung eines Widerrufsrechts verwirklicht wird.

39. Weder die Präambel noch der normative Teil der Verbraucherkreditrichtlinie enthalten aber Anhaltspunkte dafür, dass der Gemeinschaftsrechtgeber mit dem Erlass dieser Richtlinie den Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte richtlinie dahin gehend begrenzen wollte, dass deren spezifischer Schutz nicht für Realkreditverträge gilt.

40. Deshalb ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Haustürgeschäfte richtlinie dahin auszulegen ist, dass sie auf einen Realkreditvertrag wie den im Ausgangsverfahren fraglichen anwendbar ist, so dass der Verbraucher, der einen derartigen Vertrag in einem der in Artikel 1 dieser Richtlinie genannten Fälle geschlossen hat, über das Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Richtlinie verfügt.

Zur zweiten Frage

41. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob der nationale Gesetzgeber durch die Haustürgeschäfte richtlinie daran gehindert ist, das Widerrufsrecht nach Artikel 5 dieser Richtlinie für den Fall, dass der Verbraucher nicht gemäß Artikel 4 dieser Richtlinie belehrt worden ist, auf ein Jahr nach Vertragsabschluss zu befristen.

42. Die Kläger, die französische Regierung und die Kommission machen geltend, dass die Haustürgeschäfte richtlinie das Widerrufsrecht bei fehlender Belehrung darüber nicht befriste. Artikel 5 dieser Richtlinie stehe einer nationalen Maßnahme entgegen, die das Widerrufsrecht eines Verbrauchers, der nicht über dieses belehrt worden sei, auf ein Jahr nach Vertragsabschluss befriste. Die in dieser Bestimmung für den Widerruf vorgesehene Mindestfrist von sieben Tagen müsse nämlich ab dem Zeitpunkt gerechnet werden, zu dem der Verbraucher schriftlich über das Widerrufsrecht belehrt worden sei.

43. Nach Ansicht der Beklagten sowie der deutschen, der italienischen und der österreichischen Regierung kann der nationale Gesetzgeber das Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Haustürgeschäfte richtlinie auf ein Jahr befristen, da die Mitgliedstaaten nach Artikel 4 dieser Richtlinie dafür zu sorgen hätten, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsähen, wenn dieser

nicht über sein Widerrufsrecht belehrt worden sei. Zwar ordne die Haustürgeschäfte richtlinie eine Befristung des Widerrufsrechts nicht ausdrücklich an, doch sei dessen zeitliche Begrenzung durch den Grundsatz der Rechtssicherheit geboten.

44. Dazu ist zunächst festzustellen, dass Artikel 4 Absatz 1 der Haustürgeschäfte richtlinie bestimmt, dass [d]er Gewerbetreibende ... den Verbraucher ... schriftlich über sein Widerrufsrecht innerhalb der in Artikel 5 festgelegten Fristen zu belehren [hat] ..., und dass es in Artikel 4 Absatz 3 dieser Richtlinie heißt, dass [d]ie Mitgliedstaaten [dafür] sorgen ..., dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen, wenn die in diesem Artikel vorgesehene Belehrung nicht erfolgt. Nach Artikel 5 Absatz 1 dieser Richtlinie [besitzt d]er Verbraucher ... das Recht, von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten, indem er dies innerhalb von mindestens sieben Tagen nach dem Zeitpunkt, zu dem ihm die in Artikel 4 genannte Belehrung erteilt wurde, entsprechend dem Verfahren und unter Beachtung der Bedingungen, die im einzelstaatlichen Recht festgelegt sind, anzeigt.

45. Die Haustürgeschäfte richtlinie bestimmt somit ausdrücklich, dass die für den Widerruf vorgesehene Mindestfrist von sieben Tagen ab dem Zeitpunkt zu rechnen ist, zu dem dem Verbraucher die Belehrung über sein Widerrufsrecht erteilt wurde, und dass es dem Gewerbetreibenden obliegt, diese Belehrung zu erteilen. Diese Bestimmungen erklären sich dadurch, dass der Verbraucher das Widerrufsrecht nicht ausüben kann, wenn es ihm nicht bekannt ist.

46. Angesichts des Wortlauts und des Zweckes von Artikel 5 der Haustürgeschäfte richtlinie kann Artikel 4 Absatz 3 dieser Richtlinie nicht dahin ausgelegt werden, dass der nationale Gesetzgeber vorsehen kann, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers auf jeden Fall innerhalb eines Jahres ausgeübt werden muss, selbst wenn der Verbraucher vom Gewerbetreibenden nicht über dieses Recht belehrt worden ist.

47. Zu dem Vorbringen, dass eine Befristung des Widerrufsrechts aus Gründen der Rechtssicherheit unerlässlich sei, ist schließlich zu bemerken, dass solche Gründe zurücktreten müssen, soweit sie eine Einschränkung der Rechte implizieren, die dem Verbraucher mit der Haustürgeschäfte richtlinie ausdrücklich verliehen worden sind, um ihn vor den Gefahren zu schützen, die sich daraus ergeben, dass Kreditinstitute bewusst Realkreditverträge außerhalb ihrer Geschäftsräume abschließen. Wenn die Kreditinstitute nämlich so verfahren, um ihre Dienste zu vermarkten, so können sie sowohl den Verbraucherinteressen als auch ihrem eigenen Bedürfnis nach Rechtssicherheit ohne Schwierigkeit dadurch Rechnung tragen, dass sie ihrer Obliegenheit zur Belehrung des Verbrauchers nachkommen.

48. Deshalb ist auf die zweite Frage zu antworten, dass der nationale Gesetzgeber durch die Haustürgeschäfte richtlinie daran gehindert ist, das Widerrufsrecht nach Artikel 5 dieser Richtlinie für den Fall, dass der Verbraucher nicht gemäß Artikel 4 dieser Richtlinie belehrt wurde, auf ein Jahr ab Vertragsabschluss zu befristen.

Zur zeitlichen Wirkung des vorliegenden Urteils

49. Die Beklagte hat in ihren Erklärungen darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof die Wirkungen dieses Urteils zeitlich beschränken könne, falls er der Ansicht sein sollte, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende deutsche Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sei.

50. Sie beruft sich in diesem Zusammenhang insbesondere darauf, dass die Anwendung des in der Haustürgeschäfte richtlinie vorgesehenen Widerrufsrechts auf Realkreditverträge ein erhebliches finanzielles Risiko für die Kreditinstitute begründe.

51. Es ist daran zu erinnern, dass sich der Gerichtshof bei der Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts darauf beschränkt, die Bedeutung und Tragweite dieser Vorschrift, so wie sie seit ihrem In-Kraft-Treten zu verstehen und anzuwenden gewesen wäre, zu erläutern und zu verdeutlichen (Urteil vom 24.9.1998 in der Rechtssache C-35/97, Kommission/Frankreich, Slg. 1998, I-5325, Rdnr. 46).

52. Im Einklang mit einer ständigen Rechtsprechung, nach der sich der Gerichtshof in Anwendung des der Rechtsordnung der Gemeinschaft innewohnenden allgemeinen Grundsatzes der Rechtssicherheit mit Rücksicht auf die schwerwiegenden Störungen, zu denen sein Urteil bei gutgläubig begründeten Rechtsverhältnissen für die Vergangenheit führen könnte, ausnahmsweise dazu veranlasst sehen kann, die Möglichkeit für die Betroffenen zu beschränken, sich auf eine von ihm ausgelegte Bestimmung zu berufen, um diese Rechtsverhältnisse in Frage zu stellen, hat der Gerichtshof die Vornahme einer solchen Beschränkung von der Prüfung des Vorliegens zweier grundlegender Kriterien abhängig gemacht, nämlich des guten Glaubens der Betroffenen und des erheblichen finanziellen Risikos (in diesem Sinn Urteil vom 28.9.1994 in der Rechtssache C-128/93, *Fischer*, Slg. 1994, I-4583, Rdnr. 18).

53. Dazu genügt der Hinweis, dass die Beklagte keinen konkreten Gesichtspunkt vorgebracht hat, der ihr Vorbringen stützen könnte, dass dieses Urteil, falls seine Wirkungen nicht zeitlich begrenzt würden, erhebliche finanzielle Folgen für die Kreditinstitute hervorzurufen drohe, die Realkreditverträge unter den in Artikel 1 der Haustürgeschäfte richtlinie genannten Tatbestandsvoraussetzungen geschlossen hätten.

54. Daher besteht kein Anlass, die Wirkungen dieses Urteils zeitlich zu beschränken.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Volmer*, MittBayNot 2002, S. 252 (in diesem Heft).

2. HWiG §§ 1 Abs. 1 a.F., 5 Abs. 2; VerbrKrG § 3 Abs. 2 Nr. 2 (*Widerruf eines Grundpfandrechtl. abgesicherten Kreditvertrags II*)

a) § 5 Abs. 2 HWiG ist unter Beachtung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13.12.2001 (Rs C-481/99)¹ richtlinienkonform einschränkend auszulegen.

b) Kreditverträge gehören danach insoweit nicht zu den Geschäften, die im Sinne des § 5 Abs. 2 HWiG „die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz“ erfüllen, als das Verbraucherkreditgesetz kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht einräumt wie das Haustürwiderrufgesetz.

¹ Vgl. MittBayNot 2002, S. 276 (vorstehend).

c) Dies gilt für alle Kreditverträge, die Haustürgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG a.F. sind, auch wenn sie die Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts im Sinne der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen („Haustürgeschäfte richtlinie“) nicht erfüllen.

BGH, Urteil vom 9.4.2002 – XI ZR 91/99 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt vgl. Ziff. 16–19 der vorstehend abgedruckten Entscheidung des EuGH vom 13.12.2001 – Rs C-481/99 –

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat ein Widerrufsrecht der Kläger verneint. Bei dem streitbefangenen Darlehen handele es sich um einen Realkredit im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG. § 7 VerbrKrG finde deshalb keine Anwendung. Der Rückgriff auf § 1 HWiG a.F. scheidet wegen der Subsidiaritätsklausel in § 5 Abs. 2 HWiG aus. Mit Rücksicht auf diese Vorschrift sei das Haustürwiderrufgesetz zwar in den Fällen des § 3 Abs. 1 VerbrKrG anwendbar, nicht aber in den Fällen des § 3 Abs. 2 VerbrKrG, in denen nur die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes ausgeschlossen sei. Die Gegenauffassung, nach welcher das Haustürwiderrufgesetz stets zum Zuge komme, wenn und soweit eine Ausnahme nach § 3 VerbrKrG eingreife, sei weder mit dem Wortlaut noch mit Sinn und Zweck des § 3 Abs. 2 VerbrKrG vereinbar. Durch die Anwendung des Haustürwiderrufgesetzes werde die differenzierte Regelung des § 3 Abs. 2 VerbrKrG unterlaufen und dem Willen des Gesetzgebers zuwidergehandelt. Dieser habe das Widerrufsrecht bei Realkreditverträgen ganz bewusst wegen der damit einhergehenden Gefährdung der taggenauen Refinanzierung vieler Realkredite ausgeschlossen, auf der wiederum deren günstige Verzinsung beruhe. Der Vortrag der Kläger zur angeblichen Sittenwidrigkeit des Darlehens sei unsubstanziert und überdies verspätet.

II.

Diese Beurteilung hält, soweit sie ein Widerrufsrecht der Kläger gemäß § 1 Abs. 1 HWiG a.F. wegen der Subsidiaritätsklausel in § 5 Abs. 2 HWiG verneint, rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Zwar entspricht sie der Auslegung der §§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG, 5 Abs. 2 HWiG, wie sie der *Senat* in seinem Vorlagebeschluss vom 29.11.1999 (WM 2000, 26) an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bei ausschließlich nationaler Betrachtung befürwortet hat. Sie berücksichtigt aber nicht, dass mit dem Haustürwiderrufgesetz die Richtlinie 85/577/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen vom 20.12.1985 (im Folgenden: Haustürgeschäfte richtlinie) in nationales Recht umgesetzt worden ist und die Vorschriften des Haustürwiderrufgesetzes daher richtlinienkonform auszulegen sind.

(...)

1. An dieses Auslegungsergebnis (*des EuGH im vorstehend abgedruckten Beschluss, die Schriftleitung*) sind die nationalen Gerichte gebunden. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV

(Art. 189 Abs. 3 a.F.) und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 10 EGV (Art. 5 a.F.) zudem verpflichtet, zur Durchführung einer europäischen Richtlinie erlassene Gesetze unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen (EuGH, Urteil vom 10.4.1984 – Rs 14/83, Slg. 1984, 1891, 1909 Rdnrn. 26, 28 – *von Colson und Kamann*; EuGH, Urteil vom 10.4.1984 – Rs 79/83, Slg. 1984, 1921, 1942 Rdnr. 26, 1943 Rdnr. 28 – *Harz*; EuGH, Urteil vom 13.11.1990 – Rs C-106/89, Slg. I 1990, 4135, 4159 Rdnr. 8 – *Marleasing*). Diese gemeinschaftsrechtliche Dimension der Auslegung hat auch der Bundesgerichtshof gerade beim Haustürwiderrufgesetz wiederholt hervorgehoben (Senatsurteil vom 9.3.1993 – XI ZR 179/92, WM 1993, 683, 684; BGH, Urteil vom 4.5.1994 – XII ZR 24/93, WM 1994, 1390, 1391; BGH, Beschluss vom 11.1.1996 – IX ZR 56/95, WM 1996, 384, 386).

2. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung gebietet es in Verbindung mit der vom Senat eingeholten Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, die maßgeblichen nationalen Vorschriften, soweit ein Auslegungsspielraum besteht, dahingehend auszulegen, dass dem Verbraucher, der einen in den Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte-Richtlinie fallenden Realkreditvertrag geschlossen hat, ein Art. 5 der Richtlinie entsprechendes Widerrufsrecht zusteht.

Dies hat zur Folge, dass § 5 Abs. 2 HWiG unter Beachtung der für die nationalen Gerichte bindenden Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften richtlinienkonform einschränkend auszulegen ist. Kreditverträge gehören danach insoweit nicht zu den Geschäften, die im Sinne des § 5 Abs. 2 HWiG „die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz“ erfüllen, als das Verbraucherkreditgesetz kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht wie das Haustürwiderrufgesetz einräumt.

a) § 5 Abs. 2 HWiG, wonach auf ein Geschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG a.F., das zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz erfüllt, nur die Vorschriften dieses Gesetzes anwendbar sind, lässt eine solche Auslegung zu.

aa) Entgegen der Ansicht der Beklagten und einer in der Instanzrechtsprechung (OLG Bamberg WM 2002, 537, 545; LG München I BKR 2002, 230, 233 f.; LG München I WM 2002, 285, 287) und Literatur (*Edelmann* BKR 2002, 80, 81 f.; *Habersack/Mayer* WM 2002, 253, 257; *von Heymann/Annertzok* BKR 2002, 234; *Hochleitner/Wolf/Großrichter* WM 2002, 529, 532; *Piekenbrock/Schulze* WM 2002, 521, 524; *Sauer* BB 2002, 431, 432) vertretenen Auffassung wird die Auslegung weder durch den Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG noch den des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausgeschlossen.

(1) § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG regelt seinem Wortlaut nach ausdrücklich nur das Widerrufsrecht nach § 7 VerbrKrG. Er enthält zur Frage der Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes keine Aussage (*Frisch* BKR 2002, 84, 85).

(2) Der Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG legt für sich genommen, wie im Vorlagebeschluss des Senates vom 29.11.1999 (WM 2000, 26, 27) näher ausgeführt, zwar eher das Ergebnis nahe, dass in den Fällen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG das Haustürwiderrufgesetz insgesamt von den Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes verdrängt werden sollte. Zwingend ist diese Auslegung jedoch nicht, da der Gesetzeswortlaut nicht eindeutig ist.

Gemäß § 5 Abs. 2 HWiG greift die Subsidiaritätsklausel nur, wenn ein Geschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 HWiG a.F. zugleich die „Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz“ erfüllt. Da nicht näher geregelt wird, wann die so umschriebenen Voraussetzungen im Sinne des § 5 Abs. 2 HWiG vorliegen, ist die Norm auslegungsfähig (*Reiter/Methner* VuR 2002, 90, 92 f.).

Möglich sind eine weite und engere Auslegungen. Der Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG kann einmal mit der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. hierzu den Vorlagebeschluss des Senats vom 29.11.1999, WM 2000, 26, 27 m.w.N.) dahin verstanden werden, dass das Verbraucherkreditgesetz das Haustürwiderrufgesetz für Realkredite vollkommen verdrängt, wenn der Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes überhaupt eröffnet ist, weil das Verbraucherkreditgesetz das speziellere Gesetz ist. Möglich und vertretbar ist aber auch eine Auslegung des Wortlauts dahin, dass das Haustürwiderrufgesetz durch § 5 Abs. 2 HWiG nicht vollständig verdrängt wird, wenn ein Kreditvertrag nur Teilen des Verbraucherkreditgesetzes unterfällt oder – noch weitergehend – dieses dem Verbraucher nicht den gleichen effektiven Schutz bietet wie das Haustürwiderrufgesetz (*Reich/Rörig* EuZW 2002, 87, 88). Für eine solche einschränkende Auslegung werden insbesondere der Sinn und Zweck des § 5 Abs. 2 HWiG und die Begründung zu § 5 des Entwurfs eines Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (BT-Drucks. 10/2876 S. 14) angeführt. Dem Gesetzgeber erschien es danach möglicherweise sinnvoll, jeweils das sachnähere Gesetz für anwendbar zu erklären, solange dieses einen dem Haustürwiderrufgesetz vergleichbaren Schutz gewährleistet (*Fischer/Machunsky*, HWiG 2. Aufl. Grundlagen Rdnr. 83).

Dies ist bei Realkreditverträgen im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG indes nicht der Fall. Bei ihnen steht dem Kreditnehmer nach dem Verbraucherkreditgesetz kein Widerrufsrecht zu. Da das Verbraucherkreditgesetz damit erheblich hinter dem durch das Haustürwiderrufgesetz bezweckten Schutz zurückbleibt und der Schutzbedürftigkeit eines Verbrauchers in einer Haustürsituation nicht Rechnung trägt, ohne dass dafür ein zwingender sachlicher Grund ersichtlich ist, waren ein Teil der Rechtsprechung (OLG München – 5. Zivilsenat – WM 2000, 1336, 1338 f.) und eine bedeutsame Mindermeinung in der Literatur (*Staudinger/Werner*, BGB 13. Bearb. 1997 § 5 HWiG Rdnr. 24, 27; *Erman/Klingsporn*, BGB 9. Aufl. § 5 HWiG Rdnr. 5; *Fischer/Machunsky*, HWiG 2. Aufl. Grundlagen Rdnrn. 80–86; § 51 Rdnr. 31; *Steppeler*, VerbrKrG 2. Aufl. S. 209; *Köndgen*, Gewährung und Abwicklung grundpfandrechtl. gesicherter Kredite 3. Aufl. S. 32; *Peters* in *Lwowski/Peters/Gößmann*, VerbrKrG 2. Aufl. S. 173–175; *ders.* DZWIR 1994, 353, 357; *ders.* WuB I E 2 b.–6.93; *Spickhoff/Petershagen* BB 1999, 165, 169 f.; *Stüsser* NJW 1999, 1586, 1589) schon vor der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13.12.2001 (WM 2001, 2434) und ohne Rücksicht auf die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung der Auffassung, § 1 HWiG a.F. werde durch § 5 Abs. 2 HWiG nur dann verdrängt, wenn das vorrangig anzuwendende Verbraucherkreditgesetz einen gleich effektiven Schutz biete.

Dieser Auffassung haben sich nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13.12.2001 mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG das Oberlandesgericht München (20. Zivilsenat, WM 2002, 694, 695) und weitere Autoren angeschlossen (*Pfeiffer* EWIR 2002, 261, 262; *Reich/*

Rörig EuZW 2002, 87, 88; Hoffmann ZIP 2002, 145, 149; Kulke ZBB 2002, 33, 45 ff.; Staudinger NJW 2002, 653, 655; Fischer ZfIR 2002, 19, 21; Frisch BKR 2002, 84, 85; Reiter/Methner VuR 2002, 90, 92 f.; Rott VuR 2002, 49, 52). Nur wenn man die Ansicht aller dieser Stimmen aus Rechtsprechung und Schrifttum für schlechthin unvertretbar hielte (so unter Hinweis auf den angeblich eindeutigen, nicht auslegungsfähigen Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG: OLG Bamberg WM 2002, 537, 545; LG München I BKR 2002, 230, 234; LG München I WM 2002, 285, 287; Edelmann BKR 2002, 80, 81; Habersack/Mayer WM 2002, 253, 257; Hochleitner/Wolf/Großrichter WM 2002, 529, 531; Piekenbrock/Schulze WM 2002, 524; Roth WuB IV D. § 5 HWiG 1.02; Sauer BB 2002, 431, 432), wäre eine richtlinienkonforme Auslegung ausgeschlossen. Der erkennende Senat ist, wie er schon durch die Vorlage vom 29.11.1999 an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und insbesondere durch die Frage nach der Zulässigkeit einer Befristung des Widerrufsrechts entsprechend § 7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG zum Ausdruck gebracht hat, nicht dieser Ansicht, sondern hält die von der Mindermeinung befürwortete Auslegung für möglich.

Erweist sich der Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG danach als auslegungsfähig, so ist der Senat gezwungen, die Vorschrift richtlinienkonform auszulegen. Mit der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften steht fest, dass die Haustürgeschäfte richtlinie die Gewährung eines Widerrufsrechts auch für Realkreditverträge fordert, die zugleich die Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts erfüllen. Das bedeutet für die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG, dass die Subsidiaritätsklausel bezüglich der Widerrufsvorschriften nur dann greift, wenn im konkreten Fall auch das Verbraucherkreditgesetz ein Widerrufsrecht gewährt. Wird das Widerrufsrecht – wie hier – nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausgeschlossen oder ist es nach den Regelungen des Verbraucherkreditgesetzes bereits erloschen, muss es bei der Anwendbarkeit des § 1 HWiG a.F. bleiben.

bb) Der Wille des Gesetzgebers hindert – entgegen der Meinung der Beklagten und einer in der Literatur vertretenen Ansicht (Felke MDR 2002, 226, 227; von Heymann/Annertzok BKR 2002, 234; Hochleitner/Wolf/Großrichter WM 2002, 529, 531 f.; Piekenbrock/Schulze WM 2002, 521, 524) – die vorgenannte Auslegung nicht. Zwar ergibt sich – wie der Senat im Einzelnen in dem Vorlagebeschluss vom 29.11.1999 (a.a.O. S. 27) ausgeführt hat – aus den Materialien zum Verbraucherkreditgesetz (BT-Drucks. 11/5462 und BT-Drucks. 11/8274), dass der Gesetzgeber das Widerrufsrecht nach § 1 HWiG a.F. für Kreditverträge im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausschließen wollte. Dem Gesetzgeber kann aber nicht unterstellt werden, er habe bei der Konkurrenzregel des § 5 Abs. 2 HWiG sehenden Auges einen Richtlinienverstoß in Kauf nehmen wollen; der Privilegierung von Realkreditverträgen in einer Haustürsituation lag vielmehr die Annahme zugrunde, sie sei richtlinienkonform (Staudinger NJW 2002, 653, 655). Der Gesetzgeber des Haustürwiderrufgesetzes war davon ausgegangen, mit diesem Gesetz die europarechtlichen Vorgaben der seinerzeit kurz vor dem Erlass stehenden Haustürgeschäfte richtlinie bereits umgesetzt zu haben (Rechtsausschuss zum RegE HWiG sowie zum Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, BT-Drucks. 10/4210, S. 9; so auch BGHZ 139, 21, 26). Die Übereinstimmung von nationalem Recht und Richtlinieninhalt entsprach danach seinem Willen.

cc) Auch der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes spricht (entgegen Felke MDR 2002, 226, 227) nicht gegen die richtlinienkonforme Auslegung. Dass gerichtliche Entscheidun-

gen zur Auslegung einer Vorschrift Auswirkungen auf in der Vergangenheit liegende, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte haben, steht nicht einmal der Zulässigkeit einer Änderung der Rechtsprechung entgegen (BGHZ 132, 119, 129; Schimansky WM 2001, 1889, 1890). Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass von einem schützenswerten Vertrauen in die von der Beklagten befürwortete Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG nie die Rede sein konnte: Wie oben dargelegt, war die Auslegung dieser Vorschrift bereits vor der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften seit langem umstritten. So wurde etwa von Steppeler (VerbrKrG 1. Aufl. S. 186) die Ansicht vertreten, die von der Beklagten befürwortete Auffassung sei „äußerst bedenklich und gefährlich“; es sei „völlig unstreitig und offenkundig, dass mit der Vorrangregelung in § 5 Abs. 2 HWiG ausschließlich ein Nebeneinander von zwei gleichgerichteten Widerrufsrechten vermieden werden“ solle, das bei Realkrediten im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG gerade nicht bestehe.

dd) Ohne Erfolg bleibt ferner der Einwand, ein Rückgriff auf das Haustürwiderrufgesetz im Wege richtlinienkonformer Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG sei nach nationalem deutschem Recht systemwidrig, weil dann dem Verbraucher bei – nach dem Willen des Gesetzgebers eigentlich privilegierten – Realkreditverträgen gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ein stärkeres Widerrufsrecht zustünde als bei Personalkreditverträgen (Edelmann BKR 2002, 80, 81 f.). Richtig hieran ist, dass eine auf Realkreditverträge beschränkte Eröffnung des Widerrufsrechts gemäß § 1 HWiG a.F. system- und wertungswidrig wäre. Sie würde dazu führen, dass Realkreditverträge im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG im Falle einer Haustürsituation in weiterem Umfang als Personalkreditverträge widerrufbar wären. Die auf den Abschluss eines Realkreditvertrags gerichteten Willenserklärungen könnten nämlich innerhalb der längeren Frist des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG in der bis zum 30.9.2000 geltenden Fassung (im Folgenden: a.F.) widerrufen werden und nicht nur wie bei Personalkreditverträgen innerhalb der Frist des § 7 VerbrKrG in der bis zum 30.9.2000 geltenden Fassung (im Folgenden: a.F.).

Der vorgenannten richtlinienkonformen Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG steht dies jedoch nicht entgegen. Der Wertungswiderspruch lässt sich nämlich dadurch vermeiden, dass die richtlinienkonforme Auslegung nicht auf Realkreditverträge im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG beschränkt, sondern auf Personalkreditverträge erstreckt wird. Nur dies wird auch dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften gerecht. Zwar beschränkt sich die Entscheidung in ihrem Tenor – entsprechend der Fragestellung – auf die Feststellung, dass bei in Haustürsituationen geschlossenen Realkreditverträgen ein Widerrufsrecht gemäß der Haustürgeschäfte richtlinie zu gewähren sei. Nach der Begründung der Entscheidung kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass es für die Frage, ob dem Verbraucher ein Widerrufsrecht einzuräumen ist, nicht darauf ankommt, ob ein Real- oder ein Personalkreditvertrag vorliegt, sondern allein auf die Entstehung des Vertrages in einer Haustürsituation. Dem Urteil ist daher zu entnehmen, dass die für Realkreditverträge geltende Vorgabe der Haustürgeschäfte richtlinie in gleicher Weise für die in Haustürsituationen zustande gekommenen Personalkreditverträge gelten würde, die nach nationalem deutschem Recht dem Verbraucherkreditgesetz unterliegen (so auch Hochleitner/Wolf/Großrichter WM 2002, 529).

Eine solche Auslegung ist mit § 5 Abs. 2 HWiG nicht unvereinbar (a.A. Edelmann BKR 2002, 80, 82). Angesichts der dargelegten Auslegungsfähigkeit der Norm und der Tatsache, dass der Gesetzgeber mit dem Haustürwiderrufgesetz die

Vorgaben der Haustürgeschäfte richtlinie erfüllen wollte, sind die Gerichte auch bei Personalkreditverträgen zu einer entsprechenden richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet.

ee) Die vorbezeichnete Auslegung führt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zu einer methodisch bedenklichen Sinnentleerung bzw. Derogation des § 5 Abs. 2 HWiG (so aber *Hochleitner/Wolf/Großrichter* WM 2002, 529 ff.). Da die Subsidiaritätsklausel nur hinsichtlich der Widerrufsvorschriften der beiden konkurrierenden Gesetze eine einschränkende Auslegung erfährt und dies auch nur für den Fall, dass das Verbraucherkreditgesetz dem Verbraucher kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht gibt wie das Haustürwiderrufsgesetz, bleibt für die Subsidiaritätsklausel in § 5 Abs. 2 HWiG ein Anwendungsbereich erhalten. So schließt § 5 Abs. 2 HWiG – wie der *Senat* in seinem Urteil vom 9.4.2002 in der Parallelsache XI ZR 32/99 entschieden und näher ausgeführt hat – bei Realkreditverträgen einen Rückgriff auf § 7 HWiG aus. Im Übrigen ist für die Vorrangregelung des § 5 Abs. 2 HWiG nur dann kein Raum, wenn ein Widerrufsrecht nach dem Verbraucherkreditgesetz ausgeschlossen oder bereits erloschen ist. In den Fällen, in denen das Verbraucherkreditgesetz selbst ein Widerrufsrecht gewährt, bleibt es demgegenüber bei der in § 5 Abs. 2 HWiG geregelten Subsidiarität des Haustürwiderrufsgesetzes.

ff) Der richtlinienkonformen Auslegung lässt sich schließlich auch nicht entgegenhalten, sie begründe in Wahrheit eine horizontale Direktwirkung der Richtlinie, die dieser gerade nicht zukomme (hierzu *Piekenbrock/Schulze* WM 2002, 521, 527 f.). Der *Senat* beschränkt sich auf eine richtlinienkonforme Auslegung. Eine solche ist – wie ausgeführt – im Rahmen des vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich. Sie gibt dem Verbraucher ein im nationalen Recht in § 1 HWiG a.F. geregeltes Widerrufsrecht.

b) Das Argument, die Richtlinienkonformität des nationalen Rechts lasse sich auf andere Weise besser erreichen, greift ebenfalls nicht durch. Eine in der Literatur (*Edelmann* BKR 2002, 80, 82; *Fischer* ZfIR 2002, 19, 22) erörterte Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG dahingehend, dass bei in Haustürsituationen geschlossenen Realkreditverträgen das in § 7 VerbrKrG a.F. geregelte Widerrufsrecht nicht ausgeschlossen sei, kommt nicht in Betracht. Sie würde nur zu einem befristeten Widerrufsrecht führen, das nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs den Anforderungen der Haustürgeschäfte richtlinie nicht genügt.

3. Die durch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG erfasst auch den vorliegenden Fall, obwohl die Beklagte zu Recht darauf hinweist, dass nach dem für die Revision zu Grunde zu legenden Sachverhalt die – streitige – Haustürsituation nur bei der Vertragsanbahnung, nicht hingegen beim Vertragsabschluss selbst vorlag. Dies hätte zwar zur Folge, dass der Kreditvertrag mit Rücksicht auf die richtlinienüberschießende Umsetzung im deutschen Recht die Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts nach dem Haustürwiderrufsgesetz erfüllte, nicht aber den Tatbestand der Haustürgeschäfte richtlinie: Während letztere gemäß Art. 1 Abs. 1, 3 und 4 voraussetzt, dass in der konkreten Haustürsituation der Vertrag geschlossen oder jedenfalls ein entsprechendes Vertragsangebot abgegeben worden sein muss, genügt nach § 1 HWiG a.F. eine Haustürsituation bei der Vertragsanbahnung, die für den späteren Vertragsschluss ursächlich war.

Der gegenüber dem Haustürwiderrufsgesetz engere Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte richtlinie rechtfertigt eine abweichende Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG nicht. Vielmehr

erstreckt sich die richtlinienkonforme Auslegung auch auf solche Verträge, die zwar nicht unmittelbar der Richtlinie unterfallen, die aber nach nationalem Recht die Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts erfüllen. Die von einem Teil der Literatur (*Habersack* WM 2000, 981, 991; *Habersack/Mayer* WM 2002, 253, 257; *Edelmann* BKR 2002, 80, 81; *Piekenbrock/Schulze* WM 2002, 521, 527 f.; *Wagner* BKR 2002, 194, 195) befürwortete „gespaltene Auslegung“, nach der die richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG auf Sachverhalte beschränkt bleiben soll, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, überzeugt nicht (so auch *Frisch* BKR 2002, 84, 86; *Hoffmann* ZIP 2002, 145, 149; *Kulke* ZBB 2002, 33, 44 f.; *Staudinger* NJW 2002, 653, 655). Sie widerspricht der durch das deutsche Recht geforderten Gleichbehandlung der verschiedenen Haustürsituationen.

Befürworter der „gespaltenen Auslegung“ räumen denn auch selbst ein, dass sich eine solche Auslegung deutlich vom Wortlaut des § 1 HWiG a.F. entfernen würde (so *Habersack* WM 2000, 981, 991). § 1 HWiG a.F. unterscheidet gerade nicht danach, ob der Vertrag in einer Haustürsituation geschlossen oder nur angebahnt wurde (*Hoffmann* ZIP 2002, 145, 149; *Kulke* ZBB 2002, 33, 44 f.).

Darüber hinaus widerspricht eine „gespaltene Auslegung“ Sinn und Zweck des § 1 HWiG a.F. Dieser gebietet die Gleichstellung aller Willenserklärungen, die in der Haustürsituation selbst oder aufgrund einer Einflussnahme in der Haustürsituation abgegeben worden sind. Diese gesetzgeberische Zielsetzung würde eine differenzierte Auslegung unterlaufen. Der deutsche Gesetzgeber hat für sie keinen Raum gelassen. Mit seiner Entscheidung, den Begriff des Haustürgeschäfts weiter zu fassen als die Haustürgeschäfte richtlinie dies fordert, hat er vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass er den Kunden in sämtlichen dem § 1 HWiG a.F. unterfallenden Situationen – unabhängig davon, ob sie vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden – in gleicher Weise für schutzwürdig hält.

Eine „gespaltene Auslegung“ würde zudem zu erheblichen Rechtsanwendungsproblemen führen, da in jedem Einzelfall die genaue Abgrenzung zwischen Haustürgeschäften nach der Haustürgeschäfte richtlinie und sonstigen Haustürgeschäften erforderlich wäre. Abgesehen davon, dass dies in vielen Fällen zu umfangreichen Feststellungen zwingen würde, wäre es auch deshalb bedenklich, weil damit das Bestehen eines Widerrufsrechts nach § 1 HWiG a.F. letztlich von Zufällen des tatsächlichen Geschehensablaufs abhinge.

4. Keiner Entscheidung bedarf im vorliegenden Fall die Frage, ob das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zur zweiten Vorlagefrage über den Wortlaut des Tenors hinaus im Lichte der Entscheidungsgründe dahingehend zu verstehen ist, dass auch die Befristung der Ausübung des Widerrufsrechts in § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG a.F. der Richtlinie widerspricht, und ob auch dem noch durch eine richtlinienkonforme Gesetzesanwendung Rechnung getragen werden könnte. Die Kläger haben ihre Willenserklärungen mit der im Januar 1998 erhobenen Klage vor Ablauf der Frist des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG a.F. widerrufen, da bislang die beiderseitigen Leistungen aus dem Vertrag noch nicht vollständig erbracht sind.

III.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.) und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F.).

Dieses wird, da die Umstände des Vertragsschlusses zwischen den Parteien streitig sind, zunächst Feststellungen zu den Voraussetzungen des Widerrufsrechts gemäß § 1 HWiG a.F. zu treffen haben.

Sollte danach ein Widerrufsrecht zu bejahen sein, wird das Berufungsgericht bei der Prüfung der sich aus § 3 HWiG (in der bis zum 30.9.2000 geltenden Fassung) ergebenden Rechtsfolgen des Widerrufs zu berücksichtigen haben, dass § 9 VerbrKrG (in der bis zum 30.9.2000 geltenden Fassung) gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG auf Realkreditverträge im Sinne dieser Vorschrift nicht anwendbar ist (*Edelmann BKR 2002, 80, 83; Felke MDR 2002, 226, 227; Fischer ZfIR 2002, 15, 22 f.*). Entgegen der Auffassung der Kläger sind die Senatsurteile vom 17.9.1996 (insbesondere BGHZ 133, 254, 259 ff. und XI ZR 197/95, WM 1996, 2103) insoweit nicht einschlägig. Diese Urteile betreffen nicht Realkreditverträge, sondern die Finanzierung einer Gesellschaftsbeteiligung, bei der der Darlehens- und der Beteiligungsvertrag aufgrund besonderer Umstände als ein verbundenes Geschäft anzusehen waren. Um ein solches Geschäft handelt es sich hier nicht.

Nach ständiger langjähriger Rechtsprechung mehrerer Senate des Bundesgerichtshofs sind der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen (BGH, Urteile vom 18.9.1970 – V ZR 174/67, WM 1970, 1362, 1363; vom 12.7.1979 – III ZR 18/78, WM 1979, 1054; vom 13.11.1980 – III ZR 96/79, WM 1980, 1446, 1447 f.; vom 9.10.1986 – III ZR 127/85, WM 1986, 1561, 1562; vom 31.3.1992 – XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 905 und vom 19.5.2000 – V ZR 322/98, WM 2000, 1287, 1288). Denn bei einem Immobilienkauf weiß auch der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie, dass Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen sind. Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt hat, dass die Regelungen über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) auf Realkredite im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung finden.

Der Widerruf des Realkreditvertrages berührt die Wirksamkeit des Kaufvertrages über die Eigentumswohnung deshalb grundsätzlich nicht. Die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG ändert daran nichts. Sie hat nicht zur Folge, dass das Verbraucherkreditgesetz für Geschäfte der vorliegenden Art generell nicht zu beachten wäre. Haustürwiderrufs- und Verbraucherkreditgesetz stehen insoweit vielmehr ebenso nebeneinander wie Haustürgeschäfte- und Verbraucherkreditrichtlinie (vgl. *Pfeiffer EWIR 2002, 261, 262*). Ob der Kaufvertrag aus anderen Gründen unwirksam ist, was für die Rückabwicklung des Realkreditvertrages nach § 3 HWiG von Bedeutung sein kann, wird das Berufungsgericht gegebenenfalls noch zu prüfen haben.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Volmer*, MittBayNot 2002, S. 252 (in diesem Heft).

3. VerbrKrG § 3 Abs. 2 Nr. 2, BGB § 491 Abs. 3 Nr. 1 n.F. (*Voraussetzungen eines grundpfandrechtlich abgesicherten Verbraucherdarlehens*)

1. Für die Frage, ob ein grundpfandrechtlich abgesicherter Kredit zu den „üblichen Bedingungen“ gewährt worden ist, kommt es entscheidend auf die Zinshöhe und die sonstigen Kreditkonditionen an. Die Einhaltung einer bestimmten Beleihungsgrenze zählt nicht zu diesen Bedingungen.
2. Dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ist nichts dafür zu entnehmen, dass das Grundpfandrecht den Kreditbetrag allein voll absichern muss. Entscheidend ist danach vielmehr, dass die Vertragsparteien den Kredit von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht haben, d.h. der Kredit ohne die grundpfandrechtliche Sicherheit nicht gewährt worden wäre. Eine solche Abhängigkeit kann auch dann gegeben sein, wenn der Darlehensbetrag den Beleihungswert des belasteten Grundstücks ersichtlich überschreitet.
3. An einer von den Parteien gewollten Abhängigkeit des Kredits von der Bestellung eines Grundpfandrechts ändert sich auch dann nichts, wenn sie die Stellung weiterer Sicherheiten vereinbaren. Nicht anzuwenden ist § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG erst, wenn die Voraussetzungen des § 18 Satz 2 VerbrKrG vorliegen, etwa weil nur ein nicht wesentlicher Teil des Kredits grundpfandrechtlich abgesichert ist.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

BGH, Beschluss vom 5.2.2002 – XI ZR 327/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

4. §§ 425, 415, 414 BGB (*Schuldübernahme unter Gesamtschuldnern*)

1. Schuldübernahme auch unter Gesamtschuldnern möglich.
2. Haben die Ehegatten in einer notariellen Urkunde u.a. vereinbart, dass der eine Ehegatte von dem anderen Ehegatten dessen Miteigentumsanteil an einem Grundstück gegen befreiende Übernahme der persönlichen Schuld aus einem Darlehensvertrag der grundschuldgesicherten Bank übernimmt und werden alle getroffenen notariellen Vereinbarungen von der Genehmigung der Bank zu dieser Schuldübernahme abhängig gemacht, so werden die in der notariellen Urkunde getroffenen Vereinbarungen insgesamt mit der Verweigerung der Genehmigung durch die Bank unwirksam, auch wenn kurze Zeit später die persönliche Schuld des Übergebers durch Vertrag zwischen der Bank und dem Übernehmer auf diesen überleitet wurde.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.1.2000 – 2 UF 133/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Parteien sind seit 13.5.1994 kinderlos verheiratet, leben aber getrennt. Das Scheidungsverfahren ist seit Januar 1999 beim Amtsgericht anhängig.

Im vorliegenden Verfahren begehrt die Klägerin vom Beklagten in der Auskunftsstufe Ehegattenunterhalt, nachdem sie den Beklagten durch Schreiben vom 25.1.1999 erfolglos zur Auskunftserteilung aufgefordert hatte.

Der Beklagte beruft sich in erster Linie auf die am 27.10.1997 vor dem Notariat zwischen den Parteien geschlossene Scheidungsvereinbarung, wonach der Klägerin kein Ehegattenunterhalt zusteht.

Die für das Verfahren wesentlichen Passagen in §§ 2 und 3 der Scheidungsvereinbarung vom 27.10.1997 lauten wie folgt:

§ 2

Im Grundbuch von Blatt 1931 sind die Erschienenen als Miteigentümer zu je 1/2 Anteil an folgendem Grundstück eingetragen: Flst.-Nr. 8066

Hof- u. Gebäudefläche, 8,43 a.
...

Ferner ist zu Lasten dieses Grundstücks nach der III. Abt. unter der lfd Nr. 1 eine Buchgrundschuld über 450.000,00 DM für die Landeskreditbank B.-W. eingetragen.

...

Die Erschienene zu Ziff. 2 (Klägerin) überlässt ihre Miteigentumshälfte dem Erschienenen zu Ziff. 1 (Beklagter), welcher dies annimmt.

...

Die dieser Grundschuld zu Grunde liegenden persönlichen Schulden sind nach den Angaben der Erschienenen eine gesamtschuldnerische Verbindlichkeit der Erschienenen.

Der Erschienene zu Ziff. 1 übernimmt diese persönliche Schuld zur fernerer Verzinsung und Tilgung in Alleinschuldnerschaft mit befreiender Wirkung für die Erschienene zu Ziff. 2. Den Erschienenen ist bekannt, dass zur Wirksamkeit dieser Schuldübernahme im Verhältnis zur Gläubigerin die Genehmigung dieser Gläubigerin erforderlich ist. Sie werden diese Genehmigung selbst einholen. Alle Vereinbarungen in dieser Urkunde stehen unter der aufschiebenden Bedingung, dass diese Genehmigung erteilt wird.

§ 3

Die Erschienenen verzichten gegenseitig auf nahehehlichen Unterhalt, auch für den Fall der Not. Diese gegenseitigen Verzichtserklärungen werden angenommen.

Die Erschienenen erklären, dass sie derzeit und auch auf absehbare Zeit beide berufstätig seien und dass sie jeweils mit ihrem Einkommen ihren eigenen Lebensunterhalt bestreiten könnten.

Desgleichen vereinbaren die Erschienenen, dass sie für die Dauer des Getrenntlebens sich gegenseitig keinen Unterhalt zu gewähren haben.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet.

Die Klägerin ist berechtigt, vom Beklagten Auskunft über seine Einkommens- u. Vermögensverhältnisse zu verlangen, §§ 1361 Abs. 4, 1605 BGB.

§ 3 der Scheidungsvereinbarung steht einem Auskunftsanspruch der Klägerin nicht entgegen, da mit der Verweigerung der Genehmigung der zwischen der Klägerin und dem Beklagten vereinbarten Schuldübernahme durch das Schreiben der Gläubigerbank vom 29.12.1998 der in § 2 der Scheidungsvereinbarung vom 27.10.1997 vorgesehene Bedingungseintritt für die Wirksamkeit aller in der notariellen Urkunde getroffenen Vereinbarungen entfallen ist.

Hierfür maßgeblich ist, dass nach dem Wortlaut von § 2 der notariellen Urkunde zwischen den Parteien eine Schuldübernahme gemäß § 415 BGB vereinbart worden war. Dies ergibt sich ohne weiteres aus den abgegebenen Erklärungen der Parteien, der Wortwahl „Schuldübernahme“ und der vorbehaltenen Genehmigung der Gläubigerbank. Richtig ist zwar, wo-

rauf der Beklagte hinweist, dass die Schuldhafentlassung der Klägerin auch über einen Erlassvertrag gemäß § 397 BGB oder durch eine Schuldübernahme nach § 414 BGB hätte erreicht werden können. Vorliegend wurde jedoch nach dem klaren Wortlaut der notariellen Urkunde vom 27.10.1997 eindeutig der Weg über eine befreiende Schuldübernahme nach § 415 BGB gewählt.

Die Vereinbarung einer Schuldübernahme ist auch nicht zu beanstanden. Richtig ist allerdings, worauf das erstinstanzliche Gericht zutreffend hinweist, dass der Wortlaut von § 415 BGB auf die getroffene Regelung nicht unmittelbar passt, da die Parteien die Darlehensverpflichtung als Gesamtschuldner eingegangen sind und der Beklagte insofern nicht unbeteiligter Dritter ist. Dass jedoch auch unter Gesamtschuldnern die Möglichkeit einer Schuldübernahme nach § 415 BGB besteht, ergibt sich ohne weiteres aus § 425 BGB, der dahin zu verstehen ist, dass die zu einer Gesamtschuld verbundenen Forderungen, abgesehen von der bestehenden Tilgungsgemeinschaft, selbständige Forderungen sind (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 59. Aufl., § 425 Rdnr. 1), die auch im Rahmen einer Schuldübernahme nach § 415 BGB übertragen werden können (*Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl., § 425 Rdnr. 27).

Dementsprechend hing die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Genehmigung der Gläubigerbank ab. Diese wurde mit Schreiben vom 29.12.1998 verweigert, was zur Folge hat, dass die bis zur Genehmigung schwebend unwirksame Schuldübernahme endgültig unwirksam wird (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 59. Aufl., § 415 Rdnr. 9). Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Verweigerung der Genehmigung durch das Schreiben vom 29.12.1998 auch endgültig erfolgt, insbesondere da in dem Schreiben ausdrücklich auf die notarielle Urkunde vom 27.10.1997 und die dort vereinbarte Schuldübernahme, wobei § 415 BGB ausdrücklich Erwähnung findet, Bezug genommen wird. Aus dem Textzusatz „aufgrund der bis heute vorliegenden Unterlagen“ lässt sich entgegen der Ansicht des Beklagten keine Einschränkung im Sinne einer nur vorübergehend nicht erteilten Genehmigung entnehmen, da dieser Satzeinfügung kein selbstständiger Bedeutungsinhalt zukommt – aufgrund welcher anderen Unterlage hätte die Gläubigerbank sonst entscheiden sollen.

Der Beklagte kann der Klägerin auch nicht rechtsmissbräuchliches Verhalten entgegenhalten, weil das Schreiben der Gläubigerbank vom 29.12.1998 auf ihre Anfrage hin ergangen ist. Da es in § 2 der Vereinbarung wortwörtlich heißt: „Sie (die Ehepartner) werden diese Genehmigung selbst einholen“, war es beiden Parteien und damit auch der Klägerin gestattet, um die Genehmigung der Gläubigerbank nachzusuchen. Selbst wenn man insoweit eine sich aus § 242 BGB abgeleitete Verpflichtung der Klägerin annehmen wollte, nicht durch ein Vorgehen zur Unzeit die Scheidungsvereinbarung durch die Vereitelung der Genehmigung zu Fall zu bringen, so kann dies jedenfalls nach dem Schreiben der Klägerin vom 25.9.1998, in welchem diese den Beklagten aufforderte, die Voraussetzung für ihre Entlassung aus der Darlehensschuld innerhalb von sechs Wochen zu schaffen, nicht mehr angenommen werden. Es geht insofern mit dem Beklagten heim, wenn er nicht in der Lage war, die Schuldhafentlassung der Klägerin bis zu deren Anfrage an die Gläubigerbank zu erreichen. Die Klägerin musste nicht abwarten, bis der Beklagte die Voraussetzung für eine Schuldhafentlassung der Klägerin, die schließlich im März 1999 durch Vertrag zwischen der Gläubigerbank und dem Beklagten zustande kam, geschaffen hatte.

Auch aus der Entgegennahme der in § 4 der Scheidungsvereinbarung vorgesehenen Zahlung von 30.000,00 DM durch die Klägerin lässt sich ebenfalls kein rechtsmissbräuchliches

Verhalten herleiten, da es dem Beklagten im Hinblick auf die Unwirksamkeit der Scheidungsvereinbarung vom 27.7.1997 aufgrund der verweigerten Genehmigung der Gläubigerbank unbenommen ist, den Betrag von der Klägerin zurückzufordern. Insofern hat diese allerdings unbestritten vorzutragen, dass das Geld von ihrem Sparbuch abgehoben worden sei und deshalb ihr sowieso zustehe.

Im Ergebnis kann sich der Beklagte jedenfalls aufgrund der Unwirksamkeit der Scheidungsvereinbarung nicht auf die unter § 3 getroffene Unterhaltsregelung zur Abwehr von möglichen Unterhaltsansprüchen der Klägerin berufen.

Entgegen seiner Auffassung bleiben die in § 3 abgegebenen Erklärungen der Parteien auch nicht unabhängig von der Wirksamkeit der Scheidungsvereinbarung zur Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse existent. Mit dem in § 2 aufgenommenen Passus „alle Vereinbarungen in dieser Urkunde stehen unter der aufschiebenden Bedingung, dass diese Genehmigung erteilt wird“ wird die Verknüpfung der einzelnen in der Scheidungsvereinbarung vom 27.7.1997 getroffenen Regelungen klar und deutlich hervorgehoben. Mit dem durch die Verweigerung der Gläubigerbank zur Schuldübernahme eingetretenen Bedingungsausfall ist auch die in § 3 getroffene Unterhaltsregelung entfallen. Gerade weil die einzelnen Vereinbarungen in der notariellen Urkunde vom 27.10.1997 über die genannte Formulierung in § 2 verknüpft sind, kann kein von der Wirksamkeit der Scheidungsvereinbarung unabhängiger Erklärungsinhalt in § 3 der Urkunde konstruiert werden.

Im Ergebnis ist es der Klägerin deshalb unbenommen, zu den ehelichen Lebensverhältnissen und einem daraus resultierenden Ehegattentrennungunterhaltsanspruch vorzutragen.

Soweit der Beklagte diesbezüglich weiter ausführt, dass der Klägerin kein Unterhaltsanspruch zustehe, da eheprägend nur ein Gesamteinkommen von 8.000,00 DM gewesen sei und die Klägerin mehr als die Hälfte dieses Betrages verdiene, ist der Vortrag schon mangels substantieller Angaben zu den Nettoeinkünften des Beklagten während der Ehezeit unbeachtlich.

(...)

5. MaBV § 7; EWGRL 93/13 Art. 3 Abs. 1; AGBG §§ 9, 24 a (Vorlagebeschluss an EuGH zur MaBV-Bürgschaft)

Leitsätze:

- a) Eine Bürgschaft nach § 7 MaBV sichert alle Geldansprüche des Auftraggebers, die sich aus mangelhafter oder unterlassener Erfüllung des Vertrags ergeben können.
- b) Zur Frage, ob die Allgemeine Geschäftsbedingung eines Bauträgers, nach der der Erwerbspreis unabhängig vom Baufortschritt fällig wird, wenn der Bauträger eine Bürgschaft nach § 7 MaBV stellt, den Erwerber im Sinne von §§ 24 a, 9 AGBG unangemessen benachteiligt.

Vorlagefrage an den EuGH:

Ist die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Veräußerers enthaltene Klausel, nach der der Erwerber eines zu errichtenden Bauwerks den gesamten Preis hierfür unabhängig von einem Baufortschritt zu zahlen hat, wenn der Veräußerer ihm zuvor die Bürgschaft eines Kreditinstituts stellt, welche die Geldansprüche des Erwerbers sichert, die diesem wegen mangelhafter oder unterlassener Erfüllung des Vertrags erwachsen können, als missbräuchlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/

EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen anzusehen?

BGH, Beschluss vom 2.5.2002 – VII ZR 178/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin macht als Bauträger gegen die Erwerber eines Stellplatzes in einem zu errichtenden Parkhaus Verzugszinsen wegen verspäteter Zahlung geltend. Die Erwerber (Beklagte) berufen sich auf die Unwirksamkeit der die Fälligkeit des Erwerbspreises regelnden Vertragsbestimmung. Der Bundesgerichtshof hält eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften über die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (im Folgenden: Richtlinie) für erforderlich.

1. Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, eine kommunale Baugesellschaft, verkaufte im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit an die Beklagten mit notariellem Vertrag vom 5.5.1998 einen Stellplatz für einen Pkw in einem von ihr noch zu errichtenden Parkhaus für 33.700 DM. Die Beklagten handelten insoweit nicht beruflich und nicht gewerblich. Nach § 5 Abs. 1 des Vertrages wurde der gesamte Erwerbspreis „nach Übergabe einer Sicherheit gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 MaBV (Bürgschaft)“, nicht jedoch vor dem 30.4.1999 fällig. Im Falle des Zahlungsverzugs hatte der Erwerber gemäß § 5 Abs. 8 Verzugszinsen zu zahlen.

Die Bürgschaftsurkunde ging den Beklagten am 20.5.1999 zu. Die bürgende Bank übernahm darin die Bürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zur Sicherung aller etwaigen Ansprüche der Beklagten gegen die Klägerin auf Rückgewähr oder Auszahlung des Erwerbspreises, den die Klägerin erhalten hat oder zu dessen Verwendung sie ermächtigt worden ist. Die Beklagten verweigerten die Zahlung. Sie machten geltend, die Fälligkeitsregelung sei unwirksam. Sie zahlten den Preis erst, nachdem sie den Stellplatz am 21.12.1999 mangelfrei abgenommen hatten.

2. Die Klägerin begehrt Verzugszinsen wegen verspäteter Zahlung. Das Landgericht hat ihrer Klage im Wesentlichen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Es hat die Auffassung vertreten, § 5 Abs. 1 des Vertrages benachteilige die Beklagten unangemessen im Sinne von § 9 AGBG. Die sich aus § 641 BGB ergebende Vorleistungspflicht der Klägerin werde auf die Beklagten übertragen. Diese seien ohne jede Sicherung, wenn das Bauvorhaben Mängel aufweise. Insbesondere könnten sie kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in BB 2001, 1325 veröffentlicht ist, hat die Revision zugelassen. Die Klägerin hat Revision eingelegt. Sie hält den Zinsanspruch für begründet.

Aus den Gründen:

Vor der Entscheidung über die Revision ist das Verfahren auszusetzen. Gemäß Art. 234 Abs. 1, Abs. 3 EG ist eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu der im Beschlusstenor gestellten (*oben abgedruckten*) Frage einzuholen. Von deren Beantwortung hängt die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab.

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

2. Die Wirksamkeit der Klausel hängt davon ab, ob sie als Allgemeine Geschäftsbedingung (a) nach interessengerechter Auslegung (b) die Beklagten als Vertragspartner der Klägerin im Sinne von §§ 24 a, 9 AGBG (Art. 3 Richtlinie) unangemessen benachteiligt. Anders als das Berufungsgericht neigt der Senat nicht zu dieser Auffassung (c).

a) Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass es sich bei § 5 Abs. 1 des Vertrages um eine Allgemeine Geschäftsbedin-

gung handelt. Die Klausel wurde von der Klägerin vorformuliert und für sämtliche Stellplatzerwerber einheitlich verwendet, ohne dass diese auf ihren Inhalt Einfluss nehmen konnten.

b) Die Klausel verpflichtet die Erwerber, den Preis für die Immobilie nach Stellung der Bürgschaft zu zahlen, ohne dass die Klägerin bereits mit den Bauarbeiten begonnen haben muss.

Die Bürgschaft sichert alle Geldansprüche der Erwerber, die sich aus mangelhafter oder unterlassener Erfüllung des Vertrags ergeben können. Dieses Verständnis der Klausel reicht weiter als die Auslegung durch das Berufungsgericht. Es folgt aus dem objektiven Inhalt der Klausel, wie er von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird (vgl. BGH, Urteil vom 14.1.1999 – IX ZR 140/98, BauR 1999, 659, 661 = ZfBR 1999, 147, 148).

aa) Nach § 5 Abs. 1 des Vertrages soll als Ausgleich für die Vorleistungspflicht der Erwerber eine „Sicherheit gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 MaBV (Bürgschaft)“ gestellt werden. Der Sicherungsumfang der Bürgschaft muss sich daher an dieser Norm orientieren. Diese bezeichnet als Gegenstand der Sicherung alle etwaigen Ansprüche des Erwerbers „auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte“.

bb) Dieser Wortlaut spricht dafür, dass zu den gesicherten Ansprüchen auch die Ansprüche auf Rückgewähr des vorausgezählten Erwerbepreises zu zählen sind, die sich aus einer auf Mängel gestützten Wandelung des Vertrages ergeben. Vom Wortlaut gedeckt ist auch eine Auslegung dahin, dass Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen für Mängelbeseitigung nach § 633 Abs. 3 BGB gesichert sind. Auf beides hat der Bundesgerichtshof bereits hingewiesen (Urteil vom 14.1.1999 – IX ZR 140/98 a.a.O.). Er hat ferner entschieden, dass eine Bürgschaft nach § 7 Abs. 1 MaBV Minderungsansprüche nach § 634 BGB umfasst. § 7 MaBV soll den Erwerber auch vor den Nachteilen schützen, die sich daraus ergeben, dass infolge eines Mangels der Wert der geschuldeten Leistung hinter der Höhe der geleisteten Vorauszahlungen zurückbleibt (Urteil vom 19.7.2001 – IX ZR 149/00, BauR 2001, 1727, 1730 = ZfBR 2001, 536, 537 = NZBau 2001, 549, 551).

cc) Eine Bürgschaft nach § 7 Abs. 1 MaBV sichert alle Ansprüche, die sich aus einer Störung des Gleichgewichts zwischen den geschuldeten oder geleisteten Zahlungen und dem Wert der geschuldeten oder erbrachten Bautenstände ergeben. Darunter fallen Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrages und alle auf Zahlung von Geld gerichteten Gewährleistungsansprüche (Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten, Erstattung der Aufwendungen für Mängelbeseitigung, Schadensersatz, Minderung).

c) Der *Senat* neigt dazu, eine Unwirksamkeit der so verstandenen Klausel nach §§ 24 a, 9 AGBG (Art. 3 Richtlinie) zu verneinen. Die Klausel benachteiligt die Vertragspartner der Klägerin nicht unangemessen. Sie erscheint nicht missbräuchlich.

aa) Die von der Klägerin gestellte Vertragsklausel begründet abweichend vom dispositiven Recht eine Vorleistungspflicht der Erwerber. Gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Vergütung erst bei Abnahme des hergestellten Werks zu entrichten. Der Unternehmer ist vorleistungspflichtig. Nach der Vertragsklausel sind die Erwerber dagegen verpflichtet, den Preis für die Immobilie zu zahlen, ohne dass die Klägerin irgendwelche Bauleistungen erbracht haben muss.

Damit wird die Liquidität der Klägerin erhöht, die Notwendigkeit, Fremdmittel zur Finanzierung des Objekts aufzunehmen, wird vermindert. Der Preis kann dementsprechend geringer gehalten werden. Die Erwerber verlieren die Möglichkeit, ihr gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht während der Bauphase auszuüben, wenn die Klägerin nicht oder schlecht erfüllt. Sie tragen bis zur Fertigstellung und Übereignung der Stellplätze das Risiko, dass die Klägerin leistungs- und zahlungsunfähig wird.

bb) Die den Erwerbern durch die Klägerin gestellte Bürgschaft mindert diese Nachteile entscheidend.

(1) Die Bürgschaft sichert sämtliche Geldansprüche der Erwerber, die ihnen wegen mangelhafter oder unterlassener Vertragserfüllung durch die Klägerin zustehen.

(2) Den Erwerbern steht in jedem Fall ein tauglicher Bürge zur Verfügung (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 2 MaBV), auf den sie im Sicherungsfall direkt zugreifen können. Sie müssen nicht zuvor die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner, die Klägerin, versucht haben (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 3 MaBV in Verbindung mit § 771 BGB).

(3) Die Bürgschaft sichert die Erwerber auch dann, wenn die Klägerin in Insolvenz fällt. Lehnt der Insolvenzverwalter in diesem Fall die Vertragserfüllung ab, entsteht ihnen gemäß § 103 InsO ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Dieser wird von der Bürgschaft umfasst.

3. Diese Beurteilung ist gemessen an Art. 3 Abs. 1 Richtlinie nicht frei von Zweifeln. Die in der Klausel vorgesehene Bürgschaft könnte bei einer Gesamtschau unter Berücksichtigung der Vielfalt der Rechtsordnungen innerhalb der Europäischen Union nicht als ein angemessener Ausgleich für die vom dispositiven Recht abweichende Vorleistungspflicht der Erwerber anzusehen sein. Die Klausel könnte deshalb missbräuchlich sein.

4. Die Vorlagefrage ist entscheidungserheblich.

a) Ist der Gerichtshof der Meinung, die Klausel sei nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Richtlinie anzusehen, wäre die Revision begründet. Der Klage wäre stattzugeben. Die Beklagten schuldeten die von der Klägerin begehrten Verzugszinsen. Sie hätten sich ab 21.5.1999 in Verzug befunden. Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung des Erwerbepreises wäre mit Zugang der Bürgschaftsurkunde fällig geworden. Die gemäß § 284 Abs. 1 BGB für den Eintritt des Verzugs grundsätzlich erforderliche Mahnung war entbehrlich, weil die Beklagten mit Schreiben vom 14.3.1999 die Bezahlung endgültig und ernsthaft verweigert haben (vgl. BGH, Urteil vom 9.7.1992 – XII ZR 268/90, NJW-RR 1992, 1226, 1227 m.w.N.).

b) Ist der Gerichtshof dagegen der Meinung, dass die Klausel als missbräuchlich anzusehen ist, wäre die Revision zurückzuweisen. Die Klausel wäre unwirksam. An ihre Stelle träte gemäß § 6 Abs. 2 AGBG das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung des Preises wäre gemäß § 641 Abs. 1 BGB erst mit der Abnahme am 21.12.1999 fällig geworden. Die Klägerin könnte keine Verzugszinsen verlangen. Die Klage wäre vom Berufungsgericht zu Recht abgewiesen worden.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Vollrath*, MittBayNot 2002, S. 254 (in diesem Heft) und die Anführungen von *Thode*, MittBayNot 2002, S. 268 (in diesem Heft).

6. BGB § 1018, GBO § 47 (*Grunddienstbarkeit für mehrere Grundstücke*)

Wird eine Grunddienstbarkeit für mehrere Grundstücke als ein Recht bestellt, muss die Eintragungsbewilligung die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnen. Diese Angabe ist aber entbehrlich, wenn Eigentümer der mehreren herrschenden Grundstücke ein und dieselbe Person ist.

BayObLG, Beschluss vom 21.2.2002 – 2Z BR 10/02 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Mit notarieller Urkunde vom 15.10.2001 bestellte der Beteiligte zu 1 an seinem Grundstück den jeweiligen Eigentümern zweier Grundstücke ein Geh- und Fahrrecht sowie den jeweiligen Eigentümern zweier weiterer Grundstücke ein Wasserbezugs- und Leitungsrecht. Eigentümer der beiden Grundstücke, zu deren Gunsten das Geh- und Fahrrecht bestellt wurde, ist derzeit die Beteiligte zu 2; Eigentümer der beiden anderen Grundstücke, zu deren Gunsten das Wasserbezugs- und Leitungsrecht bestellt wurde, ist der Beteiligte zu 3. Der Beteiligte zu 1 bewilligte und beantragte die Eintragung der Dienstbarkeiten im Grundbuch.

Mit Zwischenverfügung vom 14.11.2001 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass das Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Berechtigten der Dienstbarkeiten nicht angegeben sei.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das Landgericht München II zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet und führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts sowie der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Das in der Zwischenverfügung genannte Eintragungshindernis sei tatsächlich gegeben. Für verschiedene Eigentümer mehrerer Grundstücke könnten selbstständige inhalts- und rangleiche Grunddienstbarkeiten bestellt werden. Die verschiedenen Eigentümer der herrschenden Grundstücke könnten aber auch als Gesamtberechtigte im Sinne von § 428 BGB, als Mitberechtigte im Sinne von § 432 BGB oder als Bruchteilsberechtigte im Sinne von § 420 BGB verbunden sein. Das Rechtsverhältnis zwischen den Berechtigten müsse sich bereits aus der Eintragungsbewilligung ergeben.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Der *Senat* hat die Eintragungsbewilligung als verfahrensrechtliche Erklärung selbstständig auszulegen (BayObLGZ 1997, 246/247). Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen wie er sich für einen unbefangenen Beobachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (*Demharter* GBO 24. Aufl. § 19 Rdnrn. 28, 29 m.w.N.).

Die Auslegung ergibt sowohl hinsichtlich des Geh- und Fahrrechts als auch hinsichtlich des Wasserbezugs- und Leitungsrechts, dass jeweils nur eine Dienstbarkeit für die jeweiligen Eigentümer der herrschenden Grundstücke bestellt und deren Eintragung im Grundbuch bewilligt wurde. Es ist nämlich jeweils nur von der Bewilligung eines Rechts die Rede, wenn auch nicht ausdrücklich von einem „einzigem“ Recht. Hätten jeweils Einzelrechte bestellt werden sollen, so hätte dies in der Urkunde dadurch zum Ausdruck kommen müssen, dass

„je“ ein Geh- und Fahrrecht bzw. „je“ ein Wasserbezugs- und Leitungsrecht bestellt wird. Eine andere Auslegung könnte sich nur dann ergeben, wenn die Eintragung einer einheitlichen Dienstbarkeit für mehrere herrschende Grundstücke unzulässig wäre. Eine solche Unzulässigkeit wird zwar in der Literatur teilweise angenommen (*Wegmann in Bauer/v. Oefele* GBO § 47 Rdnr. 84). Demgegenüber lässt es jedoch die Rechtsprechung zu, dass eine Grunddienstbarkeit, durch die mehreren Grundstückseigentümern ein Recht eingeräumt wird, als ein Recht im Grundbuch eingetragen wird (vgl. für das Wegerecht OLG Frankfurt a.M. NJW 1969, 469; für Wasseranlagen BayObLGZ 1965, 267). Den von den Beteiligten herangezogenen Ausführungen von *Schöner/Stöber* (GBO 12. Aufl. Rdnr. 1124) kann nichts anderes entnommen werden. Der Hinweis in Rdnr. 1126, wonach eine ohne Beteiligungsverhältnis eingetragene Dienstbarkeit zu Gunsten mehrerer Grundstücke als Einzelrechte angesehen werden, rechtfertigt ebenfalls kein anderes Ergebnis, da es im vorliegenden Fall nur darauf ankommt, wie die vorliegende Eintragungsbewilligung auszulegen ist.

b) Da jeweils nur eine Dienstbarkeit für mehrere herrschende Grundstücke bewilligt wurde, haben Grundbuchamt und Landgericht im Ausgangspunkt zutreffend § 47 GBO angewendet und die Angabe eines Gemeinschaftsverhältnisses verlangt (vgl. OLG Düsseldorf MittRhNotK 1998, 175 a.E.).

Im vorliegenden Fall besteht aber die Besonderheit, dass die beiden herrschenden Grundstücke sowohl beim Geh- und Fahrrecht als auch beim Wasserbezugs- und Leitungsrecht jeweils im Eigentum ein und derselben Person stehen. Daraus folgt, dass ein Gemeinschaftsverhältnis nicht besteht und daher auch nicht angegeben werden kann. Nicht entschieden zu werden braucht, wie die Rechtslage ist, wenn eines der beiden Grundstücke auf einen anderen Eigentümer übergeht. Die Rechtslage ist vergleichbar der bei Teilung eines herrschenden Grundstücks, bei der § 1025 BGB eingreift.

Es kann sich empfehlen, bei der Eintragung „den“ jeweiligen Eigentümer der beiden Grundstücke als Berechtigten zu vermerken.

Anmerkung

1. Der Beschluss des BayObLG beschäftigt sich mit einem in der Praxis ständig vorkommenden Fall und zeigt zugleich, dass scheinbar „Alltägliches“ oftmals nicht ausreichend geklärt ist. An einem Grundstück sollen Grunddienstbarkeiten für mehrere Nachbargrundstücke eingetragen werden. Hier bestehen zwei Möglichkeiten:

- Für *jedes* der herrschenden Grundstücke wird eine *eigene jeweils selbstständige Dienstbarkeit* eingetragen. Dies löst höhere Grundbuchkosten aus, da für jede Dienstbarkeit eine eigene Eintragungsgebühr anfällt (§ 63 Abs. 1 S. 1 KostO). Der gebührenbewusste Notar wird dies vermeiden (*Amann*, in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A VII Rdnr. 17). Hinzu kommt, dass selbst bei gleichrangig bestellten Rechten niemand so genau weiß, wie Ausübungsstreitigkeiten zu lösen sind. Zwar kann nach § 1024 BGB jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Ausübungsregelung verlangen. Mitunter wird im Hinblick darauf die Bestellung solch gleichrangiger Rechte für unproblematisch gehalten (*Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 254). Jedoch ist dieser Anspruch im allgemeinen Zivilprozess durchzusetzen, und keiner weiß, nach welchen Kriterien dies zu entscheiden ist (*Staudinger/J. Mayer*, Bearbeitung 2002, § 1024 Rdnr. 9).

● Es wird eine *Dienstbarkeit* für alle herrschenden Grundstücke eingetragen. Dies spart Kosten und vermeidet die Überfüllung des Grundbuchs (*Amann*, a.a.O.); jedoch ist diese Vorgehensweise nicht ganz unumstritten (dazu sogleich).

Im vorliegenden Fall war bereits nicht klar, welche Form gewählt wurde. Zu Recht hat jedoch das BayObLG angenommen, dass hier der zweite Weg beschritten und nur eine Dienstbarkeit für mehrere Grundstücke bestellt werden sollte. Die *Praxis* hat zu beachten, dass solche Auslegungsstreitigkeiten zu vermeiden sind. Wie das Gericht zutreffend betont, kann die erforderliche Unterscheidung dadurch formuliert werden, dass in der Bewilligung angegeben wird, dass „jeweils“ eine Dienstbarkeit für den Eigentümer des betreffenden herrschenden Grundstücks bestellt wird.

2. Das Gericht hatte sich anschließend mit zwei Rechtsfragen zu beschäftigen.

a) Zum einen geht es um die Frage, ob überhaupt die Eintragung einer Dienstbarkeit für mehrere herrschende Grundstücke zulässig ist. Die h. M. bejaht dies dann, wenn die Grunddienstbarkeit i. S. von § 1019 BGB für die Benutzung sämtlicher berechtigter Grundstücke vorteilhaft ist (BayObLGZ 1965, 267 = NJW 1966, 56; KG NJW 1970, 1686, 1687; *Bauer/v. Oefe/Bayer*, GBO, 1999, III Rdnr. 270; MünchKomm/Falckenberg, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1018 Rdnr. 23; BGB-RGRK/Rothe, 12. Aufl., § 1018 Rdnr. 10; *Palandt/Bassenge*, BGB, 61. Aufl. 2002, § 1018 Rdnr. 3; *Schöner/Stöber*, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 1124; *Soergel/Stürmer* BGB, 13. Aufl. 2001, § 1018 Rdnr. 38; vgl. auch BayObLG MittBayNot 1983, 168 = Rpfleger 1983, 434; aM LG Dortmund Rpfleger 1963, 197; *Haegle* Rpfleger 1969, 266; *Wegmann* in *Bauer/v. Oefe*, § 47 GBO Rdnr. 84 [zulässig ist nur eine Sammelbuchung]; für Zulässigkeit nur dann, wenn der Eigentümer jeweils gleich ist OLG Frankfurt/M. OLGZ 1968, 449 = NJW 1969, 469).

Für die h. M. spricht letztlich auch die Analogie zu § 1025 Satz 2 BGB (BGB-RGRK/Rothe § 1018 Rdnr. 10). *Wegmann* (a.a.O.) führt dagegen § 1024 BGB als Argument gegen die Zulässigkeit einer einheitlichen Grunddienstbarkeit für mehrere Grundstücke ins Feld, will aber zugleich eine Grunddienstbarkeit für die herrschenden Eigentümer in Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) zulassen. Dies ist in sich widersprüchlich, denn entfaltet § 1024 BGB eine „Sperrwirkung“ gegen jede Art von gemeinschaftlichen Berechtigungen bei einer Grunddienstbarkeit oder nicht. Zudem ist gerade die Bruchteilsberechtigung bei Grunddienstbarkeiten die Form, die am meisten umstritten ist. Das BayObLG hat diese Gegenansicht ohne nähere Begründung verworfen.

b) Die zweite Frage war die, ob bei der Bestellung einer einheitlichen Grunddienstbarkeit für mehrere berechnete Grundstücke die Angabe eines *Gemeinschaftsverhältnisses* nach § 47 GBO erforderlich ist. Dies wurde in der Praxis bislang relativ großzügig gehandhabt und daher oftmals keine entsprechende Angabe in der Bewilligung verlangt. Das BayObLG bejaht das Erfordernis der Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses dagegen nunmehr sehr kurz und unter Bezug auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf (MittRhNotK 1988, 175). Die dort zur Anwendung von § 47 GBO gemachte Aussage war jedoch nur ein „obiter dictum“: In concreto wurde eine Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses abgelehnt. Dabei ging es um den Fall, dass das herrschende Grundstück in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt wurde; zutreffend wurde dort die Anwendbarkeit des § 47 GBO schon deswegen verneint, weil trotz der Aufteilung nach dem WEG das Grundstück als solches fortbestand. Das LG Traunstein (Rpfleger

1987, 242) forderte zwar ebenfalls die Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses, sah es aber als ausreichend an, wenn der Bewilligung dieses wenigstens im Wege der Auslegung entnommen werden konnte, und hat dementsprechend bei der Bewilligung eines Geh- und Fahrtrechts für mehrere Grundstücke eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB angenommen.

Allerdings ist nicht unumstritten, in welchem Gemeinschaftsverhältnis Grunddienstbarkeiten im Grundbuch überhaupt eingetragen werden können. Im Einzelnen wird hierzu Folgendes vertreten:

Die berechtigten Grundstücke können als *Gesamtberechtigte* nach § 428 BGB (BayObLGZ 1965, 267, 271; *Erman/Küchenhoff/Grziwotz*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 1018 Rdnr. 4; aM *Haegle* Rpfleger 1969, 267 Fn. 13) oder *Mitberechtigte* analog § 432 BGB (*Palandt/Bassenge* § 1018 Rdnr. 2; aM *KEHE/Eickmann* § 47 GBO Rdnr. 13) eingetragen werden. Nach überwiegender Meinung ist sogar eine *Bruchteilsberechtigung* (§§ 741 ff. BGB) möglich, wenn ein Benutzungsrecht vorliegt, dessen Ausübung teilbar ist; (BayObLGZ 1965, 267, 271; *Meikel/Böhringer*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 1997, § 47 GBO Rdnr. 31 [Weide- und Forstrechte]; *Meikel/Morvilius* Einl. C Rdnr. 215; *Schöner/Stöber* Rdnr. 1126; ohne diese Einschränkung LG Traunstein Rpfleger 1987, 242; aM *Bauer/v. Oefe/Bayer* III Rdnr. 275 f.; sowie *Staudinger/Ring*, Bearbeitung 1994 § 1018 Rdnr. 15 aE: nur § 428 BGB), jedoch kann es auf die Teilbarkeit des Benutzungsrechts nicht ankommen, da es hier um die Forderungszuständigkeit, allenfalls den Erfüllungsmodus geht, und nicht die nachgelagerten Fragen des Verteilungsmodus und der Verwaltung (iE zutreffend *Bauer/v. Oefe/Bayer* III Rdnr. 275; zur Unterscheidung der einzelnen Funktionen und Aufgabenkreise *Amann* in FS Hagen [1999], 75, 77).

Aber die *üblichen Gemeinschaftsverhältnisse passen* eigentlich gar nicht. Dies zeigt gerade das Beispiel des Geh- und Fahrtrechts: Wird ein Anteilsverhältnis nach § 428 BGB vereinbart, so stellt sich die Frage, ob dann, wenn nur einer fährt, dies auch „Erfüllungswirkung“ gegenüber dem anderen hat. Lässt der Eigentümer des dienenden Grundstücks den Eigentümer des herrschenden Grundstücks A fahren, so könnte dann der Eigentümer von Fl. Nr. B eigentlich kein Fahrtrecht mehr beanspruchen. Die Ausgleichspflicht nach § 430 BGB im Innenverhältnis versagt hier völlig. Oder was wäre, wenn § 432 BGB vereinbart wird: Ist dann nur gemeinschaftliches Fahren zulässig? Was aber, wenn der Eigentümer A in Urlaub ist, B aber dringend zum Arzt muss? Oder gar, wenn ein *Bruchteilsverhältnis* festgelegt wurde: Fahren nur nach Bruchteilen? Streckenmäßig zu verstehen oder gar zeitlich? Für A nur noch am Dienstag, Donnerstag, Samstag ... *Karl Valentins* Groteske zur Verkehrsregelung „ad absurdum“?

Eine neuere Auffassung nimmt dagegen an, dass immer eine *modifizierte Gesamtberechtigung* analog §§ 428, 432 BGB entsteht (*Bauer/v. Oefe/Bayer* III Rdnr. 272 ff.; MünchKomm/Falckenberg § 1018 Rdnr. 23; offenbar auch BayObLG MittBayNot 1983, 168, 169; BayObLGZ 1991, 431, 433 = DNotZ 1992, 366 [§ 1093]). Sie beruft sich dabei auf die zum Wohnungsrecht ergangene Entscheidung BGHZ 46, 253, 259, in welcher der BGH die Nähe beider Gemeinschaftsverhältnisse betont hat. Die Modifizierung soll dabei darin bestehen, dass zwar jeder Berechnete allein die Leistung geltend machen kann, weil sie ihm an sich auch allein zusteht (Abweichung zu § 432 BGB), jedoch soll die Leistung an einen Gläubiger allein keine schuldbefreiende Wirkung haben (Modifizierung i.S. von § 428 BGB). Dies hat aus Gründen des Schutzes des einzelnen Gläubigers gegen die alleinige Rechtsbeanspru-

chung durch den anderen vieles für sich, auch wenn die dogmatischen Grenzen damit verwischt werden (vgl. dazu auch *Staudinger/J. Mayer*, Bearbeitung 2002, § 1093 Rdnr. 23).

Auf diese spannenden Fragen hätte sich die gestaltende Praxis eine Antwort erhofft, die das Bayerische Oberste Landesgericht für das *Leibgeding* bereits gegeben hat (vgl. BayObLGZ 1975, 191, 195 = DNotZ 1975, 618), wonach die geschuldete *Gesamtleistung* erst mit der allen Gläubigern erwiesenen Pflegeleistung erbracht ist, was allerdings eher § 432 BGB entspricht (*Amann* FS Hagen, S. 75, 91 f.).

Das BayObLG geht jedoch hierauf nicht näher ein. Es stellt vielmehr auf eine *situative, augenblicksbezogene Betrachtung* ab. Zur Zeit der Grundbucheintragung stehen die herrschenden Grundstücke im Eigentum ein und derselben Person. Daher könne ein Gemeinschaftsverhältnis nicht bestehen und auch nicht angegehen werden. Nicht zu entscheiden sei, wie die Rechtslage wäre, wenn eines der berechtigten Grundstücke auf einen anderen Eigentümer überginge. Dies sei vergleichbar mit der Teilung des herrschenden Grundstücks (§ 1025 BGB).

Diese Auffassung scheint bei erster Betrachtung mit dem *Wesen der Grunddienbarkeit* nicht vereinbar zu sein. Denn diese steht gerade dem „jeweiligen Eigentümer“ des herrschenden Grundstücks und nicht einer bestimmten Person zu, was sie von der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit unterscheidet. Die Berechtigung für die Grunddienbarkeit ist also gerade für jedes Grundstück offen und auf Veränderung angelegt.

Jedoch lässt sich die Auffassung des BayObLG mittels einer *teleologischen Reduktion* des § 47 GBO rechtfertigen: Die Gemeinschaftsverhältnisse sollen gerade Konfliktsituationen und widerstreitende Verfügungsbefugnisse für den Fall lösen, dass das einheitliche Recht mehreren Berechtigten zusteht. Ist aber im Moment der Grundbucheintragung nur einer berechtigt, so bedarf es einer derartigen Verlautbarung nicht. Dies ist dann zutreffend, wenn man die Funktion des Grundbuchs darauf reduziert, dass es nur den *aktuellen Stand* zur Zeit der Eintragung des Rechts verlautbaren soll, spätere Veränderungen zumindest diesbezüglich außer Acht lässt. Der *Senat* betont in diesem Zusammenhang die Rechtslage bei Teilung des herrschenden Grundstücks nach § 1025 BGB. Auch dort entsteht dann nach h. M. eine einheitliche Grunddienbarkeit und keine Aufspaltung in mehrere selbstständige Rechte (vgl. etwa BayObLG NJW-RR 1990, 1043, 1044 = MittBayNot 1990, 353). In welchem Gemeinschaftsverhältnis dieses dann den Eigentümern der herrschenden Grundstücke im Außenverhältnis zusteht, ist allerdings umstritten (dazu etwa *Adamczyk* MittRhNotK 1998, 105, 108). Und der Unterschied zwischen § 1025 BGB und dem hier entschiedenen Fall besteht auf alle Fälle darin, dass hier eine Veränderung hinsichtlich der Berechtigten konkret vorhersehbar ist.

Tendenziell ist festzustellen, dass die Entscheidung des BayObLG auf einer Linie mit einer neueren Auffassung in der Literatur liegt, die betont, dass das Grundbuch nur eine *begrenzte Aussagekraft* hinsichtlich der mit dem Gemeinschaftsverhältnis verbundenen Rechtsfragen hat, und dass dies auch bei der Auslegung des § 47 GBO berücksichtigt werden muss. Die Anforderungen an die Angaben zum Gemeinschafts- oder Anteilsverhältnis dürfen daher nicht überspannt werden (*Amann*, FS Hagen, S. 75, 94 f.; ähnlich *Wegmann*, in *Bauer/Oefele* § 47 GBO Rdnr. 21)

(3) Bei *Neueintragungen* sollte man sich auch bei vorhandener Personenidentität des Eigentümers aller berechtigten Grundstücke nicht auf den Beschluss des BayObLG verlassen, der u.U. nur eine verunglückte Bewilligung reparieren wollte. Trotz aller Schwierigkeiten zur Bestimmung des Ge-

meinschafts- und Anteilsverhältnisses ist dessen Angabe auch bei der Grunddienbarkeit erforderlich. Für *Altfälle*, die ohne Angabe eines Berechtigungsverhältnisses zu Gunsten mehrerer Grundstücke eingetragen wurden, dürfte aber nach wie vor keine Gefahr des Rechtsverlustes bestehen: Teilweise wird das Entstehen von *Einzelrechten* angenommen (LG Düsseldorf MittRhNotK 1978, 19; *Schöner/Stöber* Rdnr. 1126), teilweise im Wege der Auslegung eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB (LG Traunstein Rpfleger 1987, 242).

Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

7. BGB §§ 138, 141 (*Sittenwidrigkeit bei Ankauf unter Wert zur Umschuldung*)

1. **Wird mit dem Eigentümer zum Zwecke der Umschuldung vereinbart, den Grundbesitz zu einem Kaufpreis, der unter 40% des tatsächlichen Verkehrswertes liegt, zu erwerben, ohne einen Rückerwerb zu vereinbaren, ist die Vereinbarung in Betracht zu ziehen, kann darin ein sittenwidriges Geschäft liegen.**
2. **Vereinbaren die Vertragsparteien später einen Rück-erwerb zu einem wesentlich höheren Preis, so liegt darin nicht automatisch die Bestätigung des voraus-gegangenen nichtigen Rechtsgeschäfts.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 2.10.2000 – 9 U 39/00 –, mitgeteilt von *Anja Stein*, Richterin am OLG

8. GBO § 18 (*Zwischenverfügung bei bewusst unvollständig eingereichtem Eintragungsantrag*)

Ein bewusst unvollständig eingereichter Antrag (hier: fehlender Erbschein) ist nicht in jedem Fall sofort zurück-zuweisen; eine Zwischenverfügung kann in Betracht kommen, wenn der Antragsteller bereits beim Nachlassgericht einen Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge als Alleinerbe beantragt hat.

BayObLG, Beschluss vom 21.2.2002 – 2Z BR 18/02 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Im Grundbuch war der Ehemann der Beteiligten zu 2 als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. Er ist am 26.1.2001 verstorben. Eine Verfügung von Todes wegen ist nicht vorhanden. Die Beteiligte zu 2 beantragte am 5.7.2001 einen Erbschein, der sie als Alleinerbin ausweist. Mit notarieller Urkunde vom 8.8.2001 verkaufte sie das Grundstück an den Beteiligten zu 1; in der Urkunde wurde die Auflassung erklärt und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligt. Mit notarieller Urkunde vom 28.8.2001 bestellte der Beteiligte zu 1 an dem Grundbesitz eine Grundschuld. Am 20.8.2001 wurde die Eintragung der Auflassungsvormerkung, am 3.9.2001 die Eintragung der Grundschuld im Grundbuch beantragt. Mit Beschlüssen vom 11.9.2001 hat das Grundbuchamt beide Anträge mit der Begründung zurückgewiesen, es liege kein Erbschein vor. Mit Kostenrechnung vom 11.9.2001 hat das Amtsgericht dem Beteiligten zu 1 die Kosten für die Antragszurückweisungen in Höhe von insgesamt 130 DM auferlegt. Die Beteiligten haben am 16.10.2001 Beschwerde eingelegt. Am 18.10.2001 haben die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten dem Grundbuchamt mitgeteilt, dass der Erbschein an die Beteiligte zu 2 nunmehr erteilt sei. Am 6.11.2001 wurde die Grundschuld eingetragen; am 27.11.2001 wurde der Beteiligte zu 1 im Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Die Beteiligten erhielten die Beschwerden trotz der bereits erfolgten Eintragung aufrecht, da für die Zurückweisung Kosten entstanden waren und diese aufgehoben werden sollten. Nach Zurückweisung durch das Landgericht legten sie weitere Beschwerden ein.

Aus den Gründen:

(...)

2. Die weiteren Beschwerden sind auch begründet.

a) Mit den Beschwerden der Beteiligten gegen die Entscheidung des Grundbuchamts konnte zulässig geltend gemacht werden, dass zunächst jeweils eine Zwischenverfügung zu erlassen gewesen wäre (BayObLGZ 1984, 126 f.; *Demharter* GBO 24. Aufl. § 18 Rdnr. 54 und § 71 Rdnr. 26).

b) Durch die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Eigentümer im Grundbuch und durch die Eintragung der Grundschuld ist Hauptsacheerledigung eingetreten (*Demharter* § 1 Rdnr. 54). Tritt wie hier die Erledigung der Hauptsache nach Einlegung einer zulässigen Beschwerde ein, wird diese unzulässig. Der Rechtsmittelführer kann jedoch seinen Antrag auf die Kosten beschränken und damit eine Verwerfung seines Rechtsmittels verhindern (*Demharter* § 1 Rdnr. 56). Entgegen der Auffassung des Landgerichts haben die Beteiligten im Schriftsatz vom 12.12.2001 eine solche Beschränkung vorgenommen, da sie eindeutig erklärt haben, ihnen gehe es nur noch um die Aufhebung der Kostenrechnung.

c) Die Beschwerden der Beteiligten gegen die Pflicht zur Kostentragung waren auch begründet.

Das Grundbuchamt hatte nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (BayObLGZ 1997, 55/58), ob eine Zwischenverfügung zu erlassen oder die Anträge sogleich abzuweisen waren. Eine Zwischenverfügung kommt im Allgemeinen nur bei leicht und schnell, also in angemessener Frist behebbaren Mängeln in Betracht; auch ein bewusst unvollständig eingereichter Antrag ist nicht grundsätzlich zurückzuweisen (*Demharter* § 18 Rdnr. 23 m.w.N.). Nach Sachlage wären hier Zwischenverfügungen angemessen gewesen. Dies belegt schon der tatsächliche Geschehensablauf. Die Beteiligte zu 2 hat am 5.7.2001 vor dem Nachlassgericht erklärt, sie sei aufgrund gesetzlicher Erbfolge die Alleinerbin des Erblassers; sie hat an diesem Tag einen Erbschein beantragt. Bereits mit Schreiben vom 17.10.2001 teilten die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten dem Grundbuchamt mit, dass ein Erbschein erteilt worden sei mit der Folge, dass der Beteiligte zu 1 schon am 27.11.2001 als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden konnte.

Anmerkung

Mag die Entscheidung in Einzelfällen auch Anreiz zu einer verstärkten Umsetzung in der notariellen Praxis geben (dazu 1.), sollte ihre Bedeutung nicht überschätzt werden (siehe unten 2.). Aufgrund der regelmäßig mit der Beurkundung ohne Voreintragung oder Vorlage eines entsprechenden Erbscheines einhergehenden Gefahren (im Einzelnen 3.) darf sie jedenfalls nicht dazu verleiten, künftig stets und unreflektiert wie der Notar im vorliegenden Fall zu verfahren oder gar eine Amtspflichtverletzung in einer die Erteilung des Erbscheins abwartenden Haltung zu erblicken (vgl. 4.).

1. Zwar wird nach der Entscheidung das Ausstehen des Erbscheines nicht (mehr) in jedem Fall der Vollzugsreife i.S.v. § 53 BeurkG entgegenstehen.

Das gilt in besonderem Maße, wenn etwa bei einem Verkauf eines Nachlassgrundstücks durch den Erben Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von dritter Seite drohen, die mit ihrem Vollzug im Grundbuch vor Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers die Abwicklung zumindest erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen können¹. Hier kann vielmehr § 17 GBO die frühere Erledigung des unverzüglich, wenn auch unvollständig gestellten Antrags auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung sichern, denn die Zwi-

schenverfügung erledigt den Antrag gerade nicht in diesem Sinne².

Ebenso sollte mit Blick aus § 60 Abs. 4 KostO schnell reagiert werden, wenn kurz vor Ablauf der 2-Jahres-Frist, innerhalb der die Kosten für die Eintragung des Erben als Eigentümer nicht erhoben werden, der Erbe etwa die Eintragung einer Belastung wünscht³.

2. Doch sind die (äußerst kurzen) Ausführungen des BayObLG eher mit Vorsicht zu genießen.

Zwar führt das BayObLG aus, dass die Entscheidung zwischen dem Erlass einer Zwischenverfügung oder aber der sofortigen endgültigen Zurückweisung im Ermessen des Grundbuchamtes stünde. Eine solche Ermessensentscheidung ist jedoch bekanntlich vom Rechtsbeschwerdegericht nur auf seine Gesetzmäßigkeit zu überprüfen, d.h. dahin, ob der Tatsachrichter den maßgebenden Sachverhalt ausreichend und ohne Gesetzesverletzung erforscht hat, ob die Ermessensausübung auf grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen beruht, ob Rechtsvorschriften, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Tatumstände außer Acht gelassen worden sind. Die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der Entscheidung unterliegt hingegen nicht der Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht⁴. Gleichwohl kommt das BayObLG hier zu dem Ergebnis, dass Zwischenverfügungen *angemessener* gewesen wären – wohl nicht zuletzt mit Blick auf die Besonderheit des Falles: Noch im Beschwerdeverfahren wurde nämlich der ausstehende Erbschein erteilt und entsprechend nachgereicht. Nichtsdestotrotz bleibt offen, ob das Gericht in einem anders gelagerten Sachverhalt ebenso entschieden hätte.

Darüber hinaus ist die Entscheidung m.E. in den seltensten Fällen verallgemeinerungsfähig. Schon das BayObLG beschränkt seinen Leitsatz auf das Nachreichen eines „bereits beim Nachlassgericht (...) aufgrund *gesetzlicher* Erbfolge als *Alleinerbe*“ beantragten Erbscheins.

Zwar wird man der vorliegenden Konstellation noch die Variante gleichstellen können, dass der überlebende Ehegatte nicht allein, sondern gemeinsam mit seinen Kindern nur gesetzlicher Miterbe wird. Was aber, wenn ein privatschriftliches⁵ Testament vorliegt und daher gesetzliche Erbfolge ausscheidet, mag das Testament auch noch so klar und eindeutig abgefasst sein? Oder aber, wenn erst anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages oder der Grundschuld durch den Erben der Antrag auf Erbscheinerteilung mitbeurkundet und damit lediglich gleichzeitig oder nur unwesentlich früher beim Nachlassgericht eingereicht wird? Auch erscheint sogar in solch einfach gelagerten Sachverhalten wie dem vorliegenden nicht zwingend ausgeschlossen, dass sich die Erbscheinerteilung länger verzögert, etwa, weil noch nach entfernteren Verwandten, die möglicherweise ein Erbrecht für sich behaupten können (vgl. §§ 1931 Abs. 1 Satz 1, 1925, 1926 BGB),

¹ § 40 GBO gilt zwar auch für die Auflassungsvormerkung entsprechend (vgl. *Demharter*, GBO, 24. Aufl., München 2002, § 40 Rdnr. 17); nichtsdestotrotz muss sich das Grundbuchamt Gewissheit über die Verfügungsbefugnis des Erben verschaffen (*Demharter*, a.a.O., § 40 Rdnr. 2 a.E.). Im Übrigen wird die Voreintragung regelmäßig auch mit Blick auf die Kaufpreisfinanzierung unumgänglich sein.

² Vgl. *Demharter*, Fn. 1, § 17 Rdnr. 10 a.E.

³ Bereits nach dem Wortlaut von § 60 Abs. 4 KostO genügt die Einreichung des Antrags. Vgl. dazu auch *Korinthenberg/Lappe*, KostO, 13. Aufl., München 1995, § 60 Rdnr. 52.

⁴ Std. Rspr. vgl. zuletzt BayObLG MittBayNot 2002, 129 (130).

⁵ Ansonsten würde i.d.R. bereits § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO weiterhelfen. Vgl. aber unten 3.

geforscht werden muss (vgl. §§ 2358 ff. BGB). Schließlich wird gerade in der letztgenannten Konstellation auch die in der Zwischenverfügung gesetzte Frist einer rechtzeitigen Behebung des Eintragungshindernisses entgegenstehen.

Der Notar sollte deshalb – gerade, wenn die Sachlage nicht völlig eindeutig ist – nicht allzu sehr auf die vorstehende Rspr. vertrauen. Die Möglichkeit, dass in einem künftigen Verfahren diese Entscheidung wieder rückgängig gemacht oder zumindest „richtig gestellt“ wird ist jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen⁶.

3. Das gilt umso mehr, als es mit erhöhten Gefahren verbunden sein kann, ein Rechtsgeschäft mit dem (behaupteten) Erben ohne Vergewisserung über dessen Erbenstellung durchzuführen. Als einzig zuverlässiger Nachweis dient dafür die Vorlage eines entsprechenden Erbscheines⁷. Das öffentliche Testament ist – trotz § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO und außer vielleicht in Fällen bloßer Grundbuchberichtigung – schon deshalb regelmäßig unzureichend, weil es keine Auskunft über die Existenz etwaiger widersprechender Verfügungen jüngeren Datums gibt und dem Notar gegenüber ja bekanntermaßen auch keine §§ 2259, 2300 BGB entsprechende Ablieferungspflicht besteht⁸. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass sich nach Beurkundung des Rechtsgeschäftes aufgrund der Entscheidung des Nachlassgerichtes⁹ herausstellt, dass sich der „Erbe“ seine Stellung nur angemaßt hatte, mit der Folge, dass er etwa bei der Auflassung eines Grundstückes als Nichtberechtigter verfügte und der Käufer trotz Zahlung des Kaufpreises kein Eigentum erhält: Denn mangels Eintragung des Erben kann der Käufer insbesondere nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs verweisen, §§ 892 ff. BGB¹⁰.

Hier in gewisser Weise Rechtssicherheit zu schaffen dient u. a. die Gutgläubenswirkung nach §§ 2366, 2367 BGB. Sie tritt zwar auch dann ein, wenn die Ausfertigung des Erbscheines bei Vornahme des Rechtsgeschäftes nicht vorgezeigt wurde – ja sogar: Der Vertragspartner muss nicht einmal auf dessen Existenz vertrauen oder nur davon wissen¹¹. Die vorherige Erteilung ist jedoch in jedem Fall unerlässlich¹².

Was auch immer den Notar in der besprochenen Entscheidung zu der aufgezeigten Eile bewogen hat¹³ – es wird und sollte eine Ausnahme für besonders gelagerte Konstellationen¹⁴ bleiben. Im Übrigen sollte der Notar zunächst die Erbscheinserteilung abwarten oder zumindest trotz § 40 GBO die kosten-

lose Voreintragung anregen und schließlich den Vertrag auf dieser Basis gestalten. Allein auf diese Weise trägt er seiner Amtspflicht zur Wahl des sichersten Weges¹⁵ gebührend Rechnung.

Notarassessorin Dr. Andrea Schmucker, Köln

¹⁴ Beispiele oben 1.

¹⁵ Dazu allgemein *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. Köln u.a. 2001, Rdnr. 35 ff.

9. BGB §§ 133, 925 (*Falsa demonstratio bei Auflassung*)

Wird der Gegenstand der Auflassung von den Beteiligten versehentlich falsch bezeichnet, so finden die allgemeinen Regeln zur rechtlichen Behandlung einer Falschbezeichnung („falsa demonstratio non nocet“) Anwendung. Die Auflassung ist danach nur hinsichtlich des Objekts erklärt worden, auf das sich der übereinstimmende Wille erstreckte, während für den durch die Erklärungen äußerlich umschriebenen Gegenstand nur scheinbar eine Einigung vorliegt, es insoweit aber in Wirklichkeit an einer Auflassung fehlt.

BGH, Urteil vom 7.12.2001 – V ZR 65/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

10. GG Art. 3 Abs. 1, 6 Abs. 1, LPartG (*Verfassungsmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes*)¹

1. **Voraussetzung für die ausnahmsweise Zulässigkeit der Berichtigung eines Gesetzesbeschlusses ist dessen offensichtliche Unrichtigkeit. Diese kann sich nicht allein aus dem Normtext, sondern insbesondere auch unter Berücksichtigung des Sinnzusammenhangs und der Materialien des Gesetzes ergeben.**
2. **Teilt die Bundesregierung oder der Bundestag eine Materie in verschiedene Gesetze auf, um auszuschließen, dass der Bundesrat Regelungen verhindert, die für sich genommen nicht unter dem Vorbehalt seiner Zustimmung stehen, ist dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.**
3. **Die Einführung des Rechtsinstituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare verletzt Art. 6 Abs. 1 GG nicht. Der besondere Schutz der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG hindert den Gesetzgeber nicht, für die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft Rechte und Pflichten vorzusehen, die denen der Ehe gleich oder nahe kommen. Dem Institut der Ehe drohen keine Einbußen durch ein Institut, das sich an Personen wendet, die miteinander keine Ehe eingehen können.**
4. **Es verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass nichtehelichen Lebensgemeinschaften verschiedengeschlechtlicher Personen und verwandtschaftlichen Einstandsgemeinschaften der Zugang zur Rechtsform der eingetragenen Lebenspartnerschaft verwehrt ist.**

BVerfG, Urteil vom 17.7.2002 – 1 BvF 1/01 und 1 BvF 2/01 –

¹ Die Entscheidung ist im Volltext verfügbar über www.bundesverfassungsgericht.de

⁶ Gerade der Vorlagebeschluss des BayObLG vom 28.9.2001 zur Anwendung von §§ 2069 i.V.m. 2270 Abs. 1 BGB (vgl. MittBayNot 2002, 119) hat gezeigt, dass manche Entscheidung oft etwas voreilig ohne Berücksichtigung all ihrer Konsequenzen getroffen wird und dementsprechend später korrigiert werden muss.

⁷ Vgl. dazu allgemein *Palandt/Edenhofer*, BGB, 61. Aufl. München 2001, Überbl. v. § 2353 Rdnr. 1.

⁸ Vgl. zu den aus dem Informationsdefizit resultierenden Schwierigkeiten insbesondere bei der Beurkundung von Testamenten verwitweter Personen, *Schmucker*, MittBayNot 2001, 526 (527).

⁹ Zur ausschließlichen Zuständigkeit der Nachlassgerichte, vgl. § 2353 BGB. In Bayern obliegt ihnen die Erbenfeststellung sogar von Amts wegen (vgl. Art. 37 Abs. 1 Satz 1 AGGVG).

¹⁰ Vgl. dazu *Vollhardt*, MittBayNot 1986, 114 (115).

¹¹ Vgl. *Palandt/Edenhofer*, Fn. 7, § 2366 Rdnr. 2.

¹² Selbstverständlich darf der Erbschein auch nicht zwischendurch wieder eingezogen oder für kraftlos erklärt worden sein, *Palandt/Edenhofer*, Fn. 11.

¹³ Zwar besteht keine grundsätzliche Pflicht zur Prüfung der Verfügungsmacht der Urkundsbeteiligten; die Urkunde muss jedoch die Tatsachen wiedergeben, aus denen sich die Verfügungsbefugnis ableiten soll. Das ergibt sich nicht zuletzt aus der Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG, vgl. *Bernhard* in Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. München 2000, F 83/84.

11. BGB §§ 1408, 1410, 138, 142 (*Vereinbarung der Gütertrennung trotz Sprachproblemen der Ehefrau wirksam*)

Eine notarielle Vereinbarung des Güterstandes der Gütertrennung nach §§ 1408, 1410 BGB ist ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht schon allein deshalb sittenwidrig oder anfechtbar, weil die Ehefrau die Einzelheiten der Vereinbarung wegen mangelnder Beherrschung der deutschen Sprache oder wegen der in dem notariellen Vertrag verwendeten juristischen Fachbegriffe nicht verstanden hat. Wer einen Vertrag schließt, dessen Inhalt er nicht voll versteht, handelt grundsätzlich auf eigene Gefahr.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Urteil vom 16.5.2001 – 27 UF 282/00

Aus den Gründen:

(...)

II.

1. Die Antragsgegnerin hat keinen Auskunftsanspruch aus § 1379 BGB. Ein Auskunftsanspruch besteht nicht, wenn eine Ausgleichsforderung des Auskunftsbegehrenden schon dem Grunde nach nicht gegeben sein kann (BGH FamRZ 1983, 157, 158; NJW 1985, 384, 385; NJW 1995, 1157, 1158; *Staudinger/Thiele*, BGB, 13. Bearbeitung § 1379 Rdnr. 10). So liegt der Fall hier. Durch den notariellen Vertrag vom 18.2.1997 haben die Parteien den Güterstand der Gütertrennung vereinbart und einen Ausgleich des bis dahin entstandenen Zugewinns ausgeschlossen. Diese Vereinbarung ist nach § 1408 BGB grundsätzlich zulässig. Die Formvorschrift des § 1410 BGB, wonach der Ehevertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden muss, ist eingehalten.

2. Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts und der Antragsgegnerin ist dieser Vertrag nicht sittenwidrig oder wegen Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB unwirksam.

Das Amtsgericht sieht eine Sittenwidrigkeit darin, dass der Antragsteller die Sprachunkundigkeit und rechtliche Unerfahrenheit der Antragsgegnerin ausgenutzt habe; jedenfalls habe er das Gegenteil nicht bewiesen. Die Antragsgegnerin hat insoweit geltend gemacht, bei Abschluss des notariellen Vertrages sei sie der deutschen Sprache nicht so mächtig gewesen, dass sie das, was sie unterschrieben habe, hätte verstehen können. Sie habe überhaupt nicht gewusst, was unter dem Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft oder dem der Gütertrennung zu verstehen sei.

Hieraus lässt sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit indes nicht herleiten. Die von der Antragsgegnerin behauptete Ausnutzung ihrer Sprachunkundigkeit und rechtlichen Unerfahrenheit fiel in den Anwendungsbereich der §§ 119 und 123 BGB, die § 138 BGB als Sondervorschriften vorgehen. Für eine Sittenwidrigkeit müsste die Antragsgegnerin besondere Umstände vortragen, die zur behaupteten Täuschung hinzutreten (vgl. BGH NJW 1988, 2599, 2601; NJW 1995, 1425, 1426; NJW 1995, 3315; *Palandt-Heinrichs*, BGB 60. Aufl. § 138 Rdnr. 15). Daran fehlt es. Es handelt sich nicht um den regelmäßig problematischen Fall eines Globalverzichts auf Unterhalt, Versorgungsausgleich und Zugewinn. Auch sonst sind keine Umstände gegeben, die der Antragsteller sittenwidrig ausgenutzt hätte, etwa dass die Antragsgegnerin damals schon Kinder hatte oder schwanger war (vgl. den Fall OLG Frankfurt NJWE-FER 1999, 230). Zudem ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit im Güterrecht am stärksten ausgeprägt. Das Interesse an einer intern gerechten Güterverteilung können die Ehepartner selbst vertreten, wobei der Übereilungsschutz und die Beratung durch die nach § 1410 BGB

erforderliche notarielle Beurkundung gewährleistet wird (*Büttner*, FamRZ 1998, 1, 2 und 8; zu den Grenzen der Vertragsfreiheit bei Güterstandsvereinbarungen *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., Rdnr. 302 ff.; beim Unterhaltsverzicht Bundesverfassungsgericht NJW 2001, 957 = MDR 2001, 392 mit Anm. *Grziwotz*).

Der Vertrag ist auch nicht aufgrund der von der Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren erklärten Anfechtung unwirksam. Einen Irrtum im Sinne des § 119 BGB hat die Antragsgegnerin nicht dargetan. Dieser läge allenfalls vor, wenn ihr nicht einmal bewusst gewesen wäre, dass bei dem Notar etwas beurkundet worden ist, was für die ehelichen Vermögensverhältnisse rechtlich von Bedeutung war. Wenn sie die Einzelheiten – sei es wegen mangelnder Beherrschung der deutschen Sprache oder aber wegen der in dem notariellen Vertrag verwendeten juristischen Fachbegriffe – nicht verstanden haben sollte, so war es ihre Sache, den Notar darauf hinzuweisen und nachzufragen. Wer einen Vertrag schließt, dessen Inhalt er nicht voll versteht, handelt auf eigene Gefahr (OLG Frankfurt FamRZ 1997, 1540, 1541, ferner BGH NJW 1968, 2102; *Palandt-Heinrichs*, 119 Rdnr. 9 m.w.N.). Dass ihr infolge rechtlicher Unerfahrenheit selbst eine solche Nachfrage nicht möglich gewesen sei, trägt die Antragsgegnerin selbst weder vor, noch ergeben sich irgendwelche Anhaltspunkte hierfür aus der vom Amtsgericht durchgeführten Beweisaufnahme.

Aus diesen Gründen scheidet auch eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB aus. Dass der Antragsteller die Antragsgegnerin durch unzutreffende Erklärungen über den Inhalt des Vertrages getäuscht habe, behauptet die Antragsgegnerin nicht. Eine arglistige Täuschung durch Verschweigen hätte zur Voraussetzung, dass dem Antragsteller hinsichtlich der verschwiegenen Tatsache eine Auskunftsspflicht obliegen hätte (vgl. *Palandt-Heinrichs* § 123 Rdnr. 5). Da der Vertrag vor einem Notar geschlossen wurde, der die Parteien zu belehren hatte, bestand eine Aufklärungspflicht des Antragstellers grundsätzlich nicht. Etwas anderes käme nur dann in Betracht, wenn die Antragsgegnerin für den Antragsteller erkennbar nicht in der Lage gewesen wäre, den Notar über den Inhalt des Vertrages zu befragen. Das ist jedoch – wie ausgeführt – eben nicht ersichtlich. Ein Anspruch aus culpa in contrahendo darauf, so gestellt zu werden, als wäre der Vertrag nicht geschlossen worden, besteht danach ebenfalls nicht. Da die Antragsgegnerin für Unwirksamkeitsgründe des Vertrages nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweispflichtig ist, geht dies zu ihren Lasten.

3. Es ist ferner nichts dafür ersichtlich, dass die Berufung auf die Güterstandsvereinbarung zum jetzigen Zeitpunkt treuwidrig ist und deshalb gegen § 242 BGB verstößt. Eine Treuwidrigkeit ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass die Antragsgegnerin am Aufbau der Gaststätte des Antragstellers mitgearbeitet hat. Insofern mögen der Antragsgegnerin – worauf das Amtsgericht ebenso wie die Berufungserwiderung hinweisen – Ausgleichsansprüche aus §§ 242, 812 BGB oder unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zustehen. Diese nach Rechtsgrund und Inhalt mit einem Zugewinnausgleich nicht identischen Ansprüche kann sie unabhängig vom Güterstand geltend machen.

4. Der Klage ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Auskunftsverpflichtung aus § 242 BGB stattzugeben. Die Antragsgegnerin meint in der Berufungserwiderung, das Amtsgericht habe den Auskunftsanspruch nicht nur aus § 1379 BGB, sondern auch aus § 242 BGB hergeleitet. Ihr stehe ein Auskunftsanspruch im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche zu. Die Verurteilung zur Auskunft müsse schon deshalb Bestand haben.

Das ist verfehlt. Das Amtsgericht hat den Auskunftsanspruch alleine mit § 1379 BGB begründet. Abgesehen davon, dass die danach geschuldete Auskunft dem Umfange nach über eine etwaige Auskunftspflichtung aus § 242 BGB hinaus geht, kann letztere nicht Gegenstand eines familiengerichtlichen Verfahrens sein. Die allgemeine Auskunftspflicht dient weder der Durchsetzung eines familienrechtlichen Anspruches (vgl. dazu *Zöller/Philipp*, ZPO, 22. Aufl., § 621 Rdnr. 5 am Ende), noch handelt es sich bei den Auskunftsansprüchen nach Inhalt und Begründung um einheitliche prozessuale Ansprüche, für die auch eine Zuständigkeit der Familiengerichte gegeben sein könnte (dazu OLG Köln FamRZ 1990, 644, 645; OLG Bamberg NJW-RR 1989, 517, 518; *Zöller/Philipp*, § 621 Rdnr. 101). Ihre allgemeinen Ausgleichsansprüche muss die Antragsgegnerin vor den allgemeinen Zivilgerichten verfolgen.

III.

Da der Auskunftsanspruch zu verneinen ist, weil der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft abgedungen ist, und ein durch die Auskunft vorzubereitender Zahlungsanspruch deshalb nicht bestehen kann, ist die Zugewinnklage insgesamt abzuweisen (BGHZ 94, 268, 275; BGHR ZPO 254 Berufungsverfahren 3 = NJW-RR 1992, 1021; *Zöller/Greger*, § 254 Rdnr. 14 und *Zöller/Gummer* § 538 Rdnr. 21).

(...)

12. BGB §§ 1643, 1821 (*Folgen der Rechtsfähigkeit der GbR für Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung*)

Die Bestellung einer Grundschuld am Grundstück einer gewerblich tätigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch einen zur Geschäftsführung bestellten Gesellschafter bedarf nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, weil an der Gesellschaft ein Minderjähriger beteiligt ist.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.6.2001 – 2 W 133/01 –

Zum Sachverhalt:

Die beteiligte Gesellschaft wurde durch Gesellschaftsvertrag der Beteiligten zu 1. bis 4. vom 29.12.1995 gegründet. Die Beteiligten zu 1. und 2. sind die Eltern der Beteiligten zu 3. und 4. Der Beteiligte zu 4. ist minderjährig. Der Beteiligte zu 4. und die am 29.12.1995 ebenfalls noch minderjährige Beteiligte zu 3. wurden bei dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages von Ergänzungspflegern vertreten, die das Amtsgericht Flensburg mit entsprechendem Wirkungskreis bestellt hatte. Gemäß § 3 des Gesellschaftsvertrages brachten die Beteiligten zu 1. und 2. das betroffene Grundstück und diverse andere Grundstücke „nach den Bestimmungen des am gleichen Tage geschlossenen notariellen Schenkungsvertrages“ in die beteiligte Gesellschaft ein. Gegenstand der Gesellschaft ist gemäß § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages die Verwaltung und Nutzung des eingebrachten Grundbesitzes durch eine marktgerechte Vermietung. Die beteiligte Gesellschaft ist gemäß § 1 Abs. 2 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Sie kann gemäß § 2 Abs. 2 auch Grundstücke veräußern und hinzuerwerben und gemäß § 2 Abs. 3 Nebengeschäfte betreiben, die einer zweckmäßigen Verwaltung und Nutzung der Grundstücke dienen. Nach § 4 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages wurden die Beteiligten zu 1. und 2. zu alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführern (Verwaltern) der Gesellschaft bestellt; die übrigen Gesellschafter sind von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen. § 4 Abs. 2 und 3 des Gesellschaftsvertrages lauten wie folgt:

„(2) Zur Vertretung gegenüber Dritten wird den Verwaltern durch die Unterzeichnung dieses Vertrages durch alle Gesellschafter, bei minderjährigen Gesellschaftern durch die Pfleger, zugleich eine Vollmacht für alle Geschäfte erteilt.

(3) Die Geschäftsführungs- und -vertretungsbefugnis bezieht sich nur auf das Gesellschaftsvermögen und erstreckt sich auf alle Maßnahmen, die zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks erforderlich sind. Die zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Gesellschafter können für die Gesellschaft Verbindlichkeiten nur als Teilschuldner im Verhältnis des jeweiligen Eigenkapitals begründen. Die Verwalter (...) sind verpflichtet, bei jedem Rechtsgeschäft auf die Beschränkung ihrer Vollmacht hinzuweisen und Rechtsgeschäfte nur unter Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen abzuschließen.“

Der Gesellschaftsvertrag wurde vormundschaftsgerichtlich genehmigt.

Am 22.1.2001 ließ der Beteiligte zu 1. im Namen der Beteiligten eine Grundschuldbestellung notariell beurkunden. Am 5.2.2001 hat der beurkundende Notar die Eintragung der Grundschuld beantragt. Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat den Beteiligten mit Zwischenverfügung vom 8.2.2001 aufgegeben, eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Grundschuldbestellung nach den §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB vorzulegen. Außerdem hat das Amtsgericht – Grundbuchamt – beanstandet, dass in der Grundschuldbestellungsurkunde nicht auf die Beschränkung der Vollmacht des Beteiligten zu 1. nach § 4 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages hingewiesen worden sei. Das Landgericht hat die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

Die Bestellung der Grundschuld an dem betroffenen Grundstück bedarf nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach den §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. In der Rechtsprechung ist (seit RGZ 54, 278) anerkannt, dass die Verfügung über ein Grundstück (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB), das im Eigentum einer Personenhandelsgesellschaft steht, an der ein Minderjähriger beteiligt ist, keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Diese Rechtsprechung beruht auf der Überlegung, dass zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter zu trennen ist. Die Verfügung über ein Grundstück, das zum Gesellschaftsvermögen einer Personenhandelsgesellschaft gehört, betrifft nicht ein zum Teil dem Minderjährigen gehörendes Grundstück, sondern ein Grundstück der Gesellschaft, deren Träger die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung (im Gegensatz zu ihnen als einzelnen) sind. Diese Personenzusammenfassung besitzt gemäß §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB Teilrechtsfähigkeit. Die Personenhandelsgesellschaft kann eigene Rechte und Pflichten begründen, die von den Rechten und Pflichten der einzelnen Gesellschafter zu trennen sind. Daher vertritt ein Elternteil, der geschäftsführender Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft ist, den minderjährigen Gesellschafter nicht in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen, sondern in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter der Gesellschaft. Er unterliegt deshalb insoweit auch nicht den Beschränkungen des § 1643 Abs. 1 BGB. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 29.6.1970 (NJW 1971, 375, 376) ferner ausgeführt: „Die Beteiligung eines Minderjährigen an einer Personenhandelsgesellschaft bewirkt nicht, dass die Rechtsgeschäfte, zu denen Minderjährige der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen, nunmehr auch für die Gesellschaft selbst nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abgeschlossen werden können. Die vertretungsberechtigten Gesellschafter können solche Geschäfte vielmehr ohne weiteres im Namen der Gesellschaft vornehmen. Jede andere Entscheidung würde die ganze Personenhandelsgesellschaft unter die Kontrolle des Vormundschaftsgerichts stellen. Dies aber wäre praktisch untragbar; denn damit würde dem Vormundschaftsrichter in weitem Umfang die Entscheidung kaufmännischer Zweckmäßigkeitsfragen bei der Führung des Gesellschaftsunternehmens aufgebürdet (...).“ All diese Erwägungen gelten für eine GbR zumindest

dann entsprechend, wenn sie – wie die beteiligte Gesellschaft – als Erwerbsgesellschaft betrieben wird. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29.1.2001 (MittBayNot 2001, 192 ff., WuM 2001, 134 ff.) besitzt die GbR insbesondere auch Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Deshalb besteht grundsätzlich kein Anlass, eine in der Form der GbR betriebene Erwerbsgesellschaft anders zu behandeln als eine Personenhandelsgesellschaft (so auch OLG Hamburg FamRZ 1958, 333, 334; 13. Aufl., § 1821 Rdnr. 16; *Klüsener RPfleger* 1981, 461, 464; MünchKomm/Schwab, 3. Aufl. § 1821 Rdnr. 9; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht 12. Aufl., Rdnr. 3684). Die Befugnis der vertretungsberechtigten Gesellschafter einer solchen GbR, die Gesellschaft zu vertreten, wird deshalb auch nicht durch die Beteiligung eines Minderjährigen an der Gesellschaft eingeschränkt. Sie können vielmehr insbesondere auch ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung über die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücke verfügen.

Da die Grundschuldbestellung im vorliegenden Fall schon aus den vorstehenden Gründen keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, kann offen bleiben, ob die beteiligte Gesellschaft nach der seit dem 1.7.1998 geltenden neuen Fassung des § 1 HGB nicht ohnehin als Personenhandelsgesellschaft anzusehen ist.

Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat ferner zu Unrecht beanstandet, dass in der Grundschuldbestellungsurkunde vom 22.1.2001 nicht auf die Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Beteiligten zu 1. hingewiesen worden ist. Eines entsprechenden Hinweises bedurfte es aus Rechtsgründen nicht.

Die Beschränkung der Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen ergibt sich bei einer Grundschuldbestellung schon allein daraus, dass der Inhaber einer Grundschuld nur einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung des verpfändeten Grundstückes gegen den oder die Grundstückseigentümer erlangt (§§ 1192, 1147 BGB). Eine persönliche Haftung des Eigentümers mit seinem sonstigen Vermögen folgt aus der Grundschuld nicht (vgl. *Palandt/Bassenge*, 60. Aufl., § 1147 Rdnr. 1). Eine solche Haftung ist im vorliegenden Fall auch nicht zusätzlich schuldrechtlich vereinbart worden.

Es bedurfte auch keines Hinweises, dass die vertretungsberechtigten Gesellschafter „für die Gesellschaft Verbindlichkeiten nur als Teilschuldner im Verhältnis des jeweiligen Eigenkapitals begründen“ können. Die entsprechende Regelung in § 4 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages ist vielmehr dahin auszulegen, dass sie nur für die Begründung teilbarer Schulden gelten soll, weil nur sie als Teilschulden im Sinne des § 420 BGB vereinbart werden können. Daran fehlt es bei der Bestellung einer dinglichen Sicherheit – wie einer Grundschuld – durch eine GbR oder Personenhandelsgesellschaft (vgl. *Palandt/Heinrichs* a.a.O., § 266 Rdnr. 3). Es ist nicht anzunehmen, dass die an dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages Beteiligten gerade die Bestellung dinglicher Sicherheiten durch die Vertreter der Gesellschaft ausschließen wollten – im Gegenteil. Die Art der geplanten Geschäfte der Gesellschaft spricht ausdrücklich dafür, dass die vertretungsberechtigten Gesellschafter zu der im Immobiliengeschäft üblichen Bestellung dinglicher Sicherheiten berechtigt sein sollten und sollen.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Lautner*, MittBayNot 2002, S. 256 (in diesem Heft).

13. BGB § 2269, § 2270, § 2271 Abs. 2, § 2292, § 2355, § 2355, § 2356 (*Erbscheinserteilung aufgrund Kopie eines Testaments*)

1. **Zum Nachweis der Existenz eines Testaments, das nur in Kopie vorliegt.**
2. **Zur Abänderung eines Erbvertrags durch ein gemeinschaftliches Testament und zur Wechselbezüglichkeit einer Schlusserbeneinsetzung in diesem Fall.**

BayObLG, Beschluss vom 19.1.2001 – 1Z BR 126/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*; Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die 1999 verstorbene Erblasserin war verwitwet und hatte keine Kinder. Die Beteiligten zu 1, 3, 4, 5 und 6 sind Neffen und Nichten der Erblasserin. Die Beteiligte zu 2 ist die Ehefrau des Beteiligten zu 1.

Die Erblasserin hatte mit ihrem 1989 vorverstorbenen Ehemann am 2.5.1951 einen notariellen Ehe- und Erbvertrag geschlossen und darin folgende erbvertragliche Bestimmung getroffen:

„Der künftigen Sterbefälle wegen schließen die Ehegatten folgenden Erbvertrag:

Sie setzen sich hiemit zu alleinigen und ausschließlichen Erben ein.

Auf die pflichtteilsrechtlichen Bestimmungen des BGB wurde hingewiesen.

Dem überlebenden Eheteil steht es frei gesondert über sein Vermögen zu verfügen.

Vorstehender Erbvertrag gilt auch im Falle einer Ehescheidung.“

Ein gemeinschaftliches Testament der Erblasserin und ihres vorverstorbenen Ehemanns vom 5.7.1984 liegt lediglich in Fotokopie vor. Diese Verfügung ist handschriftlich verfasst, von beiden Ehegatten unterschrieben und hat folgenden Wortlaut:

„Nach unserem gegenseitigen Beerben setzen wir wegen der jahrelangen Dienstleistungen meinen Neffen (Beteiligter zu 1) und seine Frau (Beteiligte zu 2) zu Nacherben unseres gesamten Besitzes ein.“

Mit Vorbescheid vom 27.3.2000 stellte das Amtsgericht die Erteilung eines Erbscheins in Aussicht, der die Beteiligten zu 1 und 2 entsprechend ihrem Antrag als Miterben je zur Hälfte ausweisen sollte.

Gegen diesen Vorbescheid haben die Beteiligten zu 3 bis 5 Beschwerde eingelegt, die das Landgericht zurückgewiesen hat. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 3 bis 5.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, dass in Fotokopie vorliegende gemeinschaftliche Testament vom 5.7.1984 sei mit dem aus der Kopie ersichtlichen Inhalt formgültig errichtet worden. Zwar sei gemäß §§ 2355, 2356 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Nachweis eines testamentarischen Erbrechts grundsätzlich die Urschrift der Urkunde vorzulegen, auf die das Erbrecht gestützt wird. Sei diese jedoch nicht auffindbar (vgl. § 2356 Abs. 1 Satz 2 BGB), so könnten die Errichtung und der Inhalt des Testaments auch mit Hilfe anderer Beweismittel dargetan werden, insbesondere durch Vorlage einer Ablichtung des Testaments. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass die vorliegende Testamentskopie echt sei und mit dem nicht mehr auffindbaren Originaltestament übereinstimme.

Das formgültige gemeinschaftliche Testament vom 5.7.1984 sei auch nicht wirksam widerrufen worden. Die Tatsache der Unauffindbarkeit der Originalurkunde begründe keine Vermutung dafür, dass sie die Erblasserin in Widerrufsabsicht vernichtet habe. Aufgrund der Beweisaufnahme stehe fest, dass das Originaltestament im Zeitpunkt des Todes des Ehemanns der Erblasserin vorhanden gewesen und von den Tes-

tierenden nicht in Widerrufsabsicht vernichtet worden sei. Für einen Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments durch die Erblasserin nach dem Tode ihres Ehemanns bestünden keine Anhaltspunkte. Die gegenteiligen Behauptungen der Beteiligten zu 3 bis 5 gäben keinen Anlass zu weiteren Ermittlungen; ein entsprechender Widerruf sei nämlich jedenfalls gemäß § 2271 Abs. 2 BGB i.V.m. § 2270 BGB unwirksam. Die gegenseitigen Erbeinsetzungen und die Bestimmung der Beteiligten zu 1 und 2 als Schlusserven seien wechselbezüglich erfolgt, so dass ein Widerruf der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 nach dem Tode des Ehegatten der Erblasserin rechtlich nicht mehr möglich gewesen sei.

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

a) Die Ausführungen des Landgerichts, der Erteilung eines Erbscheins zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 stehe nicht entgegen, dass die letztwillige Verfügung vom 24.1.1983 nur in Fotokopie vorliege, stehen in Einklang mit der ständigen Rechtsprechung, wonach die Errichtung und der Inhalt eines Testaments nicht nur mit der Originalurkunde, sondern auch durch Vorlage einer Kopie dargetan werden kann (vgl. BayObLGZ 1993, 241 f. m.w.N.). Das Landgericht ist aufgrund der vorliegenden Kopie und der weiteren von ihm erhobenen Beweise daher zu der Überzeugung gelangt, dass ein Originaltestament mit dem aus der Fotokopie ersichtlichen Inhalt formgültig errichtet worden und von den Testierenden bis zum Zeitpunkt des Todes des Ehemanns der Erblasserin nicht widerrufen worden ist. Die entsprechenden Feststellungen des Landgerichts liegen auf tatsächlichem Gebiet. Die Tatsachenfeststellung und die ihr zu Grunde liegende Beweiswürdigung sind durch das Rechtsbeschwerdegericht nur darauf zu überprüfen, ob das Landgericht den maßgeblichen Sachverhalt genügend erforscht und alle wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat, nicht gegen gesetzliche Beweisregeln, gegen Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat und ob es die Beweisansforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt hat (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG i.V.m. § 550 ZPO; ständige Rechtsprechung, z.B. BayObLGZ 1999, 1/4). Derartige Rechtsfehler liegen nicht vor.

Die Überzeugung des Landgerichts gründet sich im Wesentlichen auf die Aussagen der vernommenen Zeugen. Diese haben von wiederholten Äußerungen der Erblasserin berichtet, wonach von den Ehegatten gemeinsam eine schriftliche Nachlassregelung getroffen worden sei; soweit die Zeugen Angaben zum Inhalt der letztwilligen Verfügung machen konnten, haben sie bekundet, dass den Äußerungen der Erblasserin zufolge die Beteiligten zu 1 und 2 alles erben sollten. Das Landgericht hat seiner Beweiswürdigung insbesondere auch die Aussage der mit der Erblasserin und ihrem Ehemann seit 38 Jahren bekannten Zeugin T. zu Grunde gelegt. Diese hat bekundet, die Eheleute hätten immer wieder geäußert, dass nach der von ihnen gemeinsam getroffenen Verfügung sie sich gegenseitig als Erben eingesetzt hätten und nach dem Letztversterbenden die Beteiligten zu 1 und 2 alles bekommen sollten; noch Ende 1998 habe die Erblasserin bestätigt, an dieser Regelung festhalten zu wollen. Schließlich hat das Landgericht bei der Würdigung der erhobenen Beweise auch berücksichtigt, dass der Zeuge W. ausgesagt hat, die Erblasserin und ihr Ehemann hätten ihm gegenüber zum Ausdruck gebracht, dem Beteiligten zu 1 den Nachlass als Dank für dessen jahrelange Dienstleistungen zukommen lassen zu wollen, und dass dieses vom Zeugen W. genannte Motiv auch in dem Testament vom 5.7.1984 seinen Niederschlag gefunden hat. Im Hinblick auf die aus der Beweisaufnahme rechtsfehlerfrei gewonnenen Erkenntnisse zur Frage der Echtheit des Testaments musste das Landgericht den von den Beschwerdefüh-

tern ohne Konkretisierung im tatsächlichen Bereich geäußerten Zweifeln daran, dass die aus der Testamentskopie ersichtlichen Handschriften von der Erblasserin und ihrem Ehemann stammen, nicht weiter nachgehen.

b) In materiell-rechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die Erblasserin aufgrund letztwilliger Verfügung vom 5.7.1984 von den Beteiligten zu 1 und 2 je zur Hälfte beerbt worden ist.

aa) Bei der letztwilligen Verfügung der Ehegatten vom 5.7.1984 handelt es sich um ein gemäß §§ 2265, 2267 BGB formgerecht errichtetes gemeinschaftliches Testament. Durch das spätere gemeinschaftliche Testament konnten die Eheleute den früher geschlossenen Erbvertrag vom 2.5.1951 nicht nur aufheben (§ 2292 BGB), sondern auch abändern und ergänzen (ständige Rechtsprechung; vgl. BayObLG FamRZ 1986, 392/393 m.w.N.).

bb) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass eine abweichende letztwillige Verfügung der Erblasserin nach dem Tode ihres Ehegatten unwirksam gewesen wäre (§ 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB), weil die Ehegatten wechselbezüglich i.S. von § 2270 Abs. 1 BGB verfügt haben.

Gemäß § 2270 Abs. 1 BGB sind letztwillige Verfügungen, die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament getroffen haben, dann wechselbezüglich, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf eine andere getroffen ist und nach dem Willen der Ehegatten mit ihr stehen oder fallen soll (BayObLGZ 1983, 213/216 f.; 1987, 23/26; BayObLG FamRZ 1999, 1388/1389). Eine Wechselbezüglichkeit in diesem Sinne kann auch dann vorliegen, wenn Eheleute sich zunächst in einem Erbvertrag gegenseitig zu Erben und in einem diesen Erbvertrag ergänzenden gemeinschaftlichen Testament einen Dritten als Schlusserven eingesetzt haben (BayObLGZ 1987, 23/26 f. m.w.N.).

Ob zwischen Verfügungen von Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament der in § 2270 BGB bezeichnete Zusammenhang der Wechselbezüglichkeit besteht, ist eine Auslegungsfrage. Die Auslegung selbst ist auch hinsichtlich der Wechselbezüglichkeit grundsätzlich Sache des Tatrichters (BayObLG FamRZ 1999, 1388/1389 m.w.N.). Das Rechtsbeschwerdegericht kann nur überprüfen, ob die Auslegung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt, nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht und dem klaren Sinn und Wortlaut des Testaments nicht widerspricht (ständige Rechtsprechung; vgl. BayObLG FamRZ 1999, 1388/1389). Die Schlussfolgerungen des Tatrichters müssen hierbei nicht zwingend sein; es genügt und ist mit der weiteren Beschwerde nicht mit Erfolg angreifbar, wenn der vom Tatrichter gezogene Schluss möglich ist (vgl. BayObLG a.a.O.).

Das Landgericht hat auf die Wechselbezüglichkeit zwischen der gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten und der Einsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 als Schlusserven daraus geschlossen, dass die Eheleute im Testament als Motiv für die Schlusserveneinsetzung die jahrelangen von den Beteiligten zu 1 und 2 erbrachten Dienstleistungen genannt haben. Der Umstand, dass die Eheleute bei der Schlusserveneinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 offenkundig bestrebt waren, diesen im materieller Weise für empfangene Wohltaten zu danken, stützt die Annahme, dass nach dem Willen der Testierenden mit der Abfassung des Testaments vom 5.7.1984 einerseits dem Erbvertrag entsprechend sichergestellt werden sollte, dass beim Tod des einen Ehegatten der andere Ehegatte

Alleinerbe wird, andererseits aber auch, dass die Beteiligten zu 1 und 2 später an dem von ihm hinterlassenen Vermögen teilhaben. Die Schlussfolgerung des Landgerichts, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die entsprechende Verfügung des anderen getroffen worden wäre, ist daher nicht zu beanstanden.

Da ein Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments durch die Erblasserin gemäß § 2271 Abs. 2 BGB i.V.m. § 2270 BGB unwirksam gewesen wäre, bedarf es im Rechtsbeschwerdeverfahren keiner Auseinandersetzung mit der Feststellung des Landgerichts, für einen Widerruf bestünden keine tatsächlichen Anhaltspunkte, und mit der Mutmaßung der Beschwerdeführer, die zweite vom 6.7.1998 datierende Unterschrift der Erblasserin auf dem Testament vom 5.7.1984 stehe möglicherweise im Zusammenhang mit einer auf dem Original angebrachten jedoch auf der Kopie nicht erkennbaren dieses Testament abändernden oder widerrufenden Verfügung.

cc) Das Landgericht war auch unter Berücksichtigung dessen, dass im Testament der Begriff „Nacherben“ enthalten ist, nicht an der Annahme gehindert, dass eine Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 gewollt war. Allein die Verwendung dieses Begriffs macht das Testament nicht eindeutig, weil nicht feststeht, dass die Ehegatten ihm im Sinne des rechtlichen Begriffsinhalts gebraucht haben (BayObLG FamRZ 1992, 1476; *Palandt/Edenhofer* BGB 60. Aufl. § 2269 Rdnr. 7). Für die Annahme einer Schlusserbeneinsetzung spricht insbesondere, dass im Zusammenhang mit der gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten im Erbvertrag von einer Vorerbschaft nicht die Rede ist. Im Zweifel wäre die Auslegungsregel des § 2269 BGB anzuwenden; mit dieser steht das vom Landgericht gefundene Ergebnis in Einklang.

(...)

14. § 1 UWG, Artikel 1 § 1 Abs. 1 RBERG, §§ 2197 ff. BGB
(Keine Testamentsvollstreckung durch Banken)

Die geschäftsmäßige Erledigung von Testamentsvollstreckungen schlechthin – ohne Unterscheidung von Abwicklungs- und Verwaltungsvollstreckungen – ist Banken als Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten untersagt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.7.2001 – 20 U 20/01 –, nicht rechtskräftig (Az. des BGH: I ZR 213/01), mitgeteilt von *Manfred Winterscheidt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Beklagte stellte auf ihrer Homepage unter dem Stichwort „Nachlassmanagement“ die Aufgaben und Vorteile eines Testamentsvollstreckers dar. Weiter hieß es darin:

„Ein Testamentsvollstrecker sollte unabhängig und neutral sein, Erfahrung und Kompetenz besitzen und Ihre Ziele auf Dauer realisieren können. Für diese verantwortungsvolle Tätigkeit können Sie jede natürliche oder juristische Person benennen.

Also auch die C-bank – und vieles spricht dafür.

Die C-bank übernimmt seit Jahren das Nachlassmanagement für die Vermögen von Kunden und Nichtkunden. Gern in enger Abstimmung mit dem jeweiligen Steuerberater, Anwalt oder Notar. Das schließt die Erledigung sämtlicher Formalitäten ebenso ein wie die Verwaltung des Nachlasses nach den Vorhaben des Erblassers ...“

Die Kläger sind der Auffassung, die Testamentsvollstreckung durch Kreditinstitute verstoße gegen das Rechtsberatungsgesetz.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

(...)

IV.

Zu Recht hat das Landgericht die geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung – jedenfalls soweit sie auch die Abwicklungsvollstreckung mit umfasst – als nach dem Rechtsberatungsgesetz erlaubnispflichtige Tätigkeit angesehen (vgl. zu dem Ganzen: OLG Karlsruhe AnwBl. 1992, 333; OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 236; *Remmen/Caliebe*, RBERG, 3. Aufl., 2000, Rdnr. 49 zu Art. 1 § 3; *Altenhoff/Busch/Chemnitz*, RBERG, 10. Aufl., 1993, Rdnrn. 435 ff.; *Senge in Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, R 55, Rdnr. 19 zu Art. 1 § 3; *Weth in Henssler/Prütting*, BRAO, Rdnrn. 33–38 zu Art. 1 § 3 RBERG; *Henssler*, Anm. AnwBl. 1992, 333; *Chemnitz*, AnwBl. 1992, 550; *Vortmann ZBB* 1994, 259; *Henssler ZEV* 1994, 262; *Bork*, WM 1995, 225; *Leverenz ZBB* 1995, 156; *Vortmann WM* 1995, 1745; *Schaub FamRZ* 1995, 845; *Lang NJW* 1999, 2332; *Grunewald Anm. ZEV* 2000, 460; *Kleine-Cosack*, EWiR 2000, 979; *Kleine-Cosack BB* 2000, 2109; Bundesministerium der Justiz BT-Drucks. 14/3959). Insoweit darf sie für ihre unerlaubte Tätigkeit auch nicht werben. Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers – deren Geschäftsmäßigkeit in Falle der Beklagten außer Streit steht – ist als Rechtsbesorgung im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG anzusehen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu diesem Begriff (NJW 2000, 2108 – Sachverständigenbeauftragung; NJW 2001, 70 – Bauträgermodell).

a) Von der Erlaubnispflicht umfasst werden Tätigkeiten, die darauf gerichtet und geeignet sind, konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Konkrete fremde Rechtsverhältnisse werden insbesondere durch den Abschluss von Verträgen gestaltet, die von einem Geschäftsbesorger im Namen eines Dritten abgeschlossen werden.

Da nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind, kann allerdings nicht allein auf die rechtlichen Formen und Auswirkungen des Verhaltens abgestellt werden. Es bedarf einer abwägenden Beurteilung des jeweils beanstandeten Verhaltens danach, ob es sich hierbei um eine Rechtsbesorgung handelt oder ob es um eine Tätigkeit geht, welche von anderen Dienstleistern erfüllt werden kann, ohne dass die Qualität der Dienstleistung oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege beeinträchtigt werden. Kaufmännische Hilfeleistungen einfacher Art, in denen Rechtsfragen nur am Rande oder nur alltäglicher Art berührt sind, sind erlaubnisfrei.

b) Danach sind Testamentsvollstreckungen grundsätzlich – zu den Ausnahmenvorschriften siehe weiter unten – als erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung anzusehen. Zum einen ist es Aufgabe des Testamentsvollstreckers, im eigenen Namen Nachlassforderungen einzuziehen (vgl. §§ 2205, 2216, 2212 BGB). Dies entspricht der in Art. 1 § 1 S. 1 RBERG ausdrücklich angesprochenen Einziehung fremder Forderungen, die auch nach der vorgenannten Rechtsprechung in jedem Falle – ohne weitere Abwägung – als Rechtsbesorgung anzusehen ist. Des Weiteren hat er Nachlassverbindlichkeiten zu klären und zu berichtigen (§§ 2205, 2213 BGB), muss dabei also ihren Bestand in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überprüfen. Zum anderen hat er – wenn ihm die Abwicklung des Nachlasses nicht entzogen ist – die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen (§ 2203 BGB) und den Nachlass auseinanderzusetzen (§ 2204 BGB). Letzteres sieht der Gesetzgeber als wesentlich und derart komplex an, dass er dem Erb-

lasser bzw. den Erben mehrere Alternativen zur Verfügung stellt:

- durch Vertrag der Erben,
- durch Klage,
- durch Vermittlung des Nachlassgerichts (§§ 86–98 FGG),
- durch Vermittlung des Notars (§ 20 Abs. 5 BNotO i.V.m. Art. 22 ff. prFGG),
- durch den Testamentsvollstrecker.

Nicht nur wegen der komplizierten und streitanfälligen Regelungen über die Anrechnung von Vorempfängern usw., sondern auch wegen der Vorschriften über die Art der Teilung und die rechtlichen Modalitäten bedarf es dazu rechtlicher Kenntnisse. Ob dies im jeweiligen Einzelfall rechtlich einfach oder schwierig ist, ist unerheblich.

Der generellen Komplexität der anstehenden Frage ist auch dadurch Rechnung getragen, dass die Erteilung von Erbscheinen aufgrund von Testamenten generell dem Richter vorbehalten ist (§ 16 Abs. 1 Nr. 6 RPfLG); deren Auslegung wird vom Gesetzgeber grundsätzlich als schwierig angesehen.

Die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ist nicht vergleichbar mit den vom Bundesverfassungsgericht (NJW 1998, 3481) und vom Bundesgerichtshof (NJW 1998, 3563) als erlaubnisfrei beurteilten Tätigkeiten im Rahmen der Patentfristenüberwachung und Titelschutzanzeigen. Im Gegensatz zur Tätigkeit des Testamentsvollstreckers handelt es sich um einfache Tätigkeiten, bei denen die Rechtsfragen keine Schwierigkeiten bieten können. Es hatten sich insoweit auch neue Berufe herausgebildet, deren Inhalt von Rechtsanwälten zudem vernachlässigt wurde, was bei der Testamentsvollstreckung beides nicht der Fall ist.

2. Die Tätigkeit der Beklagten unterfällt nicht der Ausnahmenvorschrift des Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG, wie verschiedentlich angenommen wird (z.B. *Grunewald* Anm. ZEV 2000, 460 m.w.N.).

Bei dem – nicht vom Nachlassgericht (§ 2200 BGB) ernannten – Testamentsvollstrecker handelt es sich nicht um eine „sonstige für ähnliche Aufgaben behördlich eingesetzte Person“.

a) Die Einflussnahme des Nachlassgerichts auf die Person und die Amtsführung des Testamentsvollstreckers ist mit der Aufsicht des jeweiligen Gerichts über Zwangsverwalter, Insolvenzverwalter oder Nachlasspfleger nicht vergleichbar.

In den gesetzlich ausdrücklich genannten Fällen bestimmt das Gericht die Person des Amtswalters, überwacht dessen Tätigkeit und kann diesen wieder von Amte wegen entlassen (für den Zwangsverwalter § 150 Abs. 1 ZVG; für den Insolvenzverwalter §§ 56, 58, 59 InsO; für den Nachlasspfleger §§ 1960 Abs. 2, 1961, 1915, 1837 ff., 1886 BGB). Das gilt auch für den Insolvenzverwalter. Zwar kann nach der nunmehr geltenden Insolvenzordnung die Gläubigerversammlung einen anderen als den vom Gericht bestimmten Insolvenzverwalter wählen; es findet jedoch eine Prüfung des gewählten Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht auf seine Eignung statt (§ 57 S. 2 InsO; s. auch 150a Abs. 2 S. 1 ZVG für den vorgeschlagenen Zwangsverwalter).

Demgegenüber beschränkt sich die Tätigkeit des Nachlassgerichts bei – vom Erblasser oder Dritten – benannten Testamentsvollstreckern auf die Entgegennahme der Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers (§ 2202 BGB) sowie auf dessen Entlassung auf Antrag eines Beteiligten (§ 2227 BGB) und die Ausstellung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 2368 BGB).

b) Der Würdigung steht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs über den Wohnungseigentumsverwalter (AnwBl. 1994, 254) nicht entgegen. Zwar hat das Gericht auch den gewählten Verwalter dem gerichtlich ernannten Verwalter gleichgestellt. Die dafür angeführten Gründe sind jedoch auf den benannten Testamentsvollstrecker nicht übertragbar. Zum einen ging der Gesetzgeber des Wohnungseigentumsgesetzes ersichtlich – in Fortentwicklung des Berufs des Hausverwalters (Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG) – von der Existenz von geschäftsmäßig tätigen Verwaltern aus; demgegenüber werden im Allgemeinen auch heute noch zu Testamentsvollstreckern Verwandte oder Freunde des Erblassers benannt. Zum anderen besteht ein öffentliches Interesse an Wohnungseigentumsverwaltern. Eine Wohnungseigentümergeinschaft muss einen Verwalter haben, bei dessen Fehlen kann das Gericht Übergangsweise einen Verwalter bestellen.

Demgegenüber findet Testamentsvollstreckung nur statt, wenn der Erblasser dies durch letztwillige Verfügung angeordnet hat. Selbst bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung ernannt das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker nur dann, wenn dies der Erblasser ausdrücklich oder schlüssig angeordnet hat (§ 2200 BGB); das Gesetz nimmt mithin in Kauf, dass eine Testamentsvollstreckung trotz Anordnung bei Ausfall des benannten Testamentsvollstreckers nicht stattfindet. Das Nachlassgericht hat zudem ein Ermessen, ob es dem Ersuchen des Erblassers Folge leistet oder nicht; es kann die Ernennung ablehnen (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 60. Aufl., Rdnr. 2 zu § 2200). Der Nachlass bleibt in einem derartigen Fall durch die Erben „handlungsfähig“, während die Wohnungseigentümergeinschaft in ihrer Handlungsfähigkeit bei Fehlen eines Verwalters erheblich beeinträchtigt ist.

c) Die Vorschrift des § 1 Abs. 2 BRAGO kann nicht zur Bestimmung der für „ähnliche Aufgaben behördlich eingesetzten im Sinne von Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG Personen“ herangezogen werden (so aber *Leverenz* a.a.O.). Zwar werden in der Vorschrift der Gebührenordnung neben Funktionen, die in der Vorschrift des Rechtsberatungsgesetzes genannt sind, auch weitere, darunter die des Testamentsvollstreckers, genannt. § 1 Abs. 2 BRAGO hat aber eine andere Zielrichtung. Die Vorschrift soll u.a. (s. zu dieser Vorschrift auch unter 3.b)) die Anwendung der für diese Tätigkeiten nicht passenden – vielmehr anderweit geregelten – Vergütungsregelungen der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte ausschließen (vgl. BGH NJW 1967, 876).

d) Auch der Vorschrift des § 8 Abs. 4 BNotO kann nichts für eine Anwendung des Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG entnommen werden. Die Vorschrift hat zum einen eine andere Zweckrichtung, indem sie die genehmigungsfreien erlaubten Nebentätigkeiten eines Notars beschreibt. Zum anderen kann aus der Formulierung „einer ähnlichen auf behördlicher Anordnung beruhenden Stellung“ nicht abgeleitet werden, der zuvor genannte Testamentsvollstrecker falle darunter. Es werden nämlich auch Insolvenzverwalter und Vormund genannt. Zudem kann der ebenfalls genannte Schiedsrichter ersichtlich nicht als eine derartige Person angesehen werden.

e) Schließlich kann keine analoge Anwendung von Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG damit gerechtfertigt werden, dass die Beklagte nach den Vorschriften des Kreditwesengesetzes beaufsichtigt werde. Es muss vielmehr eine generelle Betrachtung Platz greifen. Fasste man aber Testamentsvollstrecker generell unter die Vorschrift des Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG, so könnten auch nicht anderweit beaufsichtigte Personen erlaubnisfrei Testamentsvollstreckungen ausüben. Stellte man „behördlich beaufsichtigte Personen“ „behördlich eingesetzten Personen“ gleich, so würde verkannt, dass die Vorschriften über die Auf-

sicht von Kreditinstituten anderen Zwecken dienen. Das Kreditwesengesetz dient nicht der Überprüfung der allgemeinen zivilrechtlichen, insbesondere erbrechtlichen Kenntnisse von Banken und ihrer sachgerechten Anwendung, sondern der Sicherung der Funktionen der Kreditinstitute, insbesondere der Verhinderung von Zahlungsschwierigkeiten und der damit verbundenen Gefährdung von Kundenvermögen sowie volkswirtschaftlicher Schäden.

3. Die von der Beklagten angebotene Testamentsvollstreckung kann allenfalls teilweise durch Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG gerechtfertigt werden.

Soweit die Tätigkeit der Beklagten nicht nur Abwicklungs-, sondern auch Verwaltungsvollstreckung umfasst, spricht vieles dafür, dass sie sich mit Letzterem – im Gegensatz zur Abwicklungsvollstreckung – auf die vorgenannte Ausnahmevorschrift berufen kann. Die Frage steht im Streitfall zwar nicht zur Entscheidung an, sie sei wegen des Sachzusammenhangs aber doch untersucht.

a) aa) Es spricht einiges für die Bewertung der Testamentsvollstreckung als „Vermögensverwaltung“ im Sinne dieser Vorschrift, soweit es sich um eine reine Verwaltungsvollstreckung im Sinne des § 2209 S. 1, 1. Hs. BGB handelt. Eine „Vermögensverwaltung“ kann auch durch Kreditinstitute durchgeführt werden. Im Falle der Verwaltungsvollstreckung hat der Testamentsvollstrecker lediglich die Aufgabe, das Nachlassvermögen zu erfassen und zu verwalten; sie ist auf die bestmögliche Erzielung von Erträgen ausgerichtet (vgl. *Reimann in Staudinger*, 13. Bearb. 1996, Rdnr. 5 zu § 2209; *Brandner in MünchKomm*, 3. Aufl., Rdnrn. 3, 12 zu § 2209).

Dann mag auch darauf abgestellt werden, dass die mit der Testamentsvollstreckung zusammenhängenden weiteren Pflichten (Aufstellung von Verzeichnissen, Auskunftserteilung, Herausgabe des verwalteten Vermögens nach Beendigung) in ähnlicher Weise den durch Vertrag beauftragten Vermögensverwalter treffen; sie stellen kein Spezifikum der Testamentsvollstreckung dar; die diesbezüglichen Vorschriften sind denen der Geschäftsbesorgung nachgebildet.

Ohne wesentliche Bedeutung mag auch der Umstand sein, dass Kreditinstitute bei einer Testamentsvollstreckung und einer ersichtlich gewünschten Anlage des Vermögens bei der eigenen Bank gehäuft Problemen mit der Vorschrift des § 181 BGB begegnen (zur Anwendung des § 181 BGB auf Testamentsvollstrecker s. *Reimann*, a.a.O., Rdnrn. 59–74 zu § 2205; *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., Rdnr. 3 zu § 181; *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., Rdnr. 30 zu § 2205; s. der Hinweis bei *Vortmann*, WM 1995, 1745, 1748); die Probleme stellen sich in gleicher Weise bei einer Vermögensverwaltung für Lebende.

Entscheidend wird auch nicht der Umstand sein, dass der Testamentsvollstrecker einer Verwaltungsvollstreckung die sich auf das verwaltete Vermögen beziehenden Prozesse zu führen hat. Ein durch Vertrag beauftragter Verwalter darf – insoweit herrscht kein Streit (vgl. *Weth*, a.a.O., Rdnr. 58 zu Art. 1 § 5 RBERG) – alle mit der Verwaltung unmittelbar zusammenhängenden Rechtsangelegenheiten wahrnehmen, insbesondere außergerichtlich die damit zusammenhängenden Forderungen einziehen. Inwieweit er derartige Forderungen auch gerichtlich geltend machen darf, ist streitig (vgl. *Weth*, a.a.O., Rdnr. 59 zu Art. 1 § 5 RBERG); insoweit bestehen unterschiedliche Auffassungen dazu, ob es sich um ein unmittelbares notwendiges Hilfsgeschäft zur Vermögensverwaltung handelt. Dieser Streit ist für den Testamentsvollstrecker irrelevant, weil das Gesetz selbst in den Vorschriften der §§ 2212, 2213 BGB die Prozessführung an die Vermögensverwaltung knüpft und insoweit die prozessuale Tätigkeit als Bestandteil oder Hilfsgeschäft der Vermögensverwaltung ansieht.

Ob eine Vermögensverwaltung auf Rechtsgeschäft unter Lebenden oder auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, dürfte als unerheblich anzusehen sein (Bedenken insoweit bei *Leverenz* a.a.O. und *Weth*). In beiden Fällen beruht die Vermögensverwaltung auf dem rechtsgeschäftlichen Willen des – aktuellen oder früheren – Vermögensinhabers. Die Pflichten des Verwalters gegenüber dem Inhaber (Pflicht zur Erfüllung von Weisungen, Rechenschaftspflicht) sind ähnlich ausgestaltet. Im Hinblick auf den Zweck des Rechtsberatungsgesetzes, den Schutz des Mandanten, bestehen keine Unterschiede. Spezifisch erbrechtliche Fragen stellen sich nur hinsichtlich der Gültigkeit der Verfügung von Todes wegen; sie werden durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis weitgehend ausgeräumt. Pflichtteilsansprüche sind gegen den bzw. die Erben geltend zu machen, § 2213 Abs. 1 S. 3 BGB.

Die Literatur erhebt – soweit sie sich mit der Vorschrift näher auseinandersetzt – gegen eine Anwendung des Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG auf eine reine Verwaltungsvollstreckung auch keine substantiierten Einwendungen. *Leverenz* (a.a.O.) kommt nur deswegen zu einem anderen Ergebnis, weil er bereits die Anwendbarkeit des Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG bejaht und diese Vorschrift als speziell im Verhältnis zu Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG ansieht; das Argument greift nicht ein, weil zum einen Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG nicht anwendbar ist und zum anderen keine Gründe für die von ihm angenommene Spezialität der Vorschrift ersichtlich sind. – *Schaub* (a.a.O.) erhebt Bedenken, weil die Testamentsvollstreckung nicht zu den Hauptgeschäften der Kreditinstitute zählt. Dies mag zu kurz greifen, weil auf Vermögensverwaltungen abzustellen sein dürfte und die Verwaltungen auch von den Kreditinstituten durchgeführt werden können. *Schaub* stellt die Bedenken im Folgenden wieder für reine Verwaltungsvollstreckungen zurück. – *Weth* (a.a.O.) erörtert lediglich den Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG näher und prüft zudem nicht, ob die Testamentsvollstreckung nicht – ganz oder teilweise – als Vermögensverwaltung anzusehen ist.

Auch das Bundesjustizministerium (BT-Drucks. 14/3959, S. 11/12) geht von der Anwendbarkeit des Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG aus.

Hält man die Übernahme einer Verwaltungsvollstreckung durch Kreditinstitute für zulässig, dürften sich unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit keine Bedenken ergeben. Diese Form ist – im Gegensatz zu den Möglichkeiten des § 2208 BGB – gesetzlich vorgeprägt und besonders herausgehoben.

bb) Billigt man der Beklagten die Tätigkeit als Testamentsvollstreckerin in Teilbereichen zu – das vorliegende Verfahren geht nicht um diesen Punkt –, bestünde in dieser Hinsicht kein Werbeverbot. Ein derartiges Verbot wird zwar erörtert (vgl. *Henssen* a.a.O., *Chemnitz* a.a.O.), um gleiche Ausgangsbedingungen bei den Werbemöglichkeiten zwischen Personen, die ausnahmsweise rechtsberatend tätig werden dürfen, und Rechtsanwälten zu schaffen. Nachdem jedoch Rechtsanwälten Werbung grundsätzlich erlaubt worden ist, sie insbesondere auf eine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker in der Öffentlichkeit werblich hinweisen dürfen, besteht für ein Werbeverbot zu Lasten anderer Berufe kein Anlass mehr (insoweit zutreffend *Kleine/Cosack*, a.a.O.).

Das in § 1 Abs. 3 der Zweiten Verordnung zur Ausführung des Rechtsberatungsgesetzes angesprochene Werbeverbot gilt nach dem Aufbau der Vorschrift nur für Personen, die Inhaber einer Erlaubnis sind, nicht für diejenigen, die keiner Erlaubnis bedürfen (OLG Karlsruhe AnwBl. 1992, 333; vermittelnd *Renner/Caliebe*, a.a.O., Rdnrn. 47 ff. zu § 1 der 2. AVO). Auf die zwischen den Parteien nicht erörterte Frage, ob die Vorschrift

– noch – verfassungsgemäß ist bzw. sich nach verfassungskonformer Auslegung nur auf Ankündigungen nach § 43 b letzter Halbsatz BRAO bezieht, (so *Rennen/Caliebe*, a.a.O., Rdnr. 31 zu § 1 der 2. AVO) käme es dann nicht an.

cc) Einer abschließenden Entscheidung des *Senats* in diesem Punkt bedarf es jedoch nicht. Die Beklagte wirbt für eine Testamentvollstreckung auch für den Fall, dass Abwicklungsvollstreckungen in Rede stehen, die – wie nachfolgend unter b) ausgeführt wird – von Art. 195 Nr. 3 RBERG nicht umfasst wird. Wie in der Berufungsverhandlung erörtert worden ist, geht es der Beklagten tatsächlich um Testamentvollstreckungen gleicher Art. Ihre angegriffene Werbung ist umfassend zu verstehen, und eine Einschränkung auf Verwaltungsvollstreckungen kommt von vornherein nicht in Betracht.

b) Die – vom Gesetzgeber als Normalfall angesehene – Übertragung – auch – der sogenannten Abwicklungsvollstreckung unterfällt nicht der Ausnahmevorschrift des Art 1 § 5 Nr. 3 RBERG. Die Abwicklungsvollstreckung kann nicht als Annex oder als Hilfstätigkeit zur Verwaltungsvollstreckung angesehen werden.

aa) Das Gesetz sieht die Auseinandersetzung des Nachlasses als Hauptaufgabe der Vollstreckung an. Dies ergibt sich bereits aus der Ordnung des Gesetzes, wo zunächst die Auseinandersetzung und anschließend die Verwaltung geregelt wird. Der Nachlass soll möglichst schnell auseinandergesetzt werden, die Verwaltung dient nach der Vorstellung des Gesetzes nur der Überbrückung des Zeitraums bis zu diesem Zeitpunkt. Diese Tätigkeit ist, wie bereits dargelegt, maßgeblich rechtlich geprägt.

bb) Diese Tätigkeit kann nicht dennoch als Vermögensverwaltung angesehen werden.

Allerdings hat die Rechtsprechung früher die Testamentvollstreckung insgesamt als Beispiel einer Vermögensverwaltung bezeichnet. Der Bundesgerichtshof (NJW 1967, 876) hat früher bei der Beurteilung, ob ein Rechtsanwalt als solcher in seiner Funktion, rechtlichen Beistand zu leisten, oder nur als Vermögensbetreuer (außerhalb seiner Rechtsanwaltsfunktion) tätig geworden ist, maßgebend auf die Vorschrift des § 1 Abs. 2 BRAGO abgestellt; die dort genannten Tätigkeiten – zu denen auch die Testamentvollstreckung gehört – bezögen sich auf einen Inbegriff von Vermögenswerten und dienten deren Erhaltung oder Verteilung durch eine Anzahl von Einzelgeschäften. Der Bundesfinanzhof (NJW 1988, 224) hat den Rechtsanwalts-Testamentvollstrecker lediglich als „Verwalter eines Sondervermögens“ angesehen und daher die Anwendung anwaltspezifischer steuerrechtlicher Vorschriften abgelehnt; es handele sich um keine dem Rechtsanwaltsberuf vorbehaltene oder ihn in besondere Weise charakterisierende Tätigkeit. Auch die Kommentarliteratur zu § 1 Abs. 2 BRAGO verweist teilweise darauf, die in dieser Vorschrift genannten Tätigkeiten seien nicht anwaltspezifisch (vgl. *Smolana/Hensen*, BRAGO, 7. Aufl., Rdnr. 19 zu § 1: „Eigenverantwortliche Tätigkeiten des RA sind keine Berufstätigkeit“; vorsichtiger *Riedel/Sußbauer*, BRAGO, 8. Aufl., Rdnr. 28 zu § 1: „... diese Tätigkeiten zugleich aus dem Kreis der Berufstätigkeiten des Rechtsanwalts – jedenfalls im Sinne der BRAGO – ausgeschieden werden“; *Madert* in *Gerold/Schmidt*, BRAGO, 13. Aufl., nennt in Rdnrn. 20 und 25 für den Testamentvollstrecker keinen besonderen Grund für die Herausnahme aus der BRAGO; s. auch *Rinsche*, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 5. Aufl., I 10: keine anwaltstypische Tätigkeit).

Die vorgenannte Rechtsprechung ist jedoch aufgegeben worden. Der Bundesgerichtshof sieht in § 1 Abs. 2 BRAGO kein

Abgrenzungskriterium mehr zwischen anwaltlich-rechtsberatender und vermögensbetreuender Tätigkeit (vgl. BGH NJW 1993, 199 unter I.2.; NJW 1999, 3040 unter I.3.b)bb); allgemein *Borgmann* NJW 2000, 2953; s. auch BFH BStBl. II 1998, 760) und stellt vielmehr auf die jeweilige Tätigkeit ab. Dementsprechend sieht auch der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung die Testamentvollstreckungstätigkeit als Teil des Berufsbildes des Rechtsanwalts an (BT-Drucks. 12/4993 S. 23). Im Hinblick auf die auch vermögensbetreuende Tätigkeit passt die Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte nicht, die Vorschrift des § 51 b BRAGO ist jedenfalls wegen des vorrangigen § 2119 BGB nicht anwendbar, abgesehen von der Frage, ob es sich beim Erben um einen „Auftraggeber“ im Sinne dieser Vorschrift handelt (vgl. *Zugehör*, Die Haftung des Rechtsanwalts, Rdnrn. 153, 158).

cc) Die Literatur rechtfertigt ihrerseits eine Anwendung des Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG auch auf Abwicklungsvollstreckungen nicht. Soweit der Punkt angesprochen wird (*Vortmann*, a.a.O.; *Bork*, a.a.O.), wird die Pflicht des Testamentvollstreckers bis zu einer Abwicklung betont. Es findet sich jedoch keine Begründung dafür, wieso die Abwicklung als solche unmittelbar im Zusammenhang mit einer Vermögensverwaltung steht. Die Abwicklung dient der Vermögensverwaltung nicht, vielmehr beendet sie diese; nach dem Gesetz dient im Gegenteil – wie ausgeführt – die Vermögensverwaltung nur der Vorbereitung und Überbrückung der Zeit bis zur schnellstmöglichen Abwicklung.

4. Die Übernahme einer umfassenden Testamentvollstreckung durch Kreditinstitute kann nicht durch das Bürgerliche Gesetzbuch gerechtfertigt werden. Es handelt sich bei diesem Gesetzbuch nicht um ein berufsregelndes Gesetz (vgl. für das WEG im Verhältnis zum RBERG BGH AnwBl. 1994, 254). Da die Umstände für den Erblasser ersichtlich sind, besteht entgegen einer vielfach vorgetragenen Auffassung nicht die Gefahr, dass seine Verfügungen – von ihm nicht beeinflussbar und vorhersehbar – nicht ausführbar sind.

5. Verfassungsrechtliche Fragen, soweit sie nicht bereits erörtert worden sind, stellen sich nicht.

a) Das Rechtsberatungsgesetz wird grundsätzlich als verfassungsgemäß angesehen (vgl. BVerfG NJW 2000, 1251). Die Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes auf die Beklagte ist auch nicht unverhältnismäßig. Wie bereits dargelegt, bezieht sich die Aufsicht nach dem Kreditwesengesetz nicht auf rechtliche Kenntnisse und Fähigkeiten, soweit sie nicht unmittelbar mit dem Kredit- und Einlagengeschäft zusammenhängen.

b) Soweit *Kleine-Cosack* darauf verweist, der Erblasser wisse, dass er keinen Rechtsanwalt beauftrage, sei also nicht schutzwürdig, trifft dies nicht das Konzept des deutschen Gesetzgebers. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass aus Gründen des Verbraucherschutzes sowie des Schutzes der Reibungslosigkeit der Rechtspflege ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (letzteres allerdings nur für bestimmte Tätigkeiten, nicht für Testamentvollstreckungen) notwendig sei (vgl. auch Antwort der Bundesregierung BT-Drucks. 14/3959 S. 1); er sieht also eine bloße Information des Mandanten über die Nichtrechtsanwaltseigenschaft des Rechtsberaters nicht als ausreichend an.

Allerdings weicht die Einschätzung der Europäischen Union teilweise davon ab. Sie hält – wie z.B. in der Richtlinie 98/5/EG (dazu ausführlich EuGH NJW 2001, 137) – eine hinreichende Information des Mandanten über den Status des Rechtsberaters für ausreichend. Ähnliches wird aufgrund

des sogenannten Herkunftslandsprinzips in Zukunft aufgrund der „Richtlinie zu bestimmten rechtlichen Aspekten des elektronischen Geschäftsverkehrs“ (e-commerce-Richtlinie) auch für die Rechtsberatung über elektronische Mittel gelten. Die Verwirklichung des Verbraucherschutzes durch Information betont auch die Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der F.D.P. (BT-Drucks. 14/3959 S. 4), wobei allerdings nicht deutlich auf den Widerspruch zum Regelungskonzept des Gesetzgebers den Rechtsberatungsgesetzen (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) sowie die Tatsache, dass im EU-Ausland die Rechtsberatung vielfach nur in bestimmten Gebieten „reglementierten Berufen“ vorbehalten ist, hingewiesen wird. Es fehlt daher bisher an einer schlüssigen amtlichen Einschätzung, welche Folgen die Rechtsetzung der EU für die Konzeption des Rechtsberatungsgesetzes haben wird.

Die Auffassung des deutschen Gesetzgebers hält sich allerdings gegenwärtig im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative. Die oben genannten Vorschriften spielen augenblicklich noch keine große Rolle bzw. sind noch nicht in Kraft getreten. Ob in Zukunft eine andere Einschätzung geboten sein sollte, bedarf zu diesem Zeitpunkt keiner Entscheidung.

c) Soweit darauf verwiesen wird, dass bei der vom *Senat* vertretenen Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes sogar (Nur-)Notare nicht schlechthin Testamentsvollstreckungen geschäftsmäßig übernehmen dürften (vgl. *Leverenz a.a.O.*), was – so ist zu ergänzen – im Hinblick auf die besonderen erbrechtlichen Kenntnisse der Notare ein ersichtlich unvertretbares Ergebnis wäre und zu einer anderen Auslegung der Art. 1 § 1, § 3 Nr. 5, § 5 Nr. 3 RBERG zwänge, trifft dies nur bei einer engen Auslegung des Art. 1 § 3 Nr. 2 RBERG zu. Zwar zählt die in § 8 Abs. 4 BNotO genannte Tätigkeit als Testamentsvollstrecker nicht zur Berufstätigkeit eines Notars (vgl. *Schippel*, BNotO, 7. Aufl. Rdnr. 48 zu § 8; *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BUrkG, Rdnr. 23 zu § 8 BNotO, Rdnr. 5 zu § 24 BNotO). Insoweit lässt sich jedoch durch eine – allerdings erforderliche – verfassungskonforme Auslegung des Art. 1 § 3 Nr. 2 RBERG helfen. Der Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes ist durch eine Tätigkeit der Notare in diesem Bereich nicht betroffen. Die Notare weisen infolge ihrer Tätigkeit im Beurkundungswesen und Auseinandersetzungsverfahren (Art. 22 ff. prFGG) besondere Kenntnisse im Erbrecht auf. Wie aus § 8 Abs. 4 BNotO hervorgeht, hat der Gesetzgeber im Verhältnis der rechtsberatenden Berufe zueinander die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers nicht den Rechtsanwälten zugewiesen.

d) Die Beklagte macht nicht geltend, Testamentsvollstreckungen schlechthin und ausschließlich durch als Rechtsanwalt zugelassene Bedienstete (Syndikus-Anwälte) durchführen zu lassen. Allein in diesem Falle wären die von der Beklagten unter Verweis auf *Kleine-Cosack* (NJW 2000, 1593) im Hinblick auf den begrenzten Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes (Schutz der Mandanten vor rechtsunkundigen Rechtsberatern) vorgebrachten Bedenken gegen die Anwendung des Gesetzes erörterungsbedürftig (vgl. auch *Ricker* NJW 1999, 449 unter IV. 2. c) zur Rechtsberatung in Massenmedien mit Hilfe von Rechtsanwälten; anders aber *Hennsler/Prütting/Weth*, a.a.O., Rdnr. 14 zu Art. 1 § 1). Es kann daher offen bleiben, ob der Ausschluss von Kapitalgesellschaften – die nicht Rechtsanwaltsgesellschaften sind – von der Rechtsberatung in derartigen Fällen (wie sie u.a. aus Art. 1 § 3 Nr. 2 RBERG und den Regeln über die Rechtsanwaltsgesellschaften in der Bundesrechtsanwaltsordnung hervorgeht und von der Rechtsprechung betont wird) verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

e) Ein Verstoß gegen Grundrechte ergibt sich auch nicht

daraus, dass die Beklagte nach ihrer Behauptung Testamentsvollstreckerstätigkeit bereits seit 1989 ausübt. Abgesehen davon, dass sie Umfang und Inhalt der Tätigkeit nicht im einzelnen mitteilt, hat sich ein schutzwürdiger Besitzstand noch nicht aufbauen können (vgl. EGMR NJW 2001, 1555). Sie kann nicht auf eine gefestigte Auffassung verweisen, die die Testamentsvollstreckung nicht als Rechtsberatung angesehen hätte. Bereits nach kurzer Zeit wurde dies vielmehr in einer viel beachteten Entscheidung verneint.

(...)

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. GmbHG §§ 7, 8 Abs. 2, 55–57 (*Aufgabe des Vorbehalts wertgleicher Deckung bei Kapitalerhöhung*)

- a) **Die Leistung einer Bareinlage aus einer Kapitalerhöhung, durch die der Debetsaldo eines Bankkontos zurückgeführt wird, kann auch dann zur freien Verfügung erfolgt sein, wenn das Kreditinstitut der Gesellschaft mit Rücksicht auf die Kapitalerhöhung auf einem anderen Konto einen Kredit zur Verfügung stellt, der den Einlagebetrag erreicht oder übersteigt.**
- b) **Bei einer Kapitalerhöhung ist die Bareinlage schon dann zur (endgültig) freien Verfügung der Geschäftsführung geleistet worden, wenn sie nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss in ihren uneingeschränkten Verfügungsbereich gelangt ist und nicht an den Einleger zurückfließt (Aufgabe von BGHZ 119, 177 – Leitsätze a + b).**
- c) **Bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister hat die Geschäftsführung zu versichern, dass der Einlagebetrag für die Zwecke der Gesellschaft zur (endgültig) freien Verfügung der Geschäftsführung eingezahlt und auch in der Folge nicht an den Einleger zurückgezahlt worden ist.**

BGH, Versäumnisurteil vom 18.3.2002 – II ZR 363/00 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, Verwalterin in dem Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der I. GmbH, verlangt von der Beklagten Zahlung eines Betrages von 174.000,00 DM. Sie leitet diesen Anspruch aus dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung einer Einlageverpflichtung her. Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Gesellschafter der Gemeinschuldnerin beschlossen am 21.3.1994, das Stammkapital um 600.000,00 DM auf 651.000,00 DM zu erhöhen. Der auf den Anteil des Rechtsvorgängers der Beklagten entfallende Betrag von 174.000,00 DM ist nach Darstellung der Klägerin am 22.4.1994, nach Darstellung der Beklagten bis zum 31.3.1994 auf das von der Gemeinschuldnerin bei der Bank E. unterhaltene Konto eingezahlt worden. Dieses Konto wies zum 31.12.1993 einen Debetsaldo von mindestens 641.368,79 DM, per 31.12.1994 von 893.000,00 DM und per 31.12.1995 von 1.166.000,00 DM auf.

Auf den Antrag vom 29.3.1995 ist die Kapitalerhöhung am 16.4.1998 in das Handelsregister eingetragen worden. Die Beklagte hat ihren Anteil, der einen Nennwert von 188.800,00 DM hat, am 22.9.1997 erworben.

Die Klägerin behauptet, der Betrag von 174.000,00 DM sei nicht zur freien Verfügung der Geschäftsführung der Gemeinschuldnerin geleistet worden. Der von der Bank E. der Gemeinschuldnerin auf dem genannten Konto eingeräumte Überziehungskredit, der bis zum 31.12.1993 befristet war, sei über diesen Zeitraum hinaus nicht ver-

längert worden. Die Bank habe die Überziehung lediglich geduldet. Zudem habe der Einlagebetrag der Geschäftsführung im Zeitpunkt des Eintragungsantrages wertmäßig nicht mehr zur freien Verfügung gestanden.

Die Beklagte behauptet, der Kredit auf dem genannten Konto sei durch stillschweigende Vereinbarung der Bank und der Gemeinschuldnerin über den 31.12.1993 hinaus verlängert worden. Zudem habe die Bank der Gemeinschuldnerin am 17.5.1994 auf dem Konto im Hinblick auf die aus der Kapitalerhöhung resultierende Einlage von 600.000,00 DM einen weiteren Kredit von 2 Mio. DM gewährt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung des geltend gemachten Betrages verurteilt. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des Landgerichtsurteils.

Aus den Gründen:

Da die Klägerin im Verhandlungstermin trotz dessen rechtzeitiger Bekanntgabe nicht vertreten war, ist über die sie betreffende Revision durch Versäumnisurteil zu entscheiden (§§ 330, 557 ZPO). Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 82).

Die Revision führt zur Zurückverweisung. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des aus der Kapitalerhöhung vom 21.3.1994 stammenden, auf den von der Beklagten erworbenen Geschäftsanteil entfallenden Betrages von 174.000,00 DM nicht.

1. a) Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, dass die freie Verfügung der Geschäftsführung über Einlage-mittel dann nicht ausgeschlossen ist, wenn mit dem Einlage-betrag ein Debetsaldo zurückgeführt wird, der die Linie eines der Gesellschaft eingeräumten Rahmenkredites nicht überschreitet. Denn in diesem Falle steht der Gesellschaft weiterhin Liquidität in Höhe des gezahlten Einlagebetrages zur Verfügung (BGH, Urt. v. 24.9.1990 – II ZR 203/89, ZIP 1990, 1400, 1401; Urt. v. 3.12.1990 – II ZR 215/89, ZIP 1991, 445; vgl. auch Urt. v. 10.6.1996 – II ZR 98/95, ZIP 1996, 1466, 1467). Die Revision rügt jedoch zu Recht, dass das Berufungsgericht diese Voraussetzungen rechtsfehlerhaft verneint hat.

b) Es steht zwar unstreitig fest, dass die Bank E. den Rahmenkredit bis zum 31.12.1993 befristet hatte. Aus dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien ergibt sich jedoch, dass sie der Gemeinschuldnerin die Überziehung des maßgebenden Kontos unter erheblicher Ausweitung des Kreditvolumens zumindest bis zum 31.12.1995 gestattet hat. Das Berufungsgericht leitet seine Schlussfolgerung, dass der weiterhin gestatteten Überziehung lediglich eine Duldung durch die Bank, nicht aber eine stillschweigende Vereinbarung zwischen dieser und der Gemeinschuldnerin zugrunde gelegen habe, vor allem aus dem Inhalt des Schreibens vom 12.10.1993 her. In diesem Schreiben hat die Bank den Kreditrahmen auf 600.000,00 DM erhöht und gleichzeitig ausgeführt, dass der diesen Rahmen übersteigende Sollbetrag des Kontos nach den Angaben der Gemeinschuldnerin durch die Gewinnspanne aus zwei Großprojekten in M. und F. zurückgeführt werden könne. Dem steht jedoch die zumindest bis zum 31.12.1995 unter Ausweitung des Kreditvolumens gestattete Kontoüberziehung entgegen. Daraus kann eine zwischen der Gemeinschuldnerin und der Bank stillschweigend getroffene Vereinbarung über die Verlängerung – und Erweiterung – des Kreditvolumens dann hergeleitet werden, wenn die Bank den aus ihrem Schreiben vom 12.10.1993 ersichtlichen Vorbehalt nicht aufrecht erhalten hat. Ob das der Fall war, hat das Beru-

fungsgeschicht nicht festgestellt. Um zu einer abschließenden Beurteilung dieser Frage kommen zu können, muss es zu den Umständen, die der über den 31.12.1993 hinaus festgestellten Überziehung des Kontos zu Grunde liegen, noch weitere Feststellungen treffen.

c) Die Beklagte hat unter Beweisantritt ferner vorgetragen, die Bank habe der Gemeinschuldnerin mit Rücksicht auf die Erhöhung des Stammkapitals um 600.000,00 DM weitere Kreditzusagen gemacht. Dazu gehöre auch das am 17.5.1994 gewährte Investitionsdarlehen. Das Berufungsgericht hat das Bestehen eines wirtschaftlichen Zusammenhanges zwischen der Kapitalerhöhung und der Gewährung des Investitionsdarlehens als wahr unterstellt. Es meint jedoch, die Möglichkeit der Inanspruchnahme dieses Darlehens habe die freie Verfügung über den Einlagebetrag deswegen nicht gewährleistet, weil Kredittilgung und Krediteinräumung auf unterschiedlichen Konten vorgenommen worden seien. Das ist, wie die Revision zutreffend rügt, rechtsfehlerhaft.

Aus dem Vortrag der Beklagten folgt, dass die Bank E. das Investitionsdarlehen von 2 Mio. DM der Gemeinschuldnerin deswegen gewährt hat, weil mit dem aus der Kapitalerhöhung stammenden Einlagebetrag andere Darlehensverbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin zurückgeführt werden konnten. Dafür spricht insbesondere auch der Umstand, dass zwischen der Einlageleistung und der Zusage des Investitionsdarlehens weniger als zwei Monate gelegen haben. Erweist sich der Vortrag der Beklagten als richtig, ist davon auszugehen, dass zwischen Einlageleistung und der Darlehensgewährung ein rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang besteht. Unter dieser Voraussetzung wäre die Einlageleistung zur freien Verfügung der Geschäftsführung der Gemeinschuldnerin erbracht worden. Zwar hätte die Bank E. mit der Einlageleistung eine Darlehensforderung verrechnet. Da die Geschäftsführung jedoch aufgrund der Darlehensgewährung anderweitig Liquidität in Höhe des Einlagebetrages ausschöpfen konnte, war sie in der Verfügung über den Einlagebetrag nicht beschränkt. Das Berufungsgericht wird daher dem Vortrag der Beklagten nachgehen und den dazu angebotenen Beweis erheben müssen, um auch zu diesem Punkt die weiterhin erforderlichen Feststellungen treffen zu können.

2. Die Leistung zur freien Verfügung der Geschäftsführung scheidet auch nicht daran, dass im Zeitpunkt des Antrages auf Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister möglicherweise die Voraussetzung der wertgleichen Deckung des Einlagebetrages durch damit angeschaffte aktivierungsfähige Güter (vgl. BGHZ 119, 177) nicht mehr vorgelegen hat. Die Klägerin hat dazu ausgeführt, die Einlagebeträge seien zur Tilgung von Gläubigerforderungen verwendet worden, die infolge Überschuldung der Gesellschaft nicht mehr werthaltig gewesen seien. Die Beklagte hingegen behauptet, der Betrag, der ihr nach Leistung der Einlagen als Liquidität zur Verfügung gestanden habe, sei in Anlagegüter investiert worden. Auf die Entscheidung dieser Frage kommt es jedoch nicht an.

Allerdings weist die Klägerin zutreffend darauf hin, dass die Geschäftsführung einer Kapitalgesellschaft nach dem zitierten Senatsumteil über den Einlagebetrag aus einer Kapitalerhöhung vor dem Zeitpunkt des Eintragungsantrages nur unter dem Vorbehalt wertgleicher Deckung verfügen darf. Die Mittel müssten so eingesetzt werden, dass der Gesellschaft ein dem aufgewandten Betrag entsprechendes Aktivum zufließe (a.a.O. S. 187). An dieser Rechtsprechung hält der Senat nicht mehr fest. Gegen sie ist zu Recht eingewandt worden, der Vorbehalt wertgleicher Deckung komme nur dann in Betracht, wenn Verfügungen über Einlagen, die zwischen dem Kapital-

erhöhungsbeschluss und dem Antrag auf Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister vorgenommen würden, in ähnlicher Weise das Erfordernis eines besonderen Gläubigerschutzes auslösen würden wie Verfügungen über Einlagen, die bei der Gründung zwischen der Errichtung der Gesellschaft und dem Antrag auf ihre Eintragung geleistet werden. Das ist jedoch nicht der Fall, weil bei der Kapitalerhöhung die Einlage – anders als bei der Gründung – an die bereits bestehende Gesellschaft geleistet wird und es deswegen besonderer Maßnahmen zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Aufbringung des Stammkapitals nicht bedarf (*Priester*, ZIP 1994, 599, 602; vgl. dazu auch *Karsten Schmidt*, AG 1986, 106, 107 ff. und *Hommelhoff/Kleindiek*, ZIP 1987, 477, 482 ff.). Auch der Ansicht, der Erhöhungsbetrag müsse im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung noch durch das Reinvermögen der Gesellschaft gedeckt sein (so *Ihrig*, Die endgültig freie Verfügung für die Einlage von Kapitalgesellschaften 1991, S. 303 ff., ihm folgend *Ulmer*, GmbH-Rundschau 1993, 189, 195) vermag der *Senat* nicht zu folgen. Soweit sie auf die Regelung des § 210 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 57 i Abs. 1 Satz 2 GmbHG gestützt wird, nach der die eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln anmeldenden Organmitglieder versichern müssen, dass nach ihrer Kenntnis zwischen dem Stichtag der eingereichten Bilanz und dem Tag der Anmeldung keine die Erhöhung verhindernden Vermögensminderungen eingetreten sind, liegt dem kein allgemeines, auch für die Kapitalerhöhung gegen Einlagen maßgebendes Prinzip zugrunde. Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, dass mit dieser Versicherung lediglich der Zeitraum überbrückt werden soll, der zwischen der das Vorhandensein der umzuwandelnden Rücklagen nachweisenden Bilanz und dem Anmeldezeitpunkt liegt (*Priester*, ZIP 1994 a.a.O. S. 603). *Hüffer* (ZGR 1993, 474, 482 f.) ist zwar zuzugestehen, dass sich nach dem Wortlaut des Gesetzes der Gegenstand der Leistung endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführung befinden muss (§ 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, § 188 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 36 Abs. 2 Satz 1 AktG). Darin mag die Vorstellung des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck kommen, der die Kapitalerhöhung als (erweiternde) Teilneugründung verstanden hat (vgl. *Henze*, Die treuhänderische und haftungsrechtliche Stellung des Sacheinlegers bei Kapitalerhöhungen unter besonderer Berücksichtigung der Banken 1970, S. 155 ff.). Diese Vorstellung ist jedoch überholt. Die Kapitalerhöhung gehört zwar zu den der Entscheidung durch die Hauptversammlung vorbehaltenen Grundlagengeschäften; sie führt jedoch nicht zu einer Veränderung der Kapitalgesellschaft in ihrer Eigenschaft als juristische Person, sondern führt lediglich zu einer Erweiterung des nach der gesetzlichen Konzeption dem Schutz der Gläubiger dienenden Haftkapitals. Da das Vermögen, das der Deckung der erhöhten Kapitalziffer dient, bei der Kapitalerhöhung unmittelbar der Gesellschaft zufließt, gelangt es in den Entscheidungs- und Handlungsbereich des geschäftsführenden Organs. Damit ist der Vorgang der Mittelaufbringung abgeschlossen. Von diesem Zeitpunkt an ist das geschäftsführende Organ berechtigt und verpflichtet, im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Interesse der Gesellschaft über das eingebrachte Vermögen zu verfügen.

Anders ist das lediglich zu beurteilen in den Fällen verdeckter Sacheinlagen, bei denen die Gesellschaft lediglich Durchgangsstation einer Leistung des Einlegers an sich selbst ist (vgl. dazu BGHZ 113, 335) sowie bei der unmittelbaren Leistung an einen Gesellschaftsgläubiger, bei der jegliche Einwirkungsmöglichkeit des Geschäftsführers ausgeschlossen wird (BGHZ 119, 177, 188 f.). Bei dieser Sachlage wohnt dem Wortlaut der angeführten Vorschriften eine über-

schießende Tendenz inne, die durch teleologische Reduktion auf den zutreffenden und erforderlichen Regelungsbereich zurückzuführen ist.

Danach ist davon auszugehen, dass bei der Kapitalerhöhung die Leistung der Einlage schon dann zur freien Verfügung der Geschäftsführung erbracht worden ist, wenn sie in ihren uneingeschränkten Verfügungsbereich gelangt ist. Eine zeitliche Grenze für diese Leistung wird lediglich durch das Erfordernis eines Kapitalerhöhungsbeschlusses gesetzt. Wird sie danach bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister zu irgendeinem Zeitpunkt ordnungsgemäß ohne späteren Rückfluss an den Einleger erbracht, hat der Einleger seine Leistungspflicht erfüllt, so dass er von der Einlageverpflichtung frei wird. Die Versicherung des Geschäftsführers hat dahin zu lauten, dass der Betrag der Einzahlung zur freien Verfügung der Geschäftsführung für die Zwecke der Gesellschaft eingezahlt und auch in der Folge nicht an den Einleger zurückgezahlt worden ist. Nach alledem kann die Beklagte nicht als verpflichtet angesehen werden, die Einlage nochmals zu leisten.

3. Die Klägerin hat behauptet, die Gesellschafter seien im Umfange der Einlageleistung von ihnen zu Gunsten der Gemeinschuldnerin übernommenen Bürgschaftsverpflichtungen befreit worden. Schon aus diesem Grunde sei eine Leistung zur freien Verfügung der Geschäftsführung nicht erbracht worden. Das ist unrichtig. Trifft der Vortrag der Klägerin zu, kann die Folge lediglich sein, dass die Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf Wiedereinräumung der Bürgschaft oder auf Leistung eines entsprechenden Erstattungsbetrages hätte. Dabei kann die Frage offen bleiben, ob dieser Anspruch nur gegen den Rechtsvorgänger der Beklagten oder auch gegen diese besteht.

4. Der Revision der Beklagten war aufgrund dieser Umstände stattzugeben. Die Sache war an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es – gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien – Gelegenheit erhält, die für eine sachgemäße Entscheidung noch erforderlichen Feststellungen zu treffen.

16. GmbHG §§ 53, 54; AktG § 302; BGB § 195 (*Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf nichtigen Organ- und Ergebnisabführungsvertrag*)¹

- a) **Ein mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft abgeschlossener, jedoch mangels Eintragung in das Handelsregister nichtiger Organ- und Ergebnisabführungsvertrag ist für die Zeit seiner Durchführung nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft als wirksam zu behandeln. Er kann von den Parteien jederzeit durch einseitige oder übereinstimmende Erklärung beendet werden (Bestätigung von BGHZ 103, 1; 116, 37).**
- b) **Auch im GmbH-Konzern ist die rückwirkende Aufhebung eines Unternehmensvertrages grundsätzlich unzulässig. Das gilt auch dann, wenn abhängige Gesellschaft eine Ein-Personen-GmbH ist.**

BGH, Urteil vom 5.11.2001 – II ZR 119/00 –

¹ Die Entscheidung ist im Volltext abgedruckt in NJW 2002, 822 ff.

17. FGG § 12, AktG §§ 182, 183, 188 (*Prüfung eines Investors-Agreements durch Registergericht*)

1. **Die Prüfungspflicht des Registergerichts bei der Anmeldung einer Kapitalerhöhung gegen Einlage gemäß § 182 ff. AktG erstreckt sich auch auf die Frage, ob der gesamte Vorgang gesetzes- und satzungsgemäß abgelaufen ist. Bestehen Zweifel, so hat das Gericht von Amts wegen Ermittlungen anzustellen und Beweise zu erheben.**
2. **Wird im Rahmen einer Kapitalerhöhung durch Vereinbarung zwischen den Aktionären (Investors-Agreement) eine Zuzahlungspflicht der Neuaktionäre begründet, so kann das Registergericht die Vorlage dieser Vereinbarung fordern, um zu prüfen, ob eine Pflicht zur Leistung einer Einlage über den geringsten Ausgabebetrag hinaus begründet worden ist.**

BayObLG, Beschluss vom 27.2.2002 – 3Z BR 35/02 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Hauptversammlung der betroffenen Aktiengesellschaft beschloss am 27.6.2001 insgesamt vier Barkapitalerhöhungen, deren Eintragung in das Handelsregister vom verfahrensbevollmächtigten Notar beantragt wurde. Zuvor hatten sich die Erwerber der neuen Aktien aus den zwei von diesen Kapitalerhöhungen in einem Investors-Agreement gegenüber den bisherigen Aktionären zur Zahlung eines Aufpreises auf den Nennbetrag der Aktien verpflichtet.

Das Amtsgericht bat mit Zwischenverfügung vom 27.9.2001 um Vorlage des Investors-Agreements. Es erläuterte seine Zwischenverfügung dahingehend, dass aufgrund der schuldrechtlich getroffenen Absprachen von der Vereinbarung eines Aufgeldes zum Nennbetrag der Aktien ausgegangen werde, so dass an der Wirksamkeit der Kapitalerhöhungsbeschlüsse Zweifel bestünden. Es müsse mit Zurückweisung der Anmeldung gerechnet werden, wenn der gerichtlichen Anforderung nicht binnen gesetzter Frist entsprochen werde.

Gegen die Zwischenverfügung des Amtsgerichts legte der verfahrensbevollmächtigte Notar namens und im Auftrag der Betroffenen Beschwerde ein. Er beantragte ferner Teilvollzug der Kapitalerhöhungsbeschlüsse I und II. Hierzu werde versichert, dass diese Kapitalerhöhungen ohne dingliches oder schuldrechtliches Agio, also ausschließlich zu pari, vorgenommen worden seien.

Das Amtsgericht gab dem Antrag auf Teilvollzug statt; im Übrigen wurde der Beschwerde nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde der Betroffenen mit Beschluss vom 20.12.2001 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Betroffenen.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde der Gesellschaft ist zulässig. Der Urkundsnotar ist gemäß § 29 Abs. 1 Satz 3 FGG postulationsfähig.

III.

Das Rechtsmittel hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, ohne die Vorlage des Investors-Agreements könne nicht ausgeschlossen werden, dass die dort begründeten Verpflichtungen der neuen Aktionäre als gewollte Einlagen zu betrachten seien. Nach der Gesamtkonstruktion der beschlossenen Kapitalerhöhungen liege dies sogar nahe. Erzielte Aufgelder aber seien von der Gesellschaft gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB zwingend als Kapitalrücklagen auszuweisen. Durch die Verschleierung der den Rücklagen zuzuführenden Forderungen, die als Sacheinlagen zu behandeln seien, sei die Erfüllung der bilanzrechtlichen Anforderungen nicht mehr gewährleistet. Darüber hinaus widerspreche die eingeschlagene Verfahrensweise den Grundsätzen der Überschaubarkeit der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft. Auch die Kontrolle der Einhaltung des § 36a Abs. 2 Satz 1 AktG sei nicht gewährleistet. Die Anforderung des § 185 Abs. 1 Ziff. 2 AktG sei ebenso wenig eingehalten wie die entsprechende Anmeldeverpflichtung aus § 188 Abs. 3 Nr. 2 AktG. Aufgrund der Tatsache, dass vorliegend offensichtlich ein echtes Agio vereinbart worden sei, könne auf die genannten Erfordernisse auch nicht verzichtet werden. Die Einwilligung der betroffenen (Alt-)Aktionäre könne hier nicht rechtfertigend wirken. Im Übrigen würden durch die Duldung von „Dunkelzonen“ bei der Zeichnung neuer Aktien unkontrollierbaren Vermögenszuständen der Gesellschaft Räume eröffnet.

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

a) Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht die Erstbeschwerde gegen die Zwischenverfügung des Registergerichts als zulässig angesehen (vgl. *Keidel/Kahl* FGG 14. Aufl. § 19 Rdnr. 16). Die Zwischenverfügung beanstandet eine Anmeldung zum Handelsregister und greift damit in die Rechte der Betroffenen ein.

b) Das Registergericht war befugt, die Vorlage des Investors-Agreements zu fordern.

aa) Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft kann mit qualifizierter Mehrheit die Erhöhung des Grundkapitals gegen Einlagen beschließen (§ 182 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Kapitalerhöhung kann nur durch Ausgabe neuer Aktien ausgeführt werden (§ 182 Abs. 1 Satz 4 AktG). Sollen neue Aktien für einen höheren Betrag als den geringsten Ausgabebetrag ausgegeben werden, so ist der Mindestbetrag, unter dem sie nicht ausgegeben werden sollen, im Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals festzusetzen (§ 182 Abs. 3 AktG). Wird eine Sacheinlage, also eine Einlage, die nicht durch Einzahlung des Ausgabebetrages der Aktien zu leisten ist (§ 27 Abs. 1 AktG), beschlossen, so müssen ihr Gegenstand, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Nennbetrag, bei Stückaktien die Zahl der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien, im Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden (§ 183 Abs. 1 Satz 1 AktG). Der Vorstand und der Vorsitzende des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft haben die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 188 Abs. 1 AktG).

Das Registergericht hat in diesem Falle zu prüfen, ob alle Voraussetzungen für die beantragte Eintragung vorliegen. Die Prüfungspflicht betrifft die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung, bezieht sich daneben aber auch auf die Frage, ob der gesamte Vorgang der Kapitalerhöhung den Vorschriften des Gesetzes und der Satzung gemäß abgelaufen ist (vgl. *Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* AktG § 188 Rdnr. 54; *Hüffer* AktG 4. Aufl. § 188 Rdnr. 20 i.V.m. § 181 Rdnr. 12). Bestehen Zweifel, so hat das Gericht nach § 12 FGG von Amts wegen eigene Ermittlungen anzustellen und Beweise zu erheben (*Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* § 188 Rdnr. 56). Die Auflistung der einer Anmeldung beizufügenden Unterlagen in § 188 Abs. 3 AktG ist nicht abschließend (vgl. *Hüffer* § 188 Rdnr. 12).

bb) Im vorliegenden Fall ist das vom Registergericht angeforderte Investors-Agreement für die Eintragung der beschlossenen Kapitalerhöhung rechtlich von Bedeutung, so dass sich die Verfahrensweise des Registergerichts aus § 12 FGG rechtfertigt. Die Relevanz des Agreements folgt schon daraus, dass ohne eine Vorlage des Dokuments nicht abschließend geklärt werden kann, wie die Verpflichtung der neuen Aktionäre zur Zahlung den Ausgabepreis der Aktien überstei-

gender Beträge rechtlich einzuordnen ist. Zwar weist die Betroffene zu Recht darauf hin, dass die Gesellschaft schon nach Sinn und Zweck des Agreements bei sachgerechter Ausgestaltung regelmäßig kein eigenes Forderungsrecht gegen die neuen Aktionäre erwerben wird. Zwingend ist dies aber keineswegs. Der *Senat* schließt sich deshalb der Rechtsauffassung des Landgerichts an, dass ohne eine Vorlage des Investors-Agreements nicht abschließend beurteilt werden kann, ob die darin begründeten Verpflichtungen als gewollte Einlagen zu betrachten sind. Letzteres hätte zur Folge, dass sie u.a. im Kapitalerhöhungsbeschluss (§ 182 Abs. 3 AktG), aber auch im Zeichnungsschein (vgl. § 185 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 AktG) hätten berücksichtigt werden müssen. Bei Fehlen entsprechender Angaben wäre jedenfalls der Zeichnungsschein nichtig (§ 185 Abs. 2 AktG). Sind die Einlagen rechtlich als Sacheinlagen zu behandeln (vgl. dazu § 27 Abs. 1 AktG), so muss der Kapitalerhöhungsbeschluss zudem den Voraussetzungen des § 183 AktG genügen. In jedem Fall wäre die Anmeldung abzulehnen.

Ob registerrechtliche Konsequenzen auch dann in Betracht kommen, wenn die neuen Aktionäre keine Einlagepflicht gegenüber der Gesellschaft, sondern lediglich eine schuldrechtlich begründete Zuzahlungspflicht gegenüber ihren Mitaktionären übernommen haben, ist für die vorliegende Entscheidung ohne Belang. Der *Senat* neigt insoweit der in der Literatur herrschenden Auffassung zu, dass es im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich möglich ist, Zuzahlungen zum geringsten Ausgabebetrag auch im Verhältnis der Aktionäre zueinander, also auf anderer als korporativer Grundlage zu vereinbaren (vgl. Großkommentar/*Henze* AktG 4. Aufl. § 54 Rdnm. 53 ff., 55 und 77 ff./freiwillige Mehrleistungen; Kölner-Komm/*Lutter* AktG 2. Aufl. § 54 Rdnr. 26).

Anmerkung

Der Beschluss ist für die notarielle und kautelarjuristische Praxis von großer Bedeutung, da sich – soweit ersichtlich – ein Gericht erstmals mit der rechtlichen Lozierung vertraglich vereinbarter Aufgelder bei einer Kapitalerhöhung im Zusammenhang mit Venture-Capital-Investitionen beschäftigen musste. Der Beschluss schafft zwar eine gewisse Planungssicherheit für die zukünftige Gestaltung von Beteiligungsverträgen, ihm ist jedoch sowohl im Ergebnis wie auch in der Begründung nachdrücklich zu widersprechen.

1. Kennzeichnend für eine Venture-Capital Beteiligung ist die direkte Beteiligung eines Finanzinvestors am Grund- bzw. Stammkapital eines jungen, noch nicht am Markt etablierten Unternehmens, einem sog. Start-up-Unternehmen (zum Begriff des Venture Capital siehe ausführlich *Gabbert*, ZIP 2000, 11; sowie aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Kußmaul/Richter*, DStR 2000, 1155, [1156]). Der Finanzinvestor wird also anders als ein Darlehensgeber nicht Gläubiger des Unternehmens, sondern wird mit seiner Einlage haftender Partner der Gründer. In der Regel streben die Finanzinvestoren hierbei eine Minderheitsbeteiligung am Kapital zwischen 20% bis 35% an (*Weitmauer*, Handbuch Venture Capital, 2. Aufl. 2001 S. 5).

2. Im Zusammenhang mit Venture-Capital-Beteiligungen kommt dem sog. Investors-Agreement (auch Beteiligungsvertrag, Aktionärsvereinbarung oder Gesellschaftervereinbarung) eine hohe Bedeutung zu. Hier werden nämlich die wesentlichen Rechte und Pflichten der Gründer (Altaktionäre) und der Finanzinvestoren in Bezug auf die Gesellschaft und untereinander geregelt (ausführlich zum Inhalt des Beteiligungsvertrages *Weitmauer*, NZG 2001, 1065). Dass solche Vereinbarungen nicht in der Satzung (Gesellschaftsvertrag), sondern in

einem schuldrechtlichen Vertrag getroffen werden, hat im Wesentlichen zwei Gründe (siehe hierzu *Winter*, ZHR 154 [1990] 259, 268 ff.; *Hoffmann-Becking*, ZGR 1994, 442, 445 ff.).

Zum einen steht § 23 Abs. 5 AktG solchen Vereinbarungen auf satzungsmäßiger (mitgliedschaftlicher) Ebene häufig entgegen. Nach dieser Vorschrift kann die Satzung nämlich von Vorschriften des Gesetzes nur abweichen, wenn dies ausdrücklich zugelassen ist. Diese Beschränkung gilt nach ganz h.M. nicht für gesellschaftsbezogene schuldrechtliche Vereinbarungen.

Zum anderen, und dies ist in der Praxis von herausragender Bedeutung für die Beteiligten, unterliegen schuldrechtliche Vereinbarungen nicht der handelsregisterlichen Publizität, denn anders als die Satzung (Gesellschaftsvertrag) sind sie gerade nicht zum Handelsregister einzureichen.

Gegenstand des Investors-Agreement sind regelmäßig auch Vereinbarungen über die Ausgestaltung und den Vollzug der finanziellen Beteiligung des Finanzinvestors. Der Finanzinvestor verpflichtet sich darin üblicherweise zur Zeichnung neuer Aktien und zur Leistung einer weiteren baren Zahlung in die offenen Rücklagen, häufig gestaffelt in Abhängigkeit von bestimmten, im Investors-Agreement vereinbarten Erfolgszielen, sog. Meilensteinen. Eine entsprechende Vereinbarung könnte etwa wie folgt lauten:

„(...) Die Investoren verpflichten sich untereinander und gegenüber den Altaktionären, innerhalb von einer Woche nach Zeichnung der in der Anlage ... bezeichneten Aktien insgesamt EUR <Betrag> in die Kapitalrücklage der Gesellschaft gemäß § 272 Abs. (2) Nr. 4 HGB einzuzahlen; dabei werden die Investoren jeweils die in der Anlage ... bezeichneten Beträge einzahlen. Die Gesellschaft hat keinen eigenen Anspruch auf die vorstehenden Zahlungen. Die vorstehenden Zahlungen sollen ausschließlich auf das nachfolgend angegebene Konto der Gesellschaft überwiesen werden, das ausschließlich zu diesem Zweck eröffnet wurde.“

Auch in dem vom BayObLG zu entscheidenden Fall haben sich die Zeichner der anlässlich einer Barkapitalerhöhung neu ausgegebenen Aktien in einem Investors-Agreement gegenüber den bisherigen Aktionären zur Zahlung eines Aufpreises auf den Nennbetrag der Aktien verpflichtet.

Diese Verpflichtung erfolgte mithin außerhalb des eigentlichen Kapitalerhöhungsbeschlusses durch eine schuldrechtliche Vereinbarung zwischen den Investoren und den Altaktionären.

3. In der Praxis wird auf derartige schuldrechtliche Vereinbarungen über weitere Zahlungsverpflichtungen der Finanzinvestoren ausgewichen, um die mit einem unmittelbar im Kapitalerhöhungsbeschluss festgelegten Aufgeld (sog. korporatives bzw. mitgliedschaftliches Aufgeld) verbundenen Einzahlungspflichten und Entnahmebeschränkungen zu vermeiden. Zwar sind sowohl das korporative als auch das schuldrechtliche Aufgeld als Kapitalrücklage auszuweisen; dies ergibt sich für das korporative Aufgeld aus § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB und für das schuldrechtliche Aufgeld aus § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB. Die Regelungen über die Beschränkung der Auflösung der Kapitalrücklage in § 150 Abs. 3 u. 4 AktG finden jedoch nur auf die in die gesetzliche Rücklage nach § 150 Abs. 2 AktG einzubeziehende Rücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB Anwendung, während die Auflösung der Rücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB unbeschränkt möglich ist.

Ein weiterer Nachteil des korporativen gegenüber dem schuldrechtlichen Aufgeld besteht darin, dass dieses bis zur Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung voll einbezahlt sein muss, § 36a AktG, und daher anders als schuldrechtlich vereinbarte bare Zuzahlungen i.S.d. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB

in seiner Fälligkeit auch nicht von dem Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Meilensteine abhängig gemacht werden kann (Weitmauer, NZG 2001, 1065, (1068)).

4. Bisher entsprach es ständiger Praxis, die Kapitalerhöhung beim Handelsregister ohne Beifügung des Investors-Agreement anzumelden. Diese Praxis wurde nach Kenntnis des Rezensenten auch von sämtlichen Registergerichten, mit Ausnahme des Registergerichts München, als zulässig akzeptiert. Grund hierfür war, dass nach bisherigem – und, wie noch zu zeigen sein wird, m.E. zutreffendem – Verständnis, schuldrechtlich vereinbarte Zuzahlungen die mitgliedschaftliche Einlagepflicht, wie sie in dem im Kapitalerhöhungsbeschluss festgelegten Ausgabebetrag zum Ausdruck kommt, unberührt lassen. Demgegenüber hat das Registergericht München schon seit geraumer Zeit bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte die Vorlage des Investors-Agreement verlangt; es war mithin nur eine Frage der Zeit, wann einer der Beteiligten gegen diese Praxis gerichtlich vorgehen und Beschwerde einlegen würde. Sowohl das LG München als auch das BayObLG haben, wenn auch im Detail mit unterschiedlichen Begründungen, die Praxis des Registergerichts München gebilligt.

Zur dogmatischen Begründung für das auf § 12 FGG gestützte Prüfungsrecht beruft sich das BayObLG darauf, dass das Registergericht ohne die Vorlage des Investors-Agreement nicht beurteilen könne, auf welcher Grundlage die Finanzierungsabrede erfolgt ist, ob die Aktionäre sich lediglich untereinander oder gegenüber der Gesellschaft selbst zu weiteren „Einlagen“ verpflichtet haben. Kommt das Registergericht bei der Prüfung des Investors-Agreement dabei zu dem Ergebnis, dass die Gesellschaft ein eigenes Forderungsrecht gegen die Aktionäre erwerben soll, dann soll es sich nach Ansicht des BayObLG um ein echtes Aufgeld handeln, und die im Investors-Agreement begründeten Verpflichtungen seien als gewollte Einlagen zu betrachten, mit der Folge, dass die Voraussetzungen der §§ 182 Abs. 3, 185 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 und Abs. 2 AktG hätten berücksichtigt werden müssen und die Anmeldung daher abzulehnen sei. Ob ein Verstoß gegen die vorgenannten Bestimmungen auch dann vorliegt, wenn die Vereinbarung zusätzlicher Zahlungspflichten nur die Aktionäre bindet und kein eigenes Forderungsrecht der Gesellschaft begründet, lässt das BayObLG zwar ausdrücklich offen, jedoch findet sich im letzten Satz des Beschlusses der für den Praktiker dankenswerte Hinweis, dass das Gericht zumindest der, wenn auch von ihm wohl missverstandenen, h.M. folgt, die eine Zulässigkeit solcher Vereinbarungen unter den Aktionären bejaht (dazu ausführlich sogleich unter 5.).

5. Das Aktiengesetz selbst enthält keine Unterscheidung zwischen mitgliedschaftlichem und schuldrechtlichem Aufgeld. In § 9 Abs. 2 AktG ist lediglich bestimmt, dass Aktien für einen höheren Betrag als den Nennbetrag oder bei Stückaktien als den anteiligen Betrag des Grundkapitals ausgegeben werden können. Die Höhe des bei der Gründung oder im Kapitalerhöhungsbeschluss festgelegten Ausgabebetrag bestimmt mithin gleichzeitig den Umfang der Einlagepflicht der Aktionäre, § 54 Abs. 1 AktG. Damit stellt sich als Ausgangspunkt zunächst die Frage, ob § 54 Abs. 1 AktG eine abschließende Regelung enthält, so dass behandelnden Falles eine schuldrechtliche Vereinbarung über die Finanzierung der Gesellschaft jedweder Art unter den Aktionären bereits aus diesem Grunde unzulässig ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Gesellschaft einen eigenen Anspruch erwirbt oder nicht.

Nach allgemeiner Ansicht ist zwischen solchen Gesetzesbestimmungen zu unterscheiden, die jedwede abweichende statutarische oder auch nur schuldrechtliche Vereinbarung ver-

bieten, und solchen Gesetzesbestimmungen, die lediglich eine abweichende Satzungsgestaltung bzw. eine abweichende Gestaltung des Mitgliedschaftsverhältnis verhindern sollen, privatautonome Vereinbarungen zwischen den Aktionären auf schuldrechtlicher Ebene dagegen nicht verbieten (grundlegend hierzu Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, S. 122 ff. m.w.N.).

§ 54 Abs. 1 AktG dient zuvörderst der internen Risikobeschränkung, indem die Höhe der mitgliedschaftlichen Einlagepflicht durch den Ausgabebetrag der Aktie begrenzt wird (Hüffer, AktG, 5. Aufl. 2002, § 54 Rdnr. 1). Eine darüber hinausgehende mitgliedschaftliche Einlage- oder Nachschusspflicht ist daher durch § 54 Abs. 1 AktG ebenso ausgeschlossen wie andere Verpflichtungen auf mitgliedschaftlicher Ebene, die dem inhaltlich entsprechen und nur in ein anderes rechtliches Gewand eingekleidet sind (GroßkommAktG/Henze, 4. Aufl. 2000, § 54 Rdnr. 47 m.w.N.). Darüber hinausgehende Mehrleistungen können nach § 54 AktG in der Satzung nicht getroffen werden, soweit nicht die engen und besonderen Voraussetzungen der aktienrechtlichen Nebenleistungspflicht i.S.v. § 55 AktG erfüllt sind. Eine in der AG-Satzung selbst vorgesehene Mehrleistungsverpflichtung wäre daher wegen Verstoßes gegen § 54 Abs. 1 AktG unwirksam (Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, S. 311 m.w.N.).

Dieser Zweck des § 54 AktG, einen klar umrissenen verkehrsfähigen Gegenstand der Aktienmitgliedschaft zu schaffen und damit die Aktiengesellschaft als eine grundsätzlich dem Publikum offene Gesellschaft zu gestalten, steht jedoch unter den Aktionären eingegangenen, auf die Mitgliedschaft bezogenen Verpflichtungen nicht entgegen. Sie sind weder mit der Aktie verbunden noch gehen sie automatisch über, wenn es zu einem Aktionärswechsel kommt. § 54 will nicht generell verhindern, dass über die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte oder über die Mitgliedschaft selbst Verabredungen getroffen werden (Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, S. 128; Zöllner, Wechselwirkungen zwischen Satzung und Gesellschaftervereinbarungen, RWS Forum 8, Gesellschaftsrecht 1995, S. 103; zur Zulässigkeit selbstständiger Nebenverträge über wiederkehrende Leistungen siehe bereits RGZ 112, 273, 277 f.).

Nach ganz h.M. können sich die Aktionäre daher über § 54 AktG hinaus durch schuldrechtliche Vereinbarung zu Leistungen beliebigen Inhalts verpflichten. Diese Vereinbarung kann sowohl mit der Gesellschaft selbst als Vertragspartner als auch zwischen den Aktionären getroffen werden, wobei auch bei einer Vereinbarung der Aktionäre untereinander die Gesellschaft nach den Grundsätzen eines Vertrages zugunsten Dritter ein eigenes Forderungsrecht erwerben kann (Hüffer, a.a.O., § 54 Rdnr. 7 m.w.N.; GroßkommAktG/Henze, a.a.O., § 54 Rdnr. 53 m.w.N.). Zulässig ist daher auch die schuldrechtliche Vereinbarung zusätzlicher Geldleistungen neben der Einlage. Denn die Obergrenze des § 54 Abs. 1 AktG bezieht sich nur auf die mitgliedschaftliche Einlagepflicht aus der Übernahme der Aktien bei Gründung bzw. der Zeichnung junger Aktien aus Kapitalerhöhung (Hüffer, a.a.O., § 54 Rdnr. 7 u. 2; GroßkommAktG/Henze, a.a.O., § 54 Rdnr. 53 m.w.N.). Diese, auch vom BayObLG zitierten, aber wohl missverstandenen Fundstellen beschränken die Zulässigkeit schuldrechtlicher Abreden also gerade nicht – wie das BayObLG am Ende seines Beschlusses ausführt – allein auf Abreden unter den Aktionären, sondern lassen vielmehr ausdrücklich schuldrechtliche Vereinbarungen mit oder zugunsten der Aktiengesellschaft zu. Die Auffassung des BayObLG läuft darauf hinaus, dass Vereinbarungen über zusätzliche Zahlungspflichten, durch die der Aktionär nicht nur gegenüber seinen Mitaktionären,

sondern auch gegenüber der Gesellschaft gebunden sein soll, stets korporativen Charakter haben. Dies steht im Widerspruch zu der ganz h.M. im aktienrechtlichen Schrifttum. Die vom BayObLG unter seinem unrichtigen rechtlichen Ansatzpunkt vorgenommene Begründung des Prüfungsrechts des Registergerichts ist daher nicht haltbar. Ein Prüfungsrecht lässt sich auf der Grundlage dieser h.M. nicht damit begründen, das Registergericht müsse feststellen, ob ein eigener Zahlungsanspruch der Gesellschaft begründet sei.

6. Zwar sind auch nach der h.M. schuldrechtliche Vereinbarungen über Finanzierungsleistungen nicht uneingeschränkt zulässig. Sie sind aber erst dann unzulässig, wenn sie die schuldrechtliche Ebene verlassen und sich eine korporationsrechtliche, d.h. mitgliedschaftsrechtliche Wirkung beilegen (GroßkommAktG/Röhrich, § 23 Rdnr. 259). Eine schuldrechtliche, außerhalb des für Kapitalerhöhungen vorgesehenen Verfahrens getroffene Vereinbarung von Finanzierungsleistungen ist unwirksam, wenn sie als mitgliedschaftliche Pflicht gewollt ist (so ausdrücklich für die GmbH *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, S. 313). Gleichwohl lässt sich m.E. auch hieraus kein Prüfungsrecht des Registergerichts ableiten. Denn anders als bei solchen Vereinbarungen, die schuldrechtlich oder mitgliedschaftlich ausgestaltet werden können, schließt die Unzulässigkeit einer mitgliedschaftlichen Regelung über weitere, über die Einlage hinausgehende, Finanzierungsleistungen es aus, das Investors-Agreement als mitgliedschaftliche Vereinbarung auszuwerten. Bei Vereinbarungen zwischen Aktionären über die Finanzierung der Gesellschaft können mithin keine Probleme im mitgliedschaftlichen Bereich auftreten, da insoweit keine mitgliedschaftlichen Vereinbarungen getroffen werden können (so wohl auch *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, S. 313). Solche Vereinbarungen können daher von vornherein nur schuldrechtlichen Charakter haben. Auch zeigt bereits der Umstand, dass die Aktionäre eine Vereinbarung außerhalb der Satzung bzw. des Kapitalerhöhungsbeschlusses getroffen haben, dass die Vereinbarung von den Aktionären als schuldrechtlich gedacht ist (zu dieser Indizwirkung bei Gesellschaftervereinbarungen unter GmbH-Gesellschaftern BGH DZWIR 1993, 245, [246]). Da insoweit keine Abgrenzungsprobleme bestehen, gibt es auch keine Grundlage für ein registergerichtliches Prüfungsrecht.

7. Die vorstehenden Anmerkungen richten sich gegen den vom BayObLG vorgenommenen Versuch, die rechtliche Lokalisierung als mitgliedschaftliches Aufgeld oder als freiwillige (sonstige) Zuzahlung davon abhängig zu machen, ob ein Anspruch der Gesellschaft begründet wird und daraus ein Prüfungsrecht des Registergerichts abzuleiten. Mitgliedschaftsrechtliche Verpflichtungen zur Leistung einer über dem Nennbetrag bzw. bei Stückaktien über dem rechnerischen Anteil am Grundkapital hinausgehenden Zuzahlung können vielmehr nur durch die Vereinbarung eines Aufgeldes im Kapitalerhöhungsbeschluss begründet werden.

Vereinbarungen in einem Investors-Agreement über die Finanzierung der Gesellschaft entfalten nur schuldrechtliche Bindungswirkung zwischen den Aktionären untereinander und/oder zwischen den Aktionären und der Gesellschaft. Eine Erstreckung korporativer Maßstäbe auf solche Vereinbarungen kommt daher ebensowenig in Betracht wie ein damit begründetes Prüfungsrecht des Registergerichts.

Rechtsanwalt und Attorney at Law (New York)
Dipl.-Kfm. Dr. Olaf Gerber LL.M. (New York University),
Frankfurt am Main/Würzburg

18. GmbHG § 4; HGB § 6, § 17 Abs. 1, § 18 Abs. 1 (*Unzulässigkeit der Firma A.A.A.A.A.*)

Einer Firma, die eingangs aus der mehrfachen Aneinanderreihung des ersten (Groß-)Buchstabens des Alphabets bestehen soll, fehlt es an der erforderlichen Kennzeichnungseignung; sie ist für den Geschäftsverkehr nicht hinreichend unterscheidungskräftig, deshalb als Name zur Individualisierung nicht geeignet und i.U. wegen des erkennbar verfolgten Zwecks der Erstnennung in sämtlichen Verzeichnissen rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 28.2.2002 – 20 W 531/01 –

Aus den Gründen:

(...)

Die Entscheidung des Landgerichts, wonach die geänderte Firma wegen Verstoßes gegen §§ 17, 18 HGB unzulässig ist und deshalb nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Zwar wurde durch das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) vom 22.6.1998 (BGBl. I, 1474) die Firmenbildungsmöglichkeit erweitert und insbesondere für die GmbH die Verpflichtung zur Wahl einer Personen- oder Sachfirma aufgehoben, so dass nunmehr auch eine Phantasiefirma oder entsprechende Mischformen zulässig sind. Nach dem nunmehr einheitlich für alle Einzelkaufleute und – über § 6 HGB – sämtliche Handelsgesellschaften geltenden § 18 Abs. 1 HGB muss die Firma, der gemäß § 17 Abs. 1 HGB Namensfunktion zukommt, zur Kennzeichnung der Gesellschaft geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. Durch diese Anforderungen soll erreicht werden, dass die Firma die Namensfunktion im geschäftlichen Verkehr erfüllen kann (vgl. *Schaefer*, Handelsrechtsreformgesetz, Erläuterungen zu § 18 HGB; MünchKomm/Bokelmann, HGB Ergänzungsband, § 18 Rdnr. 22; *Röhrich / von Westphalen*, HGB, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 10).

Für den vorliegenden Fall bedarf es keiner abschließenden Entscheidung der im Schrifttum umstrittenen Frage, ob nach der Neuregelung des HRefG die Wahl von Buchstabenfolgen in der Firma grundsätzlich in Anlehnung an die gesetzliche Neuregelung des Kennzeichnungsrechts in § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zulässig ist (so etwa *Canaris*, HGB, 23. Aufl., § 10 Rdnr. 15; *Röhrich/von Westphalen*, a.a.O., § 18 Rdnr. 12; *Lutter/Welp* ZIP 1999, 1078; *Schulenburg* NZG 2000, 1156/1157; *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 18 Rdnr. 28) oder dies nur für solche Buchstabenkombinationen gilt, die insbesondere aufgrund der Verwendung von Vokalen – als (Phantasie-)Wort aussprechbar sind oder aufgrund ihrer Bekanntheit bereits Verkehrsdurchsetzung besitzen (so etwa: MünchKomm/Bokelmann, a.a.O., § 18 Rdnr. 32; *Kögel* BB 1998, 1645 f.; *Müther* GmbHR 1998, 1058 f.; OLG Celle DB 1999, 40). Denn auch wenn man von der grundsätzlichen Zulässigkeit von im Wortsinne nicht aussprechbaren Buchstabenkombinationen ausgeht, wofür nach Auffassung des *Senates* die im heutigen Geschäftsverkehr übliche und weit verbreitete Verwendung von einprägsamen Buchstabenfolgen spricht (siehe hierzu *Lutter/Welp*, a.a.O., S. 1078; ebenso OLG Frankfurt am Main – 6. Zivilsenat für Unternehmenskennzeichen OLG-Report Frankfurt 1998, 381), erweist sich die hier gewählte Firma aus anderen Gründen als unzulässig.

Denn dieser Firma, die eingangs aus der sechsmaligen Aneinanderreihung des Großbuchstabens – jeweils getrennt durch einen Punkt – bestehen soll, fehlt es an der erforderlichen Kennzeichnungseignung. Eine solche einförmige Buchstabenfolge ist für den Geschäftsverkehr nämlich nicht hinreichend unterscheidungskräftig und deshalb als Name zur Individualisierung nicht geeignet (vgl. ebenso MünchKomm/Bokelmann, a.a.O., § 18 Rdnr. 25; *Canaris*, a.a.O., § 10 Rdnr. 16; *Lutter/Welp*, a.a.O., S. 1078; *Schulenburg*, a.a.O., S. 1158; OLG Celle DB 1999, 40). Eine derartige sinnlose Aneinanderreihung gleichförmiger Buchstaben ist weder einprägsam noch vernünftig aussprechbar und wird deshalb nach der Verkehrsauffassung nicht als ein zur Individualisierung einer Person oder Gesellschaft bestimmter Name verstanden.

Darüber hinaus verstößt diese Firma gegen den auch im Firmenrecht anwendbaren Grundsatz des Rechtsmissbrauchs. Denn eine derartige sinnlose Aneinanderreihung des ersten Buchstabens des Alphabetes wird ersichtlich gerade nicht zum Zwecke der Kennzeichnung und Individualisierung eines Unternehmens gewählt, sondern verfolgt lediglich den Zweck, in sämtlichen Verzeichnissen und Registern möglichst an erster Stelle aufgeführt zu werden (vgl. ebenso *Canaris*, § 10 Rdnr. 16; *Röhrich/von Westphalen*, a.a.O., § 18 Rdnr. 13). Damit stellt sie einen Missbrauch der durch das HRefG eingeführten namensrechtlichen Gestaltungsfreiheit dar, der zur Vermeidung einer Inflation solcher sinnlosen Buchstabenfolgen als Unternehmensbezeichnung durch Versagung der Eintragung im Handelsregister zu unterbinden ist.

19. GmbHG § 9, § 19; HGB § 110 (*Erbringung der Stammeinlage für Komplementär-GmbH durch Leistung an Gläubiger der KG*)

Die Einlösung eines Schecks auf ein Konto eines Gläubigers einer GmbH & Co. KG begründet keine Erfüllungswirkung in Bezug auf die Stammeinlage der Komplementär-GmbH.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Urteil vom 19.7.2001 – 18 U 75/01 – (rechtskräftig)

Aus den Gründen:

(...)

Die Beklagten zu 2) und 3) sind, auch wenn man von der Richtigkeit ihres Vortrages ausgeht, nicht von der gesellschaftsvertraglich eingegangenen Pflicht zur Zahlung der Einlage befreit worden. Die Übergabe des Schecks am 23.12.1997 an den zukünftigen Geschäftsführer der GmbH wäre selbst dann nicht zur Erfüllung der geschuldeten Stammeinlagen geeignet gewesen, wenn dies mit einer entsprechenden Tilgungsbestimmung erfolgt wäre. Die Einlösung des Schecks hat der GmbH keinen den Untergang ihres Stammeinlagenanspruchs rechtfertigenden Vermögensvorteil eingebracht.

Von der befreienden Einzahlung einer Bareinlage ist auszugehen, wenn die Vorgesellschaft durch ihren Geschäftsführer endgültig und frei über den Betrag verfügen kann (BGH, NJW 1991, 1294, 1295; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 19 Rdnr. 8). Die gesetzlichen Vorschriften, die sich mit der Kapitalaufbringung befassen, sollen gewährleis-

ten, dass die Eigenkapitalmittel, mit denen die Gesellschaft nach außen hin erkennbar ausgestattet worden ist und die die Haftungsgrundlage für die Gesellschaftsschulden darstellen, auch tatsächlich der GmbH zufließen. Dieser Grundsatz der realen Kapitalaufbringung gilt in derselben Weise, wenn der GmbH nur die Aufgabe zukommen soll, als persönlich haftende Gesellschafterin die Geschäfte einer Kommanditgesellschaft zu führen (BGH, ZIP 1986, 161 f.). Bei einer Bareinlage muss deshalb der entsprechende Geldbetrag der Gesellschaft grundsätzlich in Form von Zahlungsmitteln zufließen oder durch Gutschrift auf ein Konto gelangen, über das die GmbH verfügen kann (BGH, NJW 2001, 1647, 1649). Die Hingabe eines Schecks genügt (wegen seiner Wirkung erfüllungshalber) der Pflicht zur Bareinlage grundsätzlich erst, wenn der Gesellschaft der Scheckerrlös zufließt und dieser auf die Einlageforderung angerechnet wird (OLG Düsseldorf, MDR 1989, 70, *Scholz*, GmbHG, 9. Aufl., § 7 Rdnr. 30). Erfolgt aber – wie hier – die Einlösung des Schecks nicht auf ein Konto der GmbH, sondern im Gegenteil erst nach Weitergabe zugunsten eines Gläubigers der KG, scheidet aus diesem rechtlichen Gesichtspunkt eine Erfüllungswirkung aus.

Aus der Hingabe und der späteren Einlösung des Schecks ist der GmbH auch kein anderer, ausreichender Vermögensvorteil erwachsen. Zwar ist anerkannt, dass der Gesellschafter von der die Mindesteinlage (§§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG) übersteigenden Einlageschuld befreit wird, wenn er auf Veranlassung der GmbH einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt, dessen Forderung vollwertig, fällig und liquide ist (BGH, ZIP 1986, 161, 162; OLG Köln, ZIP 1989, 238, 239; OLG Hamburg, ZIP 1994, 949; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl., § 19 Rdnr. 28; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, a.a.O., § 19 Rdnr. 9; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 18) Im vorliegenden Fall diene der Scheck aber zur Erfüllung einer Kaufpreisforderung, die sich gegen die KG richtete. Die KG wurde auch dementsprechend auch Eigentümerin der erworbenen Einrichtungsgegenstände.

Zwar befreite die Scheckeinlösung durch den Gläubiger der KG im Ergebnis auch die Komplementär-GmbH von ihrer aus § 128 HGB resultierenden Haftung. Der damit erloschene Anspruch des Gläubigers ist aber nach Auffassung des *Senates* für die Fragestellung, ob das Stammkapital der Komplementär-GmbH real aufgebracht wurde, nicht als vollwertige Forderung gegen die spätere Insolvenzschuldnerin zu qualifizieren. Der persönlich haftende Gesellschafter ist nämlich keineswegs verpflichtet, erst zu zahlen, um dann die Gesellschaft nach § 110 HGB in Regress zu nehmen, sondern er kann schon vor einer drohenden Inanspruchnahme von der Gesellschaft Freistellung verlangen (LG Hagen, BB 1976, 763; *Baumbach/Hopt*, a.a.O., § 128 Rdnr. 27; *Schlegelberger/K. Schmidt*, HGB, 5. Aufl., § 128 Rdnr. 35; *Röhrich/v. Westphalen/v. Gerkan*, HGB, § 128 Rdnr. 9). Eine Befreiung von solchen Verbindlichkeiten, die die GmbH ggfs. auch mit Hilfe ihres Freistellungsanspruchs ohne eine Vermögenseinbuße erreicht hätte, begründet keinen Vermögensvorteil, der eine Gleichstellung mit einer tatsächlichen Zahlung der Einlage rechtfertigt.

Der Beklagte zu 1) haftet für den fortbestehenden Stammeinlagenanspruch in vollem Umfang. In Rechtsprechung und Schrifttum ist weitgehend anerkannt, dass ein Treugeber über die gesetzlich geregelten Fälle (§§ 9 a Abs. 4, 32 a Abs. 3 GmbHG) hinaus auch im Rahmen des § 19 GmbHG wie ein Gesellschafter zu behandeln und daher – neben diesem – zur Leistung der Stammeinlage verpflichtet ist (BGH, NJW 1992, 2023 ff., *Lutter/Hommelhoff*, a.a.O., § 14 Rdnr. 13; *Scholz*, a.a.O., § 2 Rdnr. 59). Ist der Beklagte zu 1) unstreitig Treu-

geber sowohl des Beklagten zu 2) wie des Beklagten zu 3), trifft ihn die Haftung insgesamt.

Die Zinsverpflichtung ergibt sich hinsichtlich der Mindesteinlage aus § 20 GmbHG, im Übrigen aus §§ 284, 288, 291 BGB.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. zur Befreiung von der Einlageschuld gegenüber der Komplementär-GmbH durch Zahlung an die KG bereits BGH, NJW 1986, S. 989 f.

Kostenrecht

20. BGB § 705, HGB § 105, § 161, KostO § 60, § 67, GBO § 22 (*Grundbuchkosten bei Umwandlung einer GbR in eine KG*)

Die Umwandlung einer GbR in eine KG ist auch bei gleichzeitigem Eintritt eines neuen persönlich haftenden Gesellschafters ein identitätswahrender Formwechsel (vgl. BGHZ 146, 341), der bei Eintragung in das Grundbuch kostenrechtlich als Richtigstellung zu behandeln ist und deshalb nur ein Viertel der vollen Gebühr auslöst.

BayObLG, Beschluss vom 7.5.2002 – 3Z BR 55/02 –

Zum Sachverhalt:

Für mehrere Grundstücke waren in der ersten Abteilung unter der laufenden Nummer 3 als Eigentümer A, B und C „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts“ eingetragen. Sie bewilligten und beantragten mit notarieller Urkunde vom 30.8.2000, als Eigentümer die Beteiligte, eine GmbH & Co KG, einzutragen. In diese habe die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) ihren Betrieb umgewandelt. An der Kommanditgesellschaft (KG) seien die X-GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin und sie, A, B und C, als Kommanditisten beteiligt. Die persönlich haftende Gesellschafterin werde durch B und C als Geschäftsführer vertreten. Am Gesellschaftsvermögen der KG sei sie nicht beteiligt. Das Gesamthandsvermögen sei bei dieser Umwandlung identisch geblieben, lediglich die Bezeichnung der Rechtsverhältnisse des Berechtigten sei unzutreffend geworden.

Daraufhin rötete der Rechtspfleger des Grundbuchamts am 18.10.2000 in der ersten Abteilung die Spalten 1 bis 4 der lfd. Nr. 3 und trug die Beteiligte unter lfd. Nr. 4 als Eigentümerin ein. In Spalte 4 vermerkte er als Grundlage der Eintragung „Berichtigungsbewilligung vom 30.8.2000“. Für diesen Vorgang erstellte das Grundbuchamt eine Kostenrechnung über 19.643 DM. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus einer vollen Gebühr für den Eigentumswechsel gemäß „§§ 60, 61 KostO“, der ein Geschäftswert von 10.000.000 DM entsprechend dem unstreitigen Verkehrswert der Grundstücke zugrunde gelegt wurde, und der Katasterfortführungsgebühr in Höhe von 30 % der erstgenannten Gebühr.

Die Beteiligte erhob gegen die Kostenrechnung Erinnerung. Sie machte geltend, es habe lediglich ein identitätswahrender Formwechsel stattgefunden. Dieser gebe Anlass zu einer bloßen Richtigstellung des Grundbuchs, die nicht unter § 60 KostO, sondern unter § 67 KostO falle, so dass nur eine Viertelgebühr geschuldet werde.

Die Erinnerung wurde vom Amtsgericht am 23.1.2001 zurückgewiesen. Das Landgericht hat am 28.1.2002 der Beschwerde der Beteiligten hiergegen stattgegeben und den Beschluss des Amtsgerichts dahin abgeändert, dass für die Grundbucheintragung lediglich Kosten in Höhe von 1.931,41 Euro anzusetzen sind.

Hiergegen wendet sich die Staatskasse mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde wurde vom Landgericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden

Frage zugelassen (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO). Sie ist auch im Übrigen zulässig.

Das Rechtsmittel des weiteren Beteiligten ist jedoch in der Sache nicht begründet. Dass das Landgericht dem Kostenansatz lediglich ein Viertel der vollen Gebühr zugrunde gelegt hat, ist aus Rechtsgründen (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO, § 546 ZPO n.F.) nicht zu beanstanden.

1. Ob für die Eintragung in der ersten Abteilung des Grundbuchs die volle Gebühr nach § 60 Abs. 1 KostO zu erheben war oder nur eine Viertelgebühr gemäß § 67 Abs. 1 KostO, hängt davon ab, ob ein neuer Eigentümer oder nur eine andere Bezeichnung des eingetragenen Eigentümers eingetragen worden ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des *Senats* bestimmt in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Art des tatsächlich vorgenommenen Geschäfts, welche Gebühr anfällt. Dabei ist für den Kostenansatz von der Rechtsauffassung des Richters oder Rechtspflegers auszugehen, der das die Gebühr auslösende Geschäft vorgenommen hat. Bei Grundbucheintragungen ist insoweit das äußere Erscheinungsbild der Eintragung maßgebend. Würde diese Rechtsauffassung allerdings zum Ansatz von Gebühren führen, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, so sind diese Gebühren nach § 16 KostO nicht zu erheben (BayObLGZ 1979, 176/181; BayObLG NJW-RR 1998, 1565 und 1566; KG Rpfleger 1989, 98).

Nach dem äußeren Erscheinungsbild der Eintragung vom 18.10.2000 handelt es sich um die Eintragung eines neuen Eigentümers. Dies ergibt sich aus der Rötung der Spalten 1 bis 4 des bisherigen Eintrags in der ersten Abteilung (§ 14, § 17 Abs. 2 Satz 3, § 17 a GBV) und dem Neueintrag unter der nächsten laufenden Nummer in Spalte 1 (vgl. *Demharter* GBO 24. Aufl. Anhang zu § 44 Rdnr. 1) unter Angabe der Grundlage der Eintragung in Spalte 4 (§ 9 Buchst. a und d GBV). Der bei letzterer verwendete Ausdruck „Berichtigungsbewilligung“ deutet zusätzlich auf eine Rechtsänderung hin, die sich außerhalb des Grundbuchs vollzogen hat.

3. Bei richtiger Sachbehandlung hätte lediglich eine andere Bezeichnung des bisherigen Eigentümers eingetragen werden müssen. Eine solche Richtigstellung tatsächlicher Angaben fällt unter § 67 Abs. 1 Satz 1 KostO. Nach dieser Vorschrift wird ein Viertel der vollen Gebühr erhoben. Die darüber hinausgehenden Gebühren nach § 60 Abs. 1 KostO und Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, Art. 3 des Gesetzes über Gebühren für die Fortführung des Liegenschaftskatasters (BayRS 2013-1-19-F) sind wegen unrichtiger Sachbehandlung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO nicht zu erheben.

a) Die Gebühr des § 60 Abs. 1 KostO wird für Eintragungen im Grundbuch erhoben, durch die eine Änderung des Eigentums ausgewiesen wird, gleichgültig ob es sich um eine rechtsbegründende Eintragung (vgl. § 873 Abs. 1 BGB) handelt oder eine berichtigende Eintragung wie bei einem Eigentumsübergang außerhalb des Grundbuchs (*Korintenberg/Lappe* KostO 14. Aufl. § 60 Rdnr. 1). Dabei muss es sich um die Eintragung eines im Grundbuch auszuweisenden Eigentumserwerbs handeln, also um eine Änderung in der Inhaberschaft des Eigentums am Grundstück, die im Grundbuch dokumentiert wird. Deshalb fällt eine Änderung der Bezeichnung des bisherigen Eigentümers nicht unter § 60 Abs. 1 KostO, sondern unter § 67 Abs. 1 Satz 1 KostO. Ist der Eigentümer eine Gesellschaft, liegt eine solche bloße Bezeichnungsänderung insbesondere auch bei der Eintragung eines Formwechsels vor, wenn bei diesem Rechtsvorgang der Rechtsträger derselbe geblieben ist, sich also die Inhaberschaft hinsichtlich des Eigentums am Grundstück nicht geändert hat

(identitätswahrender Formwechsel, vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 1997, 1129; *Korintenberg/Lappe* § 60 Rdnrn. 16 und 16a).

b) Ein identitätswahrender Formwechsel in diesem Sinne liegt jedenfalls bei einer Umwandlung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4, § 190 Abs. 1 UmwG vor (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG; vgl. OLG Oldenburg a.a.O.; *Korintenberg/Lappe*, § 60 Rdnr. 16). Ein solcher Vorgang ist hier nicht gegeben, zumal eine GbR, wie sie hier ursprünglich vorhanden war, nicht formwechselnder Rechtsträger im Sinne dieser Vorschrift sein kann (§ 191 Abs. 1 UmwG). Jedoch kann eine Personengesellschaft kraft Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft auch außerhalb des Umwandlungsgesetzes unter Wahrung der Identität ihre Form ändern (§ 1 Abs. 2, § 190 Abs. 2 UmwG). So verwandelt sich etwa eine GbR, ohne dass es eines konstituierenden Rechtsaktes bedarf, durch die Aufnahme eines Gewerbes mit kaufmännischem Geschäftsbetrieb in eine OHG (§ 105 Abs. 1, § 1 HGB; vgl. *Baumbach/Hopt* HGB 30. Aufl. Einl. vor § 105 Rdnr. 21; *Röhrich/von Westphalen/von Gerkan* HGB 2. Aufl. § 105 Rdnrn. 8 und 34; *Palandt/Sprau* BGB 61. Aufl. § 705 Rdnr. 6). Durch vertragliche Beteiligungsumwandlung der Gesellschafter und Eintragung im Handelsregister kann aus einer GbR eine KG werden (vgl. *Baumbach/Hopt* a.a.O. Rdnr. 20, § 162 Rdnr. 10; *Schlegelberger/Schmidt* HGB 5. Aufl. § 105 Rdnrn. 87 und 90). Auch eine OHG kann durch Umgestaltung der Haftung in eine KG umgewandelt werden und umgekehrt (*Röhrich/von Westphalen/von Gerkan* § 161 Rdnr. 11). Wird eine solche Veränderung im Grundbuch eingetragen, handelt es sich um einen Fall der Richtigstellung tatsächlicher Angaben, der nicht unter § 60 Abs. 1, sondern unter § 67 Abs. 1 Satz 1 KostO fällt (vgl. BayObLG JurBüro 1996, 265; NJW-RR 1998, 1565 und 1566; MittBayNot 2000, 133).

c) Ist an dem Vorgang eine GbR beteiligt, wurde bisher ein identitätswahrender Formwechsel in diesem Sinn im Grundsatz nur bejaht, wenn sich der Gesellschafterbestand nicht ändert. Deshalb wurde der Anfall einer vollen Gebühr angenommen, als die Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft unter Wegfall eines Gesellschafters als GbR eingetragen wurden (vgl. KG Rpfleger 19891, 98/99), ebenso als eine GbR nach Eintritt eines weiteren Gesellschafters und anschließender Umwandlung unmittelbar als OHG eingetragen wurde (OLG Düsseldorf VersR 1978, 45 – Volltext in juris).

d) Im vorliegenden Fall wurde im Zusammenhang mit dem Formwechsel eine bestehende GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin der KG aufgenommen, der Gesellschafterbestand also verändert. Gleichwohl kann nach Auffassung des *Senats* von der Eintragung eines (neuen) Eigentümers im Sinn des § 60 Abs. 1 KostO nicht gesprochen werden. Wie bei einem gesellschafterneutralen Formwechsel ist lediglich eine Viertelgebühr gemäß § 67 Abs. 1 Satz 1 KostO zu erheben.

aa) Bei einer Personenhandelsgesellschaft bleibt eine Veränderung im Gesellschafterbestand ohne Auswirkungen auf ihre Identität (vgl. auch BGHZ 44, 229/231), selbst wenn die Gesellschaft gleichzeitig ihre Form wechselt. Der *Senat* hat deshalb entschieden, dass keine Gebühr nach § 60 Abs. 1 KostO anfällt für die Eintragung einer KG, die aus einer OHG durch Formwechsel unter gleichzeitigem Eintritt einer GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin entstanden ist (BayObLG NJW-RR 1998, 1565). Dies ist in der Regelung der § 124 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB begründet, die den Handelsgesellschaften, ohne sie zur juristischen Person zu machen, weit gehende Rechtsfähigkeit zuspricht. Insbesondere können die Handelsgesellschaften danach Eigentum erwerben, also insoweit Rechtsträger sein. Eine Veränderung im

Gesellschafterbestand hat keinen Einfluss auf die Identität des Rechtsträgers, hier Eigentümers eines Grundstücks, da die insoweit verselbstständigte Gesellschaft der Rechtsträger ist; die Gesellschafter als solche sind dies hingegen nicht (*Baumbach/Hopt* § 124 Rdnr. 2; *Schlegelberger/Schmidt* § 124 Rdnr. 1).

bb) Der Bundesgerichtshof stellt neuerdings in Bezug auf die Rechtsfähigkeit die nach außen auftretende GbR den Handelsgesellschaften weitgehend gleich (vgl. BGHZ 146, 341; NJW 2002, 1207/1208). Danach kann eine solche GbR selbst Träger des Eigentums an Grundstücken sein (vgl. BGHZ 146, 343/347), ohne dass ein Wechsel im Gesellschafterbestand Einfluss auf den Fortbestand des der Gesellschaft als solcher zustehenden Eigentums hat (vgl. BGH a.a.O. S. 345). Der Bundesgerichtshof führt gerade in Bezug auf die vorliegende Fallgestaltung aus, dass diese Auffassung eher in der Lage ist, identitätswahrende Umwandlungen der GbR in andere Rechtsformen zu erklären, während sich nach der bisherigen Auffassung die Eigentumsverhältnisse an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen mit der Umwandlung zur OHG änderten (BGH a.a.O. S. 346). Der *Senat* schließt sich dem an.

Nach dieser Auffassung ist der Rechtsträger bei dem hier vorliegenden Formwechsel derselbe geblieben. Die Gesellschaft trat bereits vor dem Formwechsel unter dem Namen „X-GbR“ im allgemeinen Rechtsverkehr auf; ihr Unternehmensgegenstand war die Verpachtung des von der vorliegenden Eintragung betroffenen Betriebsgrundstücks. Sie war bereits in Form der GbR Rechtsträgerin im Hinblick auf das Eigentum an den Grundstücken und ist dies als KG geblieben. Der Eintritt der GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin der KG hat hieran nichts geändert. Der vorliegende Fall kann deshalb nicht anders behandelt werden als der durch den *Senat* bereits entschiedene Fall des Formwechsels einer OHG in eine KG unter Eintritt eines neuen persönlich haftenden Gesellschafters (vgl. BayObLG NJW-RR 1998, 1565). In beiden Fallgestaltungen bleibt der Rechtsträger derselbe. Die Eintragung der KG ist jeweils bloße Richtigstellung.

21. KostO § 146 (*Gebühr für Einholung der Abgeschlossenheitsbescheinigung*)

Holt der Notar im Auftrag der Beteiligten im Vorfeld der Beurkundung einer Teilungserklärung nach § 8 WEG die nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG zum grundbuchamtlichen Vollzug erforderliche Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 3 Abs. 2 WEG ein, liegt eine nach § 146 Abs. 1 KostO gebührenpflichtige Vollzugstätigkeit vor.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.2.2002 – 3 W 17/02 –

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 1) beurkundete am 4.3.1998 eine Teilungserklärung gemäß § 8 WEG, mit der die Eigentümer, die Beteiligten zu 3), ein ihnen gehörendes Hausgrundstück in zwei Eigentumswohnungen aufteilen. Zuvor hatte der Beteiligte zu 1) antragsgemäß aus ihm überlassenen alten Bauplänen die Aufteilungspläne kopiert und zusammengestellt und diese mit Schreiben vom 16.2.1998 der zuständigen Baubehörde zur Siegelung bzw. Stempelung und zur Bescheinigung der Abgeschlossenheit im Sinne von § 3 Abs. 2 WEG vorgelegt. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung ist sodann am 26.2.1998 erteilt worden.

Nach Vollzug der Teilungserklärung sind die beiden Eigentumswohnungen an die Beteiligten zu 4) und 5) verkauft worden, die im

Zusammenhang damit auch die Verpflichtung zur Tragung der Kosten der Aufteilung in Wohnungseigentum übernommen haben. Mit seiner Kostenrechnung vom 1.4.1998 hat der Beteiligte zu 1) für die Teilungserklärung gemäß § 8 WEG außer der Beurkundungsgebühr sowie Schreib- und Portoauslagen auch eine Vollzugsgebühr gemäß § 146 Abs. 1 KostO angesetzt. Die Rechnung wurde am 9.4.1998 beglichen.

Nach Beanstandung des Prüfungsbeauftragten hat der Notar seine Kostenrechnung nicht abgeändert, sondern auf Anweisung der Aufsichtsbehörde die Entscheidung des Landgerichts herbeigeführt. Das Landgericht hat die Kostenrechnung bestätigt und die weitere Beschwerde zugelassen.

Hiergegen richtet sich die wiederum auf Weisung eingelegte Rechtsbeschwerde des Notars. Er ist der Ansicht, die von ihm erstellte Kostenrechnung sei aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde des Notars ist statthaft, da sie das Landgericht zugelassen hat (§ 156 Abs. 2 S. 2 KostO). Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt (§ 156 Abs. 6 S. 1 und Abs. 2 KostO). Ob die Zulässigkeit der Weisungsbeschwerde des Notars gemäß § 156 Abs. 6 (Abs. 5 vor der Neufassung durch Art. 33 Nr. 3 ZPO-RG vom 27.7.2001) KostO eine Beschwer der ihm vorgesetzten und ihn anweisenden Dienstbehörde erfordert (so *Senat* JurBüro 1988, 1044; a.A. Bay-ObLG MittBayNot 1994, 169, 170 m.w.N.), bedarf hier keiner Entscheidung. Zwar hat der Präsident des Landgerichts in seiner Stellungnahme ausgeführt, dass die Ansicht des Notars eher zutreffend erscheine. Gleichwohl ist er in der Sache der abweichenden Auffassung des Prüfungsbeauftragten gefolgt und hat den Beteiligten zu 1) im Hinblick auf dessen danach unrichtige Kostenberechnung die Weisung zur Anrufung des Landgerichts erteilt. Aus der Bestätigung der Kostenberechnung durch das Landgericht folgt mithin eine Beschwer der vorgesetzten Dienstbehörde.

2. In der Sache bleibt das Rechtsmittel jedoch ohne Erfolg, denn die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 156 Abs. 6 S. 1, Abs. 2 S. 3 KostO). Die antragsgemäße Einholung der Abgeschlossenheitsbescheinigung durch den Notar rechtfertigt den Ansatz der Vollzugsgebühr gemäß § 146 Abs. 1 KostO.

a. Geht es – wie hier – um die Begründung von Wohnungs- bzw. Teileigentum, ist grundsätzlich anerkannt, dass für namens eines Beteiligten auftragsgemäß ausgeübte Tätigkeiten des Notars im Zusammenhang mit der Einholung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung die Vollzugsgebühr gemäß § 146 Abs. 1 S. 1 KostO entsteht (vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Rapp 2. Aufl. A III Rdnr. 16; *Göttlich/Mümmeler*, KostO 14. Aufl. Stichwort „Wohnungseigentum“ Anm. A 1.4 sowie „Vollzugsgebühr“ Anm. A 1.6.2; Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Aufl. Rdnrn. 1554, 1467 und 1067; *Waldner*, Die Kostenordnung für Anfänger 2. Aufl. Rdnr. 148). Etwas anderes soll nach Ansicht des im Bezirk des Oberlandesgerichts Koblenz tätigen Prüfungsbeauftragten dann gelten, wenn die Abgeschlossenheitsbescheinigung bereits vor der Beurkundung eingeholt worden ist; nach seiner Ansicht setzt der die Gebühr auslösende Vollzug einer Urkunde deren Existenz voraus. Dem ist das Landgericht Koblenz (Beschluss vom 29.6.2000 – 2 T 116/00) gefolgt.

b. Der zuletzt genannten Einschränkung vermag der *Senat* – ebenso wie das Landgericht – indes nicht beizutreten.

aa) Die Kammer weist in der angefochtenen Entscheidung zunächst zu Recht darauf hin, dass gemäß § 7 Abs 4 WEG zum Vollzug der Begründung von Wohnungseigentum u. a. die Abgeschlossenheitsbescheinigung der zuständigen Bau-

behörde erforderlich ist. Wird eine solche auftragsgemäß vom Notar beschafft, übt er keine Tätigkeit aus, die schon aufgrund der Beurkundung zu seinen Pflichtenkreisen gehört. In Abgrenzung zur eigentlichen Beurkundungstätigkeit bei Begründung von Wohnungseigentum kann daher nach dem Grundgedanken des § 146 Abs. S. 1 KostO eine Vollzugsgebühr beansprucht werden (vgl. dazu *Senat* DNotZ 1993, 765).

bb) Eine weiter gehende Differenzierung danach, ob die zur Einholung der Abgeschlossenheitsbescheinigung vorgenommenen Leistungen vor oder nach der Beurkundung erbracht wurden, ist unter keinem Gesichtspunkt gerechtfertigt. Gründe, die für eine unterschiedliche gebührenrechtliche Bewertung sprechen könnten, sind nicht erkennbar. Mit der Änderung des § 146 Abs. 1 KostO durch das Gesetz zur Änderung von Kostengesetzen vom 9.12.1986 (BGBl. I S. 2326) sollte der Anwendungsbereich der Vorschrift auf die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum auch für den Fall der einseitigen Teilungserklärung erweitert werden, weil die damit verbundenen Vollzugsgeschäfte des Notars in vielen Fällen denen der Veräußerung vergleichbar seien (vgl. amtliche Begründung BT-Drucks. 10/5113 S. 33). Zu den Vollzugsgeschäften gehört gerade auch die Beschaffung der Abgeschlossenheitsbescheinigung (vgl. Prüfungsabteilung der Notarkasse, MittBayNot 1987, 1, 6; *Göttlich/Mümmeler* a.a.O.). Insofern sind weder der Neufassung des Gebührentatbestandes noch den Gesetzesmaterialien irgendwelche Einschränkungen in zeitlicher Hinsicht zu entnehmen. Dafür, dass der Zeitpunkt der Beurkundung eine Zäsur darstellen soll, lässt sich auch dem Wortlaut der Vorschrift nichts entnehmen. Denn danach kommt es für das Entstehen der Vollzugsgebühr, wie das Landgericht zu Recht hervorgehoben hat, auf eine Tätigkeit zum Zwecke des Vollzugs des Geschäfts (hier der Begründung von Wohnungseigentum), nicht hingegen zum Zwecke des Vollzugs der Urkunde an. Geht es demzufolge ganz allgemein um den Vollzug der Begründung von Wohnungs- bzw. Teileigentum, kann es für das Entstehen der Gebühr keinen Unterschied machen, ob die Tätigkeit vor der Beurkundung – was mit Blick auf mögliche Schwierigkeiten bei der Frage der Abgeschlossenheit sogar zu empfehlen sein wird – oder erst im Anschluss hieran ausgeführt wird. Entscheidend ist allein, dass ein enger und unauflösbarer Zusammenhang zu der erst nachfolgenden Beurkundung besteht (vgl. zur Verwahrung von Lösungsunterlagen OLG Düsseldorf JurBüro 1994, 168 m. Anm. v. *Mümmeler* sowie allgemein *Korintenberg/Bengel*, Kostenordnung 14. Aufl. § 146 Rdnr. 14 a.E.).

cc) Auch der Hinweis des Prüfungsbeauftragten auf die Kommentierung von *Waldner* (a.a.O.) rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Wenn dieser beispielhaft den Fall anführt, dass bei Beurkundung die Abgeschlossenheitsbescheinigung noch nicht vorliegt, sind Fälle der vorherigen Beschaffung keineswegs ausgeschlossen.

(...)

22. KostO §§ 35, 67, BGB §§ 879, 881 (*Ausnutzung eines Rangvorbehalts gebührenfrei*)

Die Eintragung der (teilweisen) Ausnutzung eines Rangvorbehalts gemäß § 879 BGB ist ein nach § 35 KostO gebührenfreies Nebengeschäft zu der Eintragung des vorbehaltenen Rechts (Anschluss an OLG Köln JMBL.NW 1968, 60).

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14.2.2002 – 3 W 29/02 –

23. KostO §§ 27 Abs. 3, 36 Abs. 2, 44, 47; AktG § 30; GmbHG § 6 Abs. 3 (*Gebühr für die Bestellung des ersten Aufsichtsrats*)

Beurkundet der Notar anlässlich der Gründung einer Aktiengesellschaft in derselben Urkunde zugleich den Beschluss der Gründer über die Bestellung des ersten Aufsichtsrats, so erwächst ihm außer der Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO zusätzlich eine gesonderte Gebühr gemäß § 47 KostO.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.5.2002 – 3 W 83/02 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 1) beurkundete am 16.6.2000 die Gründung einer Aktiengesellschaft. In Ziffer IV. der notariellen Urkunde bestellten die Gründer den ersten Aufsichtsrat. Mit seiner Kostenrechnung vom 20.6.2000 hat der Beteiligte zu 1) außer der Gebühr für die Gründung der Gesellschaft sowie Schreib- und Postauslagen auch eine Gebühr gemäß § 47 KostO für die Bestellung des Aufsichtsrats angesetzt.

Nach Beanstandung des Prüfungsbeauftragten hat der Notar seine Kostenrechnung nicht abgeändert, sondern auf Anweisung des Beteiligten zu 2) als Aufsichtsbehörde die Entscheidung des Landgerichts herbeigeführt. Das Landgericht hat die Kostenrechnung bestätigt und die weitere Beschwerde zugelassen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts richtet sich die wiederum auf Weisung eingelegte Rechtsbeschwerde des Notars. Er ist der Ansicht, die von ihm erstellte Kostenrechnung sei aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde des Notars ist statthaft, da sie das Landgericht zugelassen hat (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO). Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt (§ 156 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 KostO). Ob die Zulässigkeit der Weisungsbeschwerde des Notars gemäß § 156 Abs. 6 (Abs. 5 vor der Neufassung durch Art. 33 Nr. 3 ZPO-RG vom 27.7.2001) KostO eine Beschwer der ihm vorgesetzten oder ihm anweisenden Dienstbehörde erfordert (so *Senat* JurBüro 1988, 1054; a. A. BayObLG MittBayNot 1994, 169, 170 m.w.N.) bedarf hier keiner Entscheidung. Denn der Präsident des Landgerichts ist der abweichenden Auffassung des Prüfungsbeauftragten gefolgt und hat dem Beteiligten zu 1) im Hinblick auf dessen danach unrichtige Kostenberechnung die Weisung zur Anrufung des Landgerichts erteilt. Aus der Bestätigung der Kostenberechnung durch das Landgericht folgt mithin eine Beschwer der vorgesetzten Dienstbehörde.

2. In der Sache bleibt das Rechtsmittel jedoch ohne Erfolg, denn die Entscheidung, soweit sie mit der Rechtsbeschwerde angefochten ist, beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 6 Satz 1, Abs. 2 Satz 3 KostO). Die Mitbeurkundung der Bestellung des ersten Aufsichtsrats durch den Notar rechtfertigt auch nach Auffassung des *Senats* den Ansatz der Gebühr gemäß § 47 Satz 1 1. Halbs. KostO.

a) Soweit sich die Vorinstanz mit dem der Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO für die Gründung der Aktiengesellschaft zu Grunde gelegten Geschäftswert befasst und auch insoweit die weitere Beschwerde zugelassen hat, bedarf es keiner Entscheidung des *Senats* als Rechtsbeschwerdegericht. Wie die Kammer bereits zur Erstbeschwerde zutreffend ausgeführt hat, unterliegen nur die in der Anweisungsverfügung beanstandeten Punkte der Nachprüfung des Gerichts. Das gilt auch im Rechtsbeschwerdeverfahren (vgl. BayObLG FGPrax 1997, 197, 198). Hier hat der Beteiligte zu 1) unter Hinweis auf die ihm erteilte Anweisung die Rechtsbeschwerde nur hinsichtlich der gesonderten Berechnung einer Gebühr für die Bestel-

lung des ersten Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft eingelegt.

b) Zur Berechnung einer Gebühr für die Bestellung des ersten Aufsichtsrats bei Gründung einer Aktiengesellschaft hat das Landgericht in Abgrenzung zur Gründung einer GmbH mit gleichzeitiger Bestellung eines Geschäftsführers ausgeführt, dass durch den die Wahl des ersten Aufsichtsrats betreffenden Beschluss eine gesonderte Gebühr nach § 47 KostO ausgelöst werde. § 44 KostO greife insoweit auch nicht über die Verweisung in § 27 Abs. 3 Satz 1 KostO ein, weil diese Vorschrift nicht zur Anwendung komme, wenn zu einem Beschluss eine rechtsgeschäftliche Erklärung hinzutrete. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

aa) Im Ansatzpunkt geht das Landgericht zutreffend davon aus, dass §§ 27 Abs. 3 Satz 1, 44 KostO nicht eingreifen. Im Unterschied zur GmbH, bei der nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbH die Geschäftsführer entweder im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafterversammlung berufen werden (vgl. *Senat* MittBayNot 1977, 257), geschieht die Bestellung des ersten Aufsichtsrats bei Gründung der Aktiengesellschaft allein durch Beschluss der Gründer (vgl. etwa MünchKommAktG/Pentz, § 30 Rdnr. 10; *Röhrich* in Großkomm. AktG § 30 Rdnr. 4). Bei einem Zusammentreffen mit rechtsgeschäftlichen Erklärungen – wie hier die Gründung der Aktiengesellschaft – ist § 44 KostO nicht anwendbar; dann liegen nämlich nicht mehrere Beschlüsse in derselben Verhandlung vor, die Verweisung gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 KostO ist also nicht einschlägig (vgl. *Korintenberg/Reimann*, KostO 14. Aufl. § 27 Rdnr. 10 und § 44 Rdnr. 6; *Göttlich/Mümmeler*, KostO 14. Aufl. Stichwort „Beschlüsse von Gesellschaftsorganen“ Anm. 3 m.w.N.).

bb) Wird in einem Gesellschaftsvertrag – wie hier – ein Beschluss der Gründerversammlung (hier: Wahl des ersten Aufsichtsrats) mitbeurkundet, entsteht daher nach ganz überwiegender Ansicht für die Beschlussfassung eine gesonderte Gebühr gemäß § 47 KostO (vgl. *Göttlich/Mümmeler* a.a.O. Stichwort: „Aktiengesellschaft“ Anm. 1.4 und „Beschlüsse von Gesellschaftsorganen“ Anm. 3; *Korintenberg/Reimann* a.a.O. § 27 Rdnr. 99 f.; *Rohs/Wedewer*, KostO 3. Aufl. § 27 Rdnr. 44; Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Aufl. Rdnr. 709; Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl. D III Rdnr. 16). Nach anderer Auffassung, die der im Bezirk des Oberlandesgerichts Koblenz tätige Prüfungsbeauftragte teilt, wird in diesem Fall keine gesonderte Gebühr nach § 47 KostO ausgelöst (vgl. *Waldner*, Die Kostenordnung für Anfänger, 5. Aufl. Rdnr. 284; *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit 21. Aufl. § 148 Rdnr. 6). Nach dieser Meinung soll es an einem bereits errichteten Beschlussorgan fehlen, so dass die Bestellung lediglich Teil des Gründungsvertrages sei.

cc) Der zuletzt genannten Auffassung vermag der *Senat* – ebenso wie das Landgericht – indes nicht beizutreten.

(1) Die Kammer weist in der angefochtenen Entscheidung zunächst zutreffend auf den Unterschied zur Gründung einer GmbH hin. Wenn dort der Anfall einer gesonderten Gebühr für die Bestellung des Geschäftsführers verneint wird, hat dies seinen Grund darin, dass – wie bereits dargelegt – § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbH die Bestellung der Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorsieht (vgl. *Senat* MittBayNot 1977, 257; *Korintenberg/Reimann* a.a.O. § 27 Rdnr. 100; Streifzug a.a.O. Rdnr. 705). Für die Bestellung des ersten Aufsichtsrats fehlt es an einer entsprechenden Regelung in § 30 AktG.

(2) Erfolgt hingegen bei Gründung einer GmbH die Bestellung des Geschäftsführers durch Beschluss, so erwächst dem

beurkundenden Notar neben der Gebühr des § 36 Abs. 2 KostO zusätzlich die Gebühr nach § 47 KostO (vgl. *Senat MittBayNot 1988, 141; Korintenberg/Reimann a.a.O. § 27 Rdnr. 100; Streifzug a.a.O. Rdnr. 706 jew. m.w.N.*). Diese Verfahrensweise stellt grundsätzlich keine unrichtige Sachbehandlung dar. Seine frühere gegenteilige Auffassung (*MittBayNot 1977, 257*) hat der *Senat* mit Beschluss vom 28.3.1988 (*MittBayNot 1988, 141*) aufgegeben.

(3) Gründe, die eine unterschiedliche gebührenrechtliche Behandlung der Beschlüsse bei Beurkundung der Gesellschaften rechtfertigen könnten, sind nicht erkennbar. Insbesondere fehlt es auch bei Gründung einer Aktiengesellschaft nicht an einem den Beschluss fassenden Organ; vielmehr tritt an die Stelle der Gesellschafterversammlung bei der GmbH im Aktienrecht die Gründerversammlung als Organ der Vor-gesellschaft (vgl. zur GmbH *Senat MittBayNot 1977, 257; zur Vorgesellschaft der AG BGH NJW 1992, 1824; Hüffer, AktG 4. Aufl. 9 41 Rdnr. 6 f.; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG 2. Aufl. § 30 Rdnr. 8; Streifzug a.a.O. Rdnr. 709*). Dabei kommt es nicht darauf an, dass mit der Gründung die Vor-Aktiengesellschaft erst entsteht und die Bestellung des ersten Aufsichtsrats in derselben Urkunde geschieht (vgl. *Korintenberg/Reimann a.a.O. § 27 Rdnr. 99 f.; Göttlich/Mümmeler a.a.O. Stichwort: „Aktiengesellschaft“ Anm. 1.4*). In diesen Fällen wird nämlich nicht nur die Gesellschaft errichtet, sondern die Gründerversammlung wird auch als Organ der entstehenden Vorgesellschaft tätig. Für eine unterschiedliche gebührenrechtliche Behandlung gegenüber den Fällen zeitlich nacheinander vorgenommener Beurkundungen gibt es keinen Grund. Im Gegenteil erscheint es zweckmäßig, die zwingende Bestellung des ersten Aufsichtsrats zusammen mit der Gründung zu beurkunden (vgl. *Röhrich a.a.O. § 30 Rdnr. 3*).

(...)

24. § 19 Abs. 4 KostO (*Geschäftswert bei Übertragung eines landwirtschaftlichen Betriebes*)

Von der zur Privilegierung nach § 19 Abs. 4 KostO führenden hinreichenden Leistungsfähigkeit eines landwirtschaftlichen Betriebes ist zumindest dann auszugehen, wenn nach den für die Alterssicherung der Landwirte geltenden Bewertungsgrundsätzen die erforderliche Mindestgröße für die Beitragspflicht überschritten wird, also die Voraussetzungen des § 1 Absätze 2 und 5 des Gesetzes über die Alterssicherung von Landwirten vorliegen.

OLG Hamm, Beschluss vom 10.5.2001 – 15 W 23/00 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 1), ein Landwirt, und seine Stiefmutter schlossen am 25.11.1998 einen Vertrag, wonach dem Beschwerdeführer im Wege der vorweggenommenen Erbfolge mehrere Grundstücke mit einer Gesamtgröße von 9,59,64 ha übertragen wurden. Dabei handelte es sich im Wesentlichen um Ackerland und Grünflächen, zu einem geringen Teil auch um Freiflächen, zudem um Wege-, Hof- und Gebäudeflächen. Dieser Vertrag wurde von dem Beteiligten zu 2) notariell beurkundet.

In § 7 des Vertrages bezifferten die Vertragsparteien den Wert des übertragenen Grundbesitzes mit 480.000,00 DM. Diesen Wert legte der Beschwerdegegner für die aus § 36 Abs. 2 und § 146 Abs 1 KostO zu erhebenden Gebühren zu Grunde und stellte dem Beschwerdeführer insgesamt 2.520,68 DM in Rechnung.

Gegen diese Kostenrechnung hat der Beteiligte zu 1) Beschwerde erhoben. Zur Begründung hat er vorgetragen, dass der Beteiligte zu

2) gemäß § 19 Abs. 4 KostO als Geschäftswert nur das Vierfache des letzten Einheitswertes zugrunde legen dürfe. Der landwirtschaftliche Betrieb sei, insbesondere aufgrund der Zupachtung von ca. 20,5 ha, als leistungsfähiger Betrieb anzusehen, zumal sich ein angemessener Rohertrag erzielen lasse und die Fläche eine ausreichende Mindestgröße aufweise.

Der Beteiligte zu 1) ist der Beschwerde entgegengetreten und hat geltend gemacht, dass allein das im Vertrag vom 25.11.1998 übertragene Anwesen nicht ausreiche, um die Existenzgrundlage des Beschwerdeführers zu sichern. Das folge auch daraus, dass dieser vom elterlichen Hof aus ein landwirtschaftliches Lohnunternehmen betreibe. Es sei daher evident, dass der Beschwerdeführer nur durch die Zupachtung und den intensiven Betrieb des Lohnunternehmens seine wirtschaftliche und familiäre Existenz sichern könne. § 19 Abs. 4 KostO sei zudem nur anwendbar, wenn der so genannte Wirtschaftswert des landwirtschaftlichen Anwesens mehr als 10.000,00 DM betrage. Der Wirtschaftswert des Betriebes belaufe sich allerdings lediglich auf 7.715,00 DM.

Das Landgericht hat die Kostenberechnung des Beteiligten zu 2) aufgehoben, da der Geschäftswert für die Gebührenberechnung gemäß § 19 Abs. 4 KostO zu bilden sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2).

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nach § 156 Abs. 2 S. 2 KostO infolge Zulassung durch das Landgericht statthaft sowie fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 2) folgt daraus, dass das Landgericht seine Kostenberechnung aufgehoben hat.

In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO).

Das Landgericht hat zu Recht festgestellt, dass der Geschäftswert für die Gebührenberechnung nach § 19 Abs. 4 KostO zu bemessen ist. Danach ist die Bewertung mit dem Vierfachen des letzten Einheitswertes unter anderem dann vorgeschrieben, wenn ein landwirtschaftlicher Betrieb mit Hofstelle übertragen wird. Diese Vorschrift ist verfassungsgemäß (vgl. BVerfG, NJW 1996, 1463). Ihre Voraussetzungen liegen vor.

Es besteht kein Zweifel, dass der übertragene Grundbesitz nach dem äußeren Erscheinungsbild einem landwirtschaftlichen Betrieb mit Hofstelle entspricht. Allerdings ist – wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat – zu beachten, dass die Wertprivilegierung des § 19 Abs. 4 KostO der Erhaltung *leistungsfähiger Höfe* in bäuerlichen Familien dienen soll (vgl. BVerfG, a.a.O.). Daraus folgt nach zutreffender Auffassung indessen nicht, dass die Vorschrift nicht eingreift, wenn der Betrieb nur nebenberuflich geführt wird (vgl. BayObLG, NJWE-FER 1997, 139; *Korintenberg/Bengel*, Kostenordnung, 14. Aufl., § 19 Rdnr. 75; *Rohs/Wedewer*, Kostenordnung, 3. Aufl., Stand Dezember 2000, § 19 Rdnr. 55 d, Landgericht Bad Kreuznach, JurBüro 1996, 484, bestätigt durch OLG Zweibrücken, MittBayNot 1996, 401, 402). Demnach kann die weitere Beschwerde nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, dass das Landgericht unzutreffend von einer Bewirtschaftung zum Haupterwerb ausgehe. Entscheidend ist vielmehr, ob es sich um einen landwirtschaftlichen Betrieb handelt, der den Unterhalt einer bäuerlichen Familie ganz oder teilweise sichern kann (vgl. BayObLG, NJWE-FER 1997, 139; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1996, 401, 402; *Mümmeler*, JurBüro 1996, 485). Die Annahme des Landgerichts, dass von einer hinreichenden Leistungsfähigkeit des landwirtschaftlichen Betriebes zumindest dann auszugehen ist, wenn nach den für die Alterssicherung der Landwirte geltenden Bewertungsgrundsätzen die erforderliche Mindestgröße für die Bei-

tragspflicht überschritten wird, also die Voraussetzungen des § 1 Absätze 2 und 5 des Gesetzes über die Alterssicherung von Landwirten vorliegen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. OLG Zweibrücken, MittBayNot 1996, 401, 402). Dafür spricht insbesondere, dass es sich um einen sachgerechten und einfach zu handhabenden Anknüpfungspunkt handelt. Zudem hat der Gesetzgeber in einer Reihe von Vorschriften zum Ausdruck gebracht, dass er ab einer bestimmten *Mindestgröße* einen landwirtschaftlichen Betrieb für förderungswürdig hält (Einzelheiten bei LG Bad Kreuznach, Jur-Büro 1996, 485 sowie OLG Zweibrücken, MittBayNot 1996, 401, 402), so dass die Würdigung des Landgerichts auch unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung zutreffend ist. Ob für die Anwendbarkeit des § 19 Abs. 4 KostO auch eine Obergrenze der Betriebsgröße gilt, bedarf keiner Entscheidung, weil auch unter Berücksichtigung der angepachteten Flächen eine solche Größenordnung hier ersichtlich nicht erreicht wird (vgl. dazu *Korintenberg/Bengel*, a.a.O., § 19 Rdnr. 75 m.w.N.). Da die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts zur Bejahung der Voraussetzungen der Beitragspflicht zur Alterssicherung der Landwirte hinsichtlich des übertragenen Grundbesitzes von Rechts wegen ebenfalls nicht zu beanstanden sind, ist die Beschwerde nach alledem zurückzuweisen.

(...)

Steuerrecht

25. ErbStG 1974 § 14 (*Berücksichtigung von Vorerwerben bei Ermittlung der Schenkungssteuer*)

- Vorerwerbe außerhalb des für den letzten (nunmehr zu beurteilenden) Erwerb maßgeblichen Zehnjahreszeitraums dürfen bei dessen Besteuerung die Progressionshöhe nicht beeinflussen. Hat bei der Besteuerung des Mittelglieds einer Folge von Schenkungen, die sich über mehr als zehn Jahre hinzieht, die Zusammenrechnung mit einem Vorerwerb einen Progressionsprung bewirkt, so führt die Nichtberücksichtigung dieses Progressionsprungs bei der Besteuerung des ersten Erwerbs, der mit dem Vorerwerb aus dem vorangegangenen Zehnjahreszeitraum nicht mehr zusammensetzen ist, wohl aber noch mit dem Mittelglied der Schenkungsfolge, zu einer Überprogression, die zu korrigieren ist (Bestätigung von BFH-Urteil vom 17.11.1977 II R 56/68, BFHE 124, 216, BStBl II 1978, 220).**
- Die Korrektur der Überprogression ist nicht auf die Höhe des auf die jeweils letzte Zuwendung anzuwendenden Steuersatzes beschränkt (Abweichung von BFH-Urteil in BFHE 124, 216, BStBl 1978, 220).**
- Die Korrektur der Überprogression hat bei der Besteuerung des ersten Erwerbs stattzufinden, der mit den Vorerwerben aus dem vorangegangenen Zehnjahreszeitraum nicht mehr zusammensetzen ist. Die Festsetzung einer negativen Steuer ist ausgeschlossen. Ein dadurch nicht voll ausgeschöpfter Korrekturbetrag kann bei einem ggf. nachfolgenden Erwerb berücksichtigt werden.**

BFH, Urteil vom 30.1.2002 – II R 78/99 –

Zum Sachverhalt:

1994 wendete der Vater des Klägers und Revisionsbeklagten (Kläger) diesem eine freigebige Zuwendung mit einem Steuerwert in Höhe

von 472.789 DM zu. Davor hatte der Kläger von seinem Vater bereits folgende freigebige Zuwendungen erhalten:

1. 1982 (Vorschenkung I)	650.227 DM
2. 1990 (Vorschenkung II)	2.851.357 DM
3. 1993 (Vorschenkung III)	150.570 DM

Durch Bescheid vom 25.1.1995 setzte der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) für die Schenkung vom 10.2.1994 Schenkungsteuer in Höhe von 89.564 DM gegen den Kläger fest und berechnete diese wie folgt:

Erwerb	472.789 DM
+ Vorschenkungen II und III	3.001.927 DM
Summe	3.474.716 DM
./ Freibetrag	90.000 DM
steuerpflichtiger Erwerb	3.384.700 DM
Schenkungssteuer 13 v.H.	440.011 DM
./ Anrechnungsbetrag für Vorschenkungen 3.001.900 DM (gerundet) ./	
90.000 DM x 12 v.H.	349.428 DM
./ ausländische Schenkungssteuer	1.019 DM
Schenkungssteuer	89.564 DM

Der Einspruch des Klägers blieb erfolglos.

Mit der dagegen gerichteten Klage begehrte der Kläger die Herabsetzung der Schenkungssteuer auf 48.741 DM. Der Kläger berief sich auf das Urteil des BFH vom 17.11.1977 – II R 56/68 (BFHE 124, 216, BStBl II 1978, 220). Danach seien bei der Berechnung des Anrechnungsbetrags nach § 14 des Erbschaftsteuergesetzes in der für den Streitfall maßgeblichen Fassung (ErbStG) auch diejenigen Vorschenkungen zu berücksichtigen, die zwar außerhalb des Zehnjahreszeitraums erfolgt seien, jedoch innerhalb eines Zehnjahreszeitraums von Vorschenkungen lägen, die im maßgeblichen zu beurteilenden Zehnjahreszeitraum zu erfassen seien.

Das Finanzgericht (FG) hat mit seiner in EFG 2000, 277 veröffentlichten Entscheidung der Klage teilweise stattgegeben und die Steuer unter Abänderung des Schenkungssteuerbescheids vom 25.1.1995 sowie der Einspruchsentscheidung auf 68.323 DM festgesetzt. Durch die über zehn Jahre hinausreichende Schenkungskette ergebe sich im Streitfall eine Überprogression. Diese bedürfe nach den vom BFH in BFHE 124, 216, BStBl II 1978, 220 entwickelten Grundsätzen der Korrektur. Ohne diese Korrektur wären die vom Vater des Klägers diesem gemachten Schenkungen insgesamt wie folgt zu besteuern:

	1982 DM	1990 DM	1991 DM	1994 DM
1. Steuer für den Gesamterwerb				
Zuwendungen + Vorschenkungen 10 Jahre	650.227	2.851.357	150.570	472.789
Gesamterwerb	650.227	3.501.584	3.001.927	3.474.716
Freibetrag	90.000	90.000	90.000	90.000
steuerpflichtiger Erwerb (abgerundet)	560.200	3.411.500	2.911.900	3.384.700
Steuersatz (v.H.)	8	13	12	13
Steuer	44.816	443.495	349.428	440.011
2. anrechenbare Steuer Vorschenkungen				
./ Freibetrag	–	90.000	90.000	90.000
auflebender Freibetrag	–	–	90.000	–
steuerpflichtiger Vorerwerb (abgerundet)	–	560.000	2.851.300	2.911.900
Steuersatz (v.H.)	–	8	12	12
anrechenbare Steuer	–	44.816	342.156	349.428
zu erhebende Steuer	44.816	398.679	7.272	90.000

Die Schenkung 1990 sei danach sowohl mit den Schenkungen des aktuellen Zehnjahreszeitraums zusammenzurechnen als auch mit der vor diesem Zeitraum liegenden Schenkung 1982. Die Zusammenrechnung mit der Schenkung 1982 führe bei der Schenkung 1990 zu einem steuerpflichtigen Erwerb von über 3 Mio. DM und damit zu einer Anhebung des Steuersatzes von 12 auf 13 v.H., d.h. zu einer Mehrsteuer von 1 v.H. von 2.851.300 DM (= 28.513 DM). Dieser Progressionssprung werde bei der Steuerberechnung für die Schenkung 1993 nicht eliminiert, weil sich für den die Schenkung 1982 nicht mehr einschließenden Vorerwerb ein Steuersatz von 12 v.H. ergebe. Die Korrektur der Überprogression könne allerdings nur zu einer Steuer von 0 DM auf die letzte Schenkung führen. Soweit der sich aus der Anwendung des höheren Steuersatzes im Subtrahenden ergebende Korrekturposten hierdurch nicht erschöpft sei, sei er – wie der nicht verbrauchte, wieder auflebende Freibetrag – auf die nächste Schenkung vorzutragen.

Mit der dagegen gerichteten Revision macht das FA Verletzung materiellen Rechts geltend.

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist unbegründet. Zutreffend hat das FG in Abänderung des angefochtenen Steuerbescheids die Schenkungsteuer für den Erwerb vom 10.2.1994 auf 68.323 DM herabgesetzt.

1. Die Steuer für den Erwerb vom 10.2.1994 ist nach § 14 ErbStG zu berechnen, da dem Kläger innerhalb von zehn Jahren weitere Erwerbe von derselben Person (Vater des Klägers) angefallen sind. Die vom FA hierzu angestellte Berechnung ist – im vom FG angenommenen Ausmaß – zu Lasten des Klägers rechtsfehlerhaft. Die Berechnung des FA ließe sich zwar mit einem buchstäblich am Wortlaut orientierten Verständnis der Vorschrift vereinbaren, sie widerspricht jedoch dem Regelungszweck und Sinn der Vorschrift.

§ 14 ErbStG will verhindern, dass durch die Aufteilung einer beabsichtigten Zuwendung in mehrere zeitlich folgende Teilübertragungen durch Mehrfachgewährung der persönlichen Freibeträge und durch Vermeidung der Steuerprogression Steuervorteile erlangt werden. Die von der Vorschrift angeordnete Zusammenrechnung gewährleistet, dass die Freibeträge innerhalb des zehnjährigen Zusammenrechnungszeitraums nur einmal zur Anwendung gelangen und sich für mehrere Erwerbe gegenüber einer einheitlichen Zuwendung in gleicher Höhe kein Progressionsvorteil ergibt (vgl. BT-Drucks. VI/3418, 69 zu § 14; BFH-Urteile vom 30.3.1977 II R 68/76, BFHE 122, 330, BStBl II 1977, 664, und vom 17.4.1991 II R 121/88, BFHE 164, 107, BStBl II 1991, 522). Dieses Regelungsziel wird dadurch erreicht, dass mehrere innerhalb von zehn Jahren von derselben Person anfallende Vermögensvorteile in der Weise zusammengerechnet werden, dass dem letzten Erwerb die früheren Erwerbe nach ihrem früheren Wert zugerechnet und von der Steuer für den Gesamtbetrag die Steuer abgezogen wird, die für die früheren Erwerbe zur Zeit des letzten Erwerbs zu erheben gewesen wäre. Die Vorschrift ändert nichts daran, dass die einzelnen Erwerbe als selbstständige steuerpflichtige Vorgänge jeweils für sich der Steuer unterliegen. Weder werden die früheren Steuerfestsetzungen mit der Steuerfestsetzung für den letzten Erwerb zusammengefasst noch werden die einzelnen Erwerbe innerhalb eines Zehnjahreszeitraums zu einem einheitlichen Erwerb verbunden. Die Vorschrift enthält lediglich eine besondere Anordnung für die Berechnung der Steuer, die für den letzten Erwerb innerhalb des Zehnjahreszeitraums festzusetzen ist (BFH-Urteil vom 7.11.1998 – II R 64/96, BFHE 187, 53, BStBl II 1999, 25, m.w.N.).

Dem Regelungsziel der Vorschrift, mehrfache Freibetragsgewährung und Vermeidung von Steuerprogression innerhalb des Zusammenrechnungszeitraums zu verhindern, lässt sich

jedoch im Umkehrschluss entnehmen, dass Erwerbe außerhalb des nunmehr zu beurteilenden Zehnjahreszeitraums den Steuersatz nicht mehr erhöhen dürfen und nicht zum Ausschluss der (einmaligen) Gewährung des Freibetrags für den nunmehr zu beurteilenden Zehnjahreszeitraum führen dürfen (BFH-Urteil in BFHE 124, 216, BStBl II 1978, 220; *Jülicher*, Zusammenrechnung mehrerer Erwerbe nach § 14 ErbStG, 1993, S. 107 f.; vgl. *Troll/Gebell/Jülicher*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, § 14 Rdnr 24; *Moench*, Erbschaft- und Schenkungsteuer, § 14 ErbStG Rdnr. 10). Eine derartige, dem materiellen Regelungsziel und der zu deren Verwirklichung geschaffenen Regelungstechnik widersprechende Beeinflussung der Besteuerung des jeweils letzten Erwerbs hinsichtlich Freibetrag und Progressionshöhe durch außerhalb des nunmehr zu beurteilenden Zehnjahreszeitraums liegende Vorerwerbe kann jedoch bei einer Abfolge von Schenkungen zwischen denselben Personen auftreten, die über einen Zehnjahreszeitraum hinausreicht (zur Darstellung der Problematik vgl. *Jülicher*, a.a.O., S. 107 f.; *Moench* a.a.O., Rdnr. 11; *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 12. Aufl., § 14 Rdnr. 16 f.):

2. Die Möglichkeit einer Überprogression ergibt sich daraus, dass nach § 14 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ErbStG nicht die tatsächlich für die Vorerwerbe festgesetzten bzw. erhobenen Steuern abzuziehen sind, sondern die Steuern, die für die früheren Erwerbe zur Zeit des letzten Erwerbs zu erheben gewesen wären (fiktive Steuer). Diese Berechnungsmethode lässt außer Acht, dass die Mittelglieder der Schenkungsfolge, die in einen vorangegangenen Zehnjahreszeitraum hineinragen – aufgrund der Zusammenrechnung mit Vorerwerb aus diesem vorangegangenen Zeitraum rechtlich zutreffend –, höher zu besteuern waren, als dies bei der Berechnung allein aus der Sicht des nunmehr zu beurteilenden Zehnjahreszeitraums der Fall ist. Es wird dadurch die auf den in Frage stehenden Vorerwerb entfallende Steuer nicht in voller Höhe nach Satz 2 der Vorschrift zum Abzug zugelassen, wie sie nach dem Gesetz entstanden ist. Hat bei der Berechnung der Steuer für das infrage stehende Mittelglied einer Schenkungsfolge die Zusammenrechnung mit einem Vorerwerb außerhalb des nunmehr maßgeblichen Zehnjahreszeitraums einen Progressionssprung bewirkt, so führt die Nichtberücksichtigung dieses Progressionssprungs bei der Abzugsteuer zu einer entsprechend höheren Steuer für den nunmehr zu beurteilenden letzten Erwerb. Dessen Höhe wird mithin durch einen Erwerb außerhalb des nunmehr maßgeblichen Zusammenrechnungszeitraums (mit-)bestimmt. Dies führt beim ersten Erwerb, der mit dem Vorerwerb aus dem vorangegangenen Zehnjahreszeitraum nicht mehr zusammenzurechnen ist, wohl aber mit Mittelgliedern der Abfolge von Schenkungen, die ihrerseits mit diesen Vorerwerb noch zusammenzurechnen waren, zu einer im Widerspruch zum materiellen Regelungsziel der Vorschrift stehenden Oberprogression. Diese ist daher zu korrigieren. An der im BFH-Urteil in BFHE 124, 216, BStBl II 1978, 220 vertretenen Rechtsauffassung hält der *Senat* fest.

3. Der *Senat* folgt dem BFH-Urteil in BFHE 124, 216, BStBl II 1978, 220 jedoch insoweit nicht, als dieses die grundsätzlich als rechtlich notwendig anerkannte Korrektur der Überprogression auf die Höhe des auf die letzte Zuwendung anzuwendenden Steuersatzes beschränkt. Mit dem FG ist der *Senat* der Auffassung, dass für diese Beschränkung kein zwingender Grund besteht. Diese Beschränkung würde – worauf sich das FG zutreffend stützt – dazu führen, dass bei einer Sachverhaltskonstellation wie im Streitfall eine Korrektur der Oberprogression ausgeschlossen wäre, ohne dass dafür ein sachlich einleuchtender Differenzierungsgrund erkennbar wäre.

4. Die zu korrigierende Überprogression entsteht grundsätzlich bei der Besteuerung der ersten Zuwendung, die mit den Vorerwerben aus dem vorangegangenen Zehnjahreszeitraum nicht mehr zusammenzurechnen ist, wohl aber mit den Mittelgliedern der Abfolge von Schenkungen, die ihrerseits mit diesen Vorerwerben noch zusammenzurechnen waren. Folgerichtig hat die Korrektur bei der Besteuerung dieses Erwerbs stattzufinden. Es liegt jedoch in der Konsequenz des BFH-Urteils in BFHE 124, 216, BStBl II 1978, 220, entsprechend der dort vorgesehenen Behandlung des wiederauflebenden Freibetrags einen bei der Besteuerung dieser Zuwendung nicht verbrauchten Teil des Korrekturbetrags bei einer ggf. nachfolgenden Zuwendung wiederaufleben zu lassen.

Ist bei der Besteuerung der Zuwendung – bei der eigentlich die Korrektur der Überprogression stattzufinden hätte – die Differenz zwischen der Steuer auf den Gesamtbetrag nach § 14 Abs. 2 Satz 1 ErbStG und der nach Satz 2 der Vorschrift zu berechnenden Abzugsteuer – wie im Streitfall – kleiner als der Korrekturbetrag, d.h. führt dessen Berücksichtigung nicht zu einem vollen Ausgleich, so führt dies gleichwohl nur zu einer Steuerfestsetzung auf 0 DM. Die Festsetzung einer negativen Steuer ist ausgeschlossen. Ein danach nicht voll ausgeschöpfter Korrekturbetrag kann jedoch bei einem nachfolgenden Erwerb berücksichtigt werden. Es gelten insoweit dieselben Erwägungen wie beim wiederauflebenden Freibetrag, der bei der Besteuerung des ersten Erwerbs nach Ablauf des Zehnjahreszeitraums nicht voll ausgeschöpft werden konnte.

Ob die (ggf. teilweise) Korrektur bei der Besteuerung des ersten Erwerbs nach Ablauf des Zehnjahreszeitraums tatsächlich berücksichtigt worden ist, ist für die Besteuerung des nachfolgenden Erwerbs nicht maßgeblich. Entscheidend für die Berechnung der Abzugsteuer nach § 14 Abs. 1 Satz 2 ErbStG ist vielmehr auch in diesem Zusammenhang nicht die tatsächlich festgesetzte oder erhobene, sondern die Steuer, die rechtlich zutreffend hätte festgesetzt werden müssen (fiktive Steuer).

5. Fehl geht der Einwand des FA, die vom *Senat* vertretene Auffassung komme einer vorweggenommenen Anwendung des § 14 Abs. 1 Satz 3 ErbStG n.F. gleich. Dies ist nicht der Fall. Vielmehr wirft die Neuregelung die Frage auf, ob die Gesetzesänderung nicht die Anwendung der hier vom *Senat* zum alten Recht vertretenen Auffassung auf das ErbStG n.F. ausschließt. Diese Frage hat im vorliegenden Fall offen zu bleiben.

6. Im Streitfall ist bei der Besteuerung des Vorerwerbs II (1990) aufgrund der Zusammenrechnung mit dem Vorerwerb I (1982) ein Progressionssprung um 1 v.H. von 12 v.H. auf 13 v.H. eingetreten. Eine (völlige) Nichtberücksichtigung dieser Mehrbelastung aufgrund der Zusammenrechnung mit dem nunmehr außerhalb des zu beurteilenden Zehnjahreszeitraums liegenden Vorerwerb I bei der Besteuerung des Vorerwerbs III (1993) würde diesen – wie dargelegt – unzulässig zu hoch besteuern (Überprogression). Die aufgrund der Zusammenrechnung mit dem Vorerwerb I bei der Besteuerung des Vorerwerbs II eingetretene Mehrbelastung ist jedoch nicht in voller Höhe auszugleichen. Korrekturbedarf erzeugt allein der Mehrbetrag, der durch die Zusammenrechnung mit dem außerhalb des nunmehr maßgeblichen Zehnjahreszeitraums liegenden Vorerwerbs zu einem Progressionssprung bei der Besteuerung des Mittelglieds selbst geführt hat. Nur dessen Nichtabzug bei der Berechnung der Steuer für einen nachfolgenden Erwerb beeinflusst unzulässig die Höhe der Steuer für diesen. Im Streitfall ist der Vorerwerb II (1990) aufgrund der Zusammenrechnung mit dem nunmehr außerhalb des maßgeblichen Zehnjahreszeitraums liegenden Vorerwerb I (1982) mit 13 v.H. an-

stelle – bei isolierter Besteuerung – mit 12 v.H. besteuert worden. Dies hat – wovon das FG zutreffend ausgeht – zu einem Korrekturposten für den nachfolgenden Zehnjahreszeitraum in Höhe von 28.513 DM geführt.

Diese als notwendig erkannte Korrektur ist durch Hinzurechnung dieses Betrags zu der nach § 14 Abs. 1 Satz 2 ErbStG zu errechnenden Abzugsteuer vorzunehmen, d.h. im Ergebnis von der nach Satz 1 der Vorschrift errechneten Steuer für den Gesamterwerb (mit-)abzuziehen. Der Korrekturbetrag von 28.513 DM war um den auf die Vorschenkung III (1993) entfallenden Betrag von 7.272 DM zu kürzen. Der verbleibende Abzugsbetrag von 21.241 DM führt zu der vom FG festgelegten Steuer.

26. GrEStG 1983 § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, GmbHG § 1, § 7 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 2 (*Gründerwerbsteuer bei Grundstücksübergang von GmbH i. Gr. auf Alleingesellschafter*)

Hat eine Einmann-GmbH in Gründung von einem Dritten ein Grundstück erworben und kommt es später nicht zur Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister, führt die Auflösung der GmbH in Gründung hinsichtlich des Grundstücks zu einem Rechtsträgerwechsel i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG 1983 auf den Gründungsgesellschafter.

BFH, Urteil vom 17.10.2001 – II R 43/99 –

Zum Sachverhalt:

Die X-GmbH i.Gr. (GmbH i.Gr.) hatte im Mai 1992 in einem Zwangsversteigerungsverfahren Grundbesitz, nämlich neun Eigentumswohnungen und zwei Tiefgaragenstellplätze erworben. Einziger Gründungsgesellschafter war der Kläger und Revisionskläger (Kläger). Zu einer Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister ist es nicht gekommen. Stattdessen löste der Kläger die GmbH i.Gr. durch Beschluss vom 20.12.1993 auf. Der dabei dem Kläger zugefallene Grundbesitz war mit Grundschulden in Höhe von 5 Mio. DM belastet, die mit 4,5 Mio. DM valuierten.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) sah in dem Übergang des Grundbesitzes auf den Kläger einen Erwerb i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG 1983 und setzte gegen den Kläger zunächst Grunderwerbsteuer in Höhe von 100.000 DM fest. Einspruch und Klage blieben erfolglos. Während des Klageverfahrens hatte das FA die Steuer – berechnet nach den auch persönlich übernommenen grundbuchmäßig abgesicherten Verbindlichkeiten – auf 90.000 DM herabgesetzt. Mit der Revision rügt der Kläger die fehlerhafte Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG 1983.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet; sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Auch bei der Einmann-GmbH besteht zwischen ihrem Gründer und der GmbH i.Gr. keine Identität, so dass die Auflösung einer grundbesitzenden Einmann-GmbH i.Gr. hinsichtlich der auf sie eingetragenen Grundstücke zu einem Eigentumsübergang i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG 1983 auf den einzigen Gründer führt.

1. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 GrEStG 1983 unterliegt der Übergang des Eigentums an einem Grundstück der Grunderwerbsteuer, wenn kein Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft vorausgegangen ist und es auch keiner Auflassung bedarf. Die beiden letzten Voraussetzungen sind bezüglich der streitbefangenen Grundstücke

erfüllt. Dem Kläger stand weder ein rechtsgeschäftlicher Anspruch auf Übereignung zu noch bedurfte es einer Auflassung. Darüber hinaus liegt aber auch der geforderte Übergang des Eigentums an den Grundstücken vor.

a) Wie alle Erwerbsvorgänge gemäß § 1 GrEStG 1983 verlangt auch der Erwerbstatbestand des Abs. 1 Nr. 3 der Vorschrift einen Wechsel des Rechtsträgers. Der Erwerbsvorgang muss darin bestehen, dass ein Grundstück i.S. des § 2 des Gesetzes von einem Rechtsträger auf einen anderen übergeht (vgl. Urteile des BFH vom 1.3.2000 – II R 53/98, BFHE 191, 416, BStBl II 2000, 357, sowie vom 1.4.1981 – II R 87/78, BFHE 133, 97, BStBl II 1981, 488). Ein derartiger Rechtsträgerwechsel hat auch im Streitfall stattgefunden. Dies ergibt sich aus den gesetzlichen Regelungen über die Gründungsphase zwischen notarieller Beurkundung der nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) erforderlichen Erklärung(en) und der Eintragung der GmbH ins Handelsregister.

b) Gemäß § 1 GmbHG kann eine GmbH auch durch eine einzige Person errichtet werden. Dazu bedarf es der einseitigen notariell beurkundeten Erklärung des Gründungswillens (§ 2 Abs. 1 GmbHG). Diese notarielle Errichtungserklärung hat für die Anwendung der weiteren Vorschriften des GmbHG dieselbe Bedeutung wie der notarielle Gesellschaftsvertrag bei einer GmbH-Gründung durch mehrere Personen (so Urteil des BGH vom 7.5.1984 – II ZR 276/83, BGHZ 91, 148). Wie bei dieser entsteht vor Eintragung in das Handelsregister die GmbH als solche nicht (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und scheidet daher vor Registereintragung eine juristische Person als Rechtsträger aus. Wie bei einer Gründung durch mehrere Personen tritt aber auch mit der einseitigen notariellen Errichtungserklärung ein Vorstadium ein, in dem dem Geschäftsführer bereits Leistungen im Umfang des § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG zur Verfügung zu stellen sind (§ 8 Abs. 2 GmbHG), deren Gegenstände mit der Eintragung der GmbH zu deren Gesellschaftsvermögen werden, ohne dass es dazu gesonderter Übertragungsakte bedarf (vgl. BFH-Urteil vom 5.12.1956 – II 71/56 U, BFHE 64, 74, BStBl III 1957, 28). Zwischen der durch die Eintragung entstehenden GmbH und dem Vorstadium der GmbH i.Gr. besteht nämlich unter dem Gesichtspunkt der Rechtsträgerschaft Identität. Die GmbH i.Gr. geht vergleichbar einer formwechselnden Umwandlung in der GmbH auf (vgl. Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, 7. Aufl., 2001, § 1 Anm. 7).

Während bei einer GmbH-Gründung durch mehrere Personen dieses Vorstadium als Vorgesellschaft bezeichnet werden kann und damit für die Zeit vor Eintragung der GmbH ins Handelsregister bereits ein von den einzelnen Gründern unterscheidbarer Rechtsträger für das gemäß § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG zwingend schon vor der Eintragung zur freien Verfügung des Geschäftsführers zu überlassende Mindestvermögen der späteren GmbH (vgl. dazu Roth/Altmeyen, GmbHG, 3. Aufl., 1997, § 7 Anm. 13) sowie für das darüber hinaus vor der Handelsregistereintragung erworbene Vermögen vorhanden ist, fällt die Charakterisierung des Vorstadiums bei der Gründung einer Einmann-GmbH sowohl begrifflich als auch dogmatisch schwer. In der zivilrechtlichen Literatur stehen sich im Wesentlichen zwei Deutungsversuche bezüglich der Einmann-Vorgesellschaft gegenüber. Einmal wird sie als Sondervermögen des Gründers (Sondervermögen mit organchaftlichem Vertreter) angesehen. Rechtsträger des Sondervermögens bleibe der Gründer (Hüffer, ZHR 145, 521; Ulmer in Hachenburg, GmbHG, Bd. 1, 8. Aufl., 1992, § 11 Anm. 17). Andere erkennen ihr (Teil-)Rechtsfähigkeit mit der Folge

zu, dass im Falle ihres Scheiterns das Vermögen dem Gründer im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zufällt (Karsten Schmidt, ZHR 145, 540, 564; Fischer in Boruttau, GrEStG, 14. Aufl., 1997, § 1 Anm. 269, 270). Vermittelnd nehmen Rittner/Schmidt-Leithoff (in Rowedder u.a., GmbHG, Kommentar, 3. Aufl., 1997, § 11 Anm. 133, 138, 142) Sondervermögen eigener Art an, das zwar dem Gründer gehört, für diesen und seine Gläubiger aber Fremdvermögen darstellt und im Falle des Scheiterns der Vorgesellschaft dem Gründer im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zufällt (ähnlich Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 17. Aufl., 2000, § 11 Anm. 39).

Zutreffend können nur solche Deutungsversuche sein, die den entscheidenden Umstand berücksichtigen, dass die Funktion des Vorstadiums im Entstehungsprozess der GmbH bei der Gründung einer Einmann-GmbH dieselbe ist wie bei der Gesellschaftsgründung durch mehrere Personen (vgl. Goette, Urteilsanmerkung in DStR 2001, 1396, 1397, sowie Baumbach/Hueck, a.a.O., § 11 Anm. 37 ff.) und dass insbesondere mit der Eintragung der GmbH ins Handelsregister auch bei der Einmann-Gründung lediglich ein Formwechsel stattfindet, der eine Übertragung des gesonderten Vermögens auf die entstandene GmbH erübrigt (vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 11 Anm. 39).

c) Bleibt aber am Ende des Vorstadiums – nämlich beim Formwechsel zur GmbH mit deren Eintragung ins Handelsregister – die Identität des Rechtsträgers gewahrt, dann kann zwischen dem wie auch immer zu charakterisierenden Vorstadium und dem Einmann-Gründungsgesellschafter nicht gleichermaßen Rechtsträgeridentität bestehen. Denn sonst käme man zu dem wegen der Selbstständigkeit der juristischen Person unhaltbaren Ergebnis einer Identität der Rechtsträgerschaft in der Person des Gründungsgesellschafters mit der der GmbH. Da die Zäsur in der Rechtsträgerschaft nicht am Ende des Vorstadiums beim Formwechsel zur GmbH stattfindet, muss sie zwingend bei Beginn bzw. – beim Erwerb eines Wirtschaftsguts durch die GmbH i.Gr. von dritter Seite – während des Vorstadiums eingetreten sein. Infolgedessen sind im Namen der GmbH i.Gr. erworbene Grundstücke jedenfalls für Zwecke der Grunderwerbsteuer nicht dem Einmann-Gründungsgesellschafter zuzurechnen. Dies hat zur weiteren Folge, dass bei Auflösung einer grundbesitzenden Einmann-GmbH i.Gr. hinsichtlich der Grundstücke ein Rechtsträgerwechsel auf den Gründungsgesellschafter stattfindet (so auch Fischer in Boruttau, a.a.O., § 1 Anm. 269).

2. Dieser nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG 1983 steuerbare Rechtsträgerwechsel ist auch steuerpflichtig. Der Befreiungstatbestand des § 6 Abs. 2 GrEStG 1983 greift nicht ein. Dabei kann auf sich beruhen, ob die Befreiung bei einer gescheiterten Gesellschaftsgründung durch mehrere Personen eingreifen würde. Dies wird vielfach unter Hinweis darauf, dass es sich bei der Vorgesellschaft um eine werdende GmbH und nicht um eine Gesamthand i.S. der §§ 5 und 6 GrEStG 1983 handelt, verneint (vgl. Fischer, a.a.O., § 1 Anm. 268, sowie Pahlke/Franz, GrEStG, 2. Aufl., 1999, § 1 Anm. 15; s. auch Roth/Altmeyen, a.a.O., § 11 Anm. 37, sowie BGH-Urteile vom 24.10.1968 – II ZR 216/66, BGHZ 51, 30, 32, und vom 29.10.1992 – I ZR 264/90, BGHZ 120, 103, 105). Bei einer Einmann-Gründung scheidet die Anwendung des § 6 Abs. 2 GrEStG 1983 bereits daran, dass das Vorstadium mangels Vorhandenseins mehrerer Gründer keine Gesamthand sein kann. An den übergegangenen Grundstücken bestand demnach – wovon § 6 Abs. 2 GrEStG 1984 ausgeht – kein gesamthänderisch gebundenes Miteigentum des Klägers. Wegen des fehlenden Befreiungstatbestandes liegt auch keine offen-

sichtliche Gesetzeslücke dergestalt vor, dass es der Gesetzgeber bei Schaffung des GrEStG 1983 versehentlich unterlassen hat, der 1980 gesetzlich zugelassenen Gründung einer Einmann-GmbH Rechnung zu tragen. Die Annahme einer derartigen Gesetzeslücke setzte voraus, dass die Beurteilung der echten Vorgesellschaft (vgl. zur Terminologie Urteile des BFH vom 8.11.1989 – I R 174/86, BFHE 158, 540, BStB1 II 1990, 1991, sowie vom 1.12.1987 – VII R 206/85, BFH/NV 1988, 477) als Gesamthand i.S. der §§ 5 und 6 GrEStG 1983 damals allgemeine Ansicht gewesen ist. Dies war jedoch – wie ausgeführt – nicht der Fall.

3. Eine Anwendung des § 1 Abs. 6 GrEStG 1983 hat das FG zutreffend abgelehnt.

27. GrEStG 1983 § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 2 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1, BGB § 320, § 322, § 452 (*Vorzeitige Nutzungsüberlassung erhöht nicht GrESt*)

Überlässt der Grundstücksverkäufer im Wege einer Vorleistung dem Käufer bereits vor der Zahlung des Kaufpreises die Nutzungen des Grundstücks, so stellt die vorzeitige Nutzungsüberlassung eine selbstständige (Neben-)Leistung des Verkäufers dar, die weder in seiner kaufvertraglichen Verpflichtung zur Übertragung von Besitz und Nutzungen aufgeht, noch mit ihr identisch ist. Das für die Nutzungsüberlassung gesondert vereinbarte Entgelt gehört nicht zur Gegenleistung i.S. der §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983.

BFH, Urteil vom 8.8.2001 – II R 49/01 –

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Streifzug durch die KostO, 5. Auflage (Stand 1.1.2002) – Übersicht über wichtige Änderungen und Neuerungen gegenüber der 4. Auflage –

Mit dieser Übersicht soll dem Praktiker ein Überblick über die wesentlichen Änderungen des Streifzugs gegenüber der Voraufgabe gegeben werden.

1) Änderungen und Ergänzungen – Rdnr. 27 – 4. Aufl. Rdnr. 20 ff.:

Unter Änderungen und Ergänzungen des § 42 KostO fällt auch der Verkauf von neu gebildeten Wohnungseigentumsrechten nach Teilung gem. § 8 WEG durch den Eigentümer (Verkäufer) anstelle des Grundstücks.

2) Auseinandersetzung einer Bruchteilsgemeinschaft – Rdnr. 82 – 4. Aufl. Rdnr. 57 ff.:

Die Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft an neu gebildeten, jedoch im Grundbuch noch nicht eingetragenen Grundstücken ist als Auseinandersetzung zu bewerten. Eine Auseinandersetzung und nicht ein Austauschvertrag liegt auch dann vor, wenn ein Veränderungsnachweis vorliegt, die Teilung aber noch nicht im Grundbuch vollzogen ist (entsprechend neuester Rechtsprechung des BayObLG).

3) Bedingte Leistungen und Verpflichtungen – Rdnr. 119 ff. – 4. Aufl. Rdnr. 91 ff.:

Zu diesem Themenkreis wurden zur näheren Erläuterung Beispielsberechnungen aufgeführt (Rdnrn. 126, 127).

4) Bürgschaft und Garantie – Rdnr. 151 ff. – 4. Auflage Rdnr. 117 ff.:

Ergänzende Ausführungen wurden aufgenommen zur Wertbestimmung einer Bürgschaft ohne zu Grunde liegende oder erloschene Forderung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des LG München II (Rdnrn. 152, 153; s. auch Rdnr. 489 zur Freistellung aus einer Bürgschaft).

5) Ehevertragliche Vereinbarungen

a) Rdnr. 178 ff. – neu – Lebenspartnerschaftsverträge

Die sich nach dem am 1.8.2001 in Kraft getretenen Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) ergebenden kostenrechtlichen Auswirkungen sind enthalten in

- Rdnr. 178 – Vereinbarung der Vermögenstrennung oder Vermögensgemeinschaft,
- Rdnr. 179 – Erklärung über den Vermögensstand in der Niederschrift über die Begründung der Lebenspartnerschaft,
- Rdnr. 180 – Erklärung über den Vermögensstand in gesonderter Urkunde,
- Rdnr. 181 – Beratung über die rechtlichen Auswirkungen des Vermögensstandes der Ausgleichsgemeinschaft.

b) Rdnr. 192 – 4. Aufl. Rdnrn. 140, 141 – Modifizierte Zugewinnsgemeinschaft

Der Geschäftswert für die Modifizierung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft oder Ausgleichsgemeinschaft ist stets nach § 30 Abs. 1

KostO zu bestimmen, auch wenn bestimmte Vermögensgegenstände betroffen sind. Die Auffassung in der Voraufgabe, dass in bestimmten Fällen der volle Wert des Gegenstandes anzusetzen ist, wurde aufgegeben.

c) Rdnrn. 215, 359 – 4. Aufl. Rdnr. 215 – Erb- und Pflichtteilsverzicht bei bevorstehender Scheidung

Die Notarkasse vertritt nunmehr die Auffassung, dass ein Erb- und Pflichtteilsverzicht von Ehegatten, die sich in Scheidung befinden, nach den allgemeinen Bewertungsgrundsätzen (Rdnr. 357 ff.) zu bewerten ist. Ein besonderer Wertabschlag ist für diesen Fall nicht vorzunehmen.

6) Erbanteilsübertragung

Rdnr. 269 – neu – Nacherbenanwartschaftsrecht

Der Geschäftswert für die Übertragung eines Nacherbenanwartschaftsrechts ist nach § 30 Abs. 1 KostO, notfalls nach § 30 Abs. 2 KostO, zu bestimmen.

7) Ermäßigung und Befreiung von Notargebühren

a) Rdnr. 390 – 4. Aufl. Rdnr. 301 – Erbbaurechtsbestellung ist nicht einer Weiterveräußerung des Grundstücks gleichzusetzen

Nach übereinstimmender Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Oldenburg, Braunschweig und Hamm ist unter „Weiterveräußerung“ i.S.d. § 144 Abs. 1 S. 3 KostO *nicht* die Bestellung eines Erbbaurechtes zu verstehen. Die gegenteilige Auffassung in der Voraufgabe wurde aufgegeben.

b) Rdnr. 410 u.a. – Gesetzliche Bestimmungen über die Kostentragungspflicht beim Kauf eines Grundstücks und bei Erbbaurechtsbestellung

Die gesetzliche Kostenschuldnerschaft richtet sich nach § 448 Abs. 2 n.F. BGB. Bei der ersten Drucklegung des Streifzuges wurde versehentlich § 447 Abs. 2 n.F. BGB zitiert.

c) Rdnr. 468 ff. – 4. Aufl. Rdnr. 361 ff. – Gebührenfreiheit nach § 55 a KostO

Im Hinblick auf die Neufassung des § 55 a KostO (Beurkundungen und Beglaubigungen nach § 62 Abs. 1 BeurkG sind gebührenfrei) wurden die einschlägigen Fälle aufgenommen.

Klargestellt wurde, dass die Beurkundung von Erklärungen über die elterliche Sorge nach § 1671 BGB (s.a. Rdnr. 208) nicht unter § 55 a KostO fällt und demgemäß nicht gebührenbefreit ist.

8) Gesellschafts-, Handels- und Registerrecht

a) Rdnr. 656 – 4. Aufl. Rdnr. 489 – Bürgschaft

Verpflichtet sich der Erwerber eines Geschäftsanteils den Veräußerer von Bürgschaften freizustellen, ist der Geschäftswert für diesen Teil der Gegenleistungen nach dem vollen Nennbetrag der jeweils eingegangenen Bürgschaft zu bestimmen. Ist die Forderung, welche durch die Bürgschaft gesichert werden soll, entweder nicht entstanden oder weggefallen, ist nur ein Teilwert von ca. 10–20 % des Bürgschaftsbetrages anzunehmen.

b) Rdnr. 705 ff. – 4. Auflage Rdnr. 516 ff. – **Bestellung des Geschäftsführers bei Gründung einer GmbH**

Die Bestellung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag (Satzung) ist Teil des Gründungsaktes und löst daher keine zusätzlichen Gebühren aus.

Wird der Geschäftsführer jedoch durch Beschluss bestellt, fällt neben der Gebühr für den Gründungsvorgang eine Beschlussgebühr nach § 47 KostO an (Meinung gegenüber der 4. Aufl. unverändert).

Ein Beschluss liegt immer vor, wenn der Geschäftsführer außerhalb der Satzung bestellt wird, auch wenn der Beschluss förmlich nicht als solcher bezeichnet wird.

c) Rdnr. 709 ff. – neu – **Bestellung Aufsichtsrat/Abschlussprüfer bei Errichtung einer AG**

Die Bestellung des Aufsichtsrates und/oder des Abschlussprüfers in der Urkunde über die Errichtung der AG ist Beschluss, für den neben der Gebühr für den Gründungsakt eine Beschlussgebühr nach § 47 KostO zu erheben ist. Für die Einordnung als Beschluss ist es nicht erforderlich, dass die Bestellung förmlich als Beschluss bezeichnet wird, da das beschließende Gremium sich nur in Beschlussform äußern kann (bestätigt durch PfälzOLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.5.2002, MittBayNot 2002, S. 312 (in diesem Heft)).

d) Rdnr. 727 ff. – neu – **Gesellschaftsrechtliche Rahmenverträge**

In diesem Abschnitt wurden in den Streifzug Ausführungen zur Bewertung gesellschaftsrechtlicher Rahmenverträge aufgenommen. Es handelt sich hierbei um folgende Bereiche:

- Rdnr. 728 – **Konsortialverträge**
- Rdnr. 729 – **Kooperationsvereinbarungen**
- Rdnr. 730 – **Poolverträge**
- Rdnr. 731 – **Vorvertragliche Verpflichtungen zu Umwandlungsmaßnahmen**

e) Rdnr. 732 ff. – 4. Aufl. Rdnr. 543 ff. – **Umwandlungsvorgänge**

- Zur Unterscheidung, ob bei Beurkundung der Verschmelzung mehrerer Rechtsträger auf einen Rechtsträger in einer Urkunde mehrere gegenstandsverschiedene Verschmelzungen vorliegen (ggf. auch mehrfach Höchstwert nach § 39 Abs. 4 KostO) oder ob von einem einheitlichen Rechtsvorgang auszugehen ist (begrenzt auf den einmaligen Höchstwert nach § 39 Abs. 4 KostO) finden sich Ausführungen in Rdnr. 740 (Verschmelzungsvertrag) und in Rdnr. 750 (Zustimmungsbeschlüsse).
- Zur Frage, ob bei Abspaltung mehrerer Vermögensteile auf mehrere bestehende oder neu gegründete Rechtsträger von einem einheitlichen Vorgang auszugehen ist oder ob rechtlich selbstständige Vorgänge vorliegen (ggf. auch mehrfach Höchstwert nach § 39 Abs. 4 KostO) siehe Rdnr. 778 u. 779 (Spaltungsvertrag/Spaltungsplan) und Rdnr. 783 (Zustimmungsbeschluss).
- Ein Sonderproblem betrifft die Mitwirkung des Notars bei der Erstellung der Satzung des beim Formwechsel neu gegründeten Rechtsträgers. Unter Rdnr. 808–811 wird unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten untersucht, wann eine gebührenpflichtige Tätigkeit vorliegt oder nicht. Es finden

sich auch Aussagen über die kostenrechtlichen Auswirkungen, wenn der Notar den Entwurf des Gesellschaftsvertrages im Vorfeld anfertigt.

f) Rdnr. 813 ff. – neu – **Grundbuchberichtigungsanträge nach Umwandlung**

Zu Grundbuchberichtigungsanträgen nach identitätswahrendem Formwechsel, nach Verschmelzung, Spaltung, Ausgliederung und Vermögensübertragung enthält die 5. Aufl. des Streifzugs Bewertungshinweise in Rdnr. 813–815.

g) Rdnr. 817 ff. – neu – **Euro-Umstellung in Handels- und Gesellschaftssachen**

Neu aufgenommen wurde die kostenrechtliche Behandlung von Beurkundungen und Beglaubigungen im Zusammenhang mit der Euro-Umstellung. Die Rdnrn. 817–829 behandeln die Bewertung von Umstellungsbeschlüssen bei der GmbH und der AG mit und ohne Glättungsmaßnahmen sowie im Zusammenhang mit Kapitalherabsetzungen und -erhöhungen. In Rdnrn. 830–837 werden Bewertungshinweise zu Registeranmeldungen gegeben.

h) Rdnr. 838 ff. – neu – **Nebengeschäfte in Handels-, Gesellschafts- und Registerangelegenheiten**

Neu sind im Streifzug Ausführungen zur Gebührenfreiheit und -pflichtigkeit von Nebentätigkeiten im Bereich des Gesellschaftsrechts (Rdnrn. 838–859).

9) Kaufverträge

a) Rdnr. 962 – neu – **Einheimischen-Modell**

Die Bewertungsfragen zu Einheimischen-Modellen wurden neu in den Streifzug aufgenommen. Anhand verschiedener Vertragsvarianten werden unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung des BayObLG und des PfälzOLG Zweibrücken Bewertungshinweise gegeben.

b) Rdnr. 967 – neu – **Grundstückswert bei Sozialbindung**

Die Besonderheit beim sogenannten „München-Modell“ liegt darin, dass die Kommune ein Grundstück deutlich unter dem Verkehrswert verkauft. Der Käufer hat seinerseits neben der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung verschiedene Verpflichtungen zu übernehmen, u.a. die Verpflichtung zur Errichtung von Wohnungen im sozialen Wohnungsbau. Nach der Rechtsprechung des BayObLG wird der Verkehrswert durch die öffentlichen Bindungen unmittelbar gemindert. Welche kostenrechtlichen Auswirkungen zu beachten sind, wird unter Rdnr. 968 an einer Beispielsberechnung dargelegt.

c) Rdnr. 972 ff. – 4. Aufl. Rdnr. 630 – **Bebauung für Rechnung des Erwerbers**

Die Ausnahmenvorschrift des § 20 Abs. 1 S. 2, 2. HS KostO ist auch dann anzuwenden, wenn zwischen Bebauung und späterem Erwerb eine längere Zeitspanne liegt (so das BayObLG). Je größer die Zeitspanne zwischen Bebauung und Erwerb ist, umso überzeugender müssen die Tatsachen sein, aus denen sich die Veräußerungs- und Erwerbsabsicht im Zeitpunkt der Bebauung ergibt.

d) Rdnr. 995 ff. – 4. Aufl. Rdnr. 638, 648 – **Wiederkaufsrecht für den Verkäufer**

Wird im Rahmen eines Kaufvertrages eine vom Käufer eingegangene Bauverpflichtung durch ein Wieder-

kaufsrecht gesichert, ist die Bauverpflichtung als weitere Gegenleistung des Käufers zu bewerten, dagegen das Wiederkaufsrecht als Sicherungsgeschäft (§ 44 Abs. 1 KostO) nicht. Daran hat sich nichts geändert.

Unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung des PfälzOLG Zweibrücken steht die Prüfungsabteilung der Notarkasse nunmehr auf dem Standpunkt, dass auch einem Wiederkaufsrecht (ohne Bauverpflichtung) für den Verkäufer ein wirtschaftliches Interesse zu Grunde liegt und dieses daher – wie eine Bauverpflichtung – im Rahmen der Gegenleistungen des Käufers zusätzlich zu bewerten ist.

e) Rdnr. 997 – neu – **Verfügungsverbot (Veräußerungs- u. Belastungsverbot) des Käufers**

Nach Auffassung des BayObLG, welcher sich die Prüfungsabteilung der Notarkasse angeschlossen hat, liegt in der Vereinbarung eines Verfügungsverbot (Veräußerungs- und Belastungsverbot) für den Verkäufer ein wirtschaftliches Interesse. Ein Teilwert von ca. 10 % des Verkehrswertes des Grundstücks (zumeist Kaufpreis) ist im Rahmen der Gegenleistungen des Käufers gem. § 20 Abs. 1 S. 1 KostO hinzuzurechnen.

Die gleiche Situation liegt bei einem Verfügungsverbot im Rahmen eines Überlassungs- oder Übergabevertrages vor. Die kostenrechtlichen Auswirkungen sind in Rdnr. 1305 behandelt.

10) Schlichtungsverfahren – Rdnr. 1214 bis 1219 – neu

Die kostenrechtliche Behandlung von Tätigkeiten im Rahmen des Bayerischen Schlichtungsgesetzes (Bay-SchlG), das am 1.5.2000 in Kraft getreten ist, wurde unter Rdnrn. 1214–1219 in den Streifzug neu aufgenommen.

11) Städtebaulicher Vertrag (Vorhabenbezogener Durchführungvertrag) – Rdnr. 1245, 1246 – neu

Städtebauliche Verträge und öffentlich-rechtliche Verträge bedürfen, wenn sie die Verpflichtung zum Erwerb oder zur Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten beinhalten, gem. § 311 b BGB der notariellen Beurkundung. Die damit zusammenhängenden Bewertungsfragen sind in Rdnr. 1245 dargelegt und in einem Bewertungsbeispiel unter Rdnr. 1246 vertieft.

12) Übergabevertrag – Pflichtteilsverzicht weichender Geschwister – Rdnr. 1258 ff. – 4. Auflage Rdnr. 818 ff.

Die Ausführungen zur Geschäftswertbestimmung für Pflichtteilsverzichte weichender Geschwister in einem Übergabevertrag in Höhe der Auszahlungsbeträge (Gegenleistung für den Verzicht oder die Gleichstellungserklärung) wurden der aktuellen Kostenrechtsprechung des BayObLG angepasst (Rdnr. 1309, 1310 u. 1312 – 4. Aufl. Rdnrn. 855, 856 u. 858).

13) Verkehrsflächenbereinigungsgesetz – Rdnr. 1330 ff. – neu

Das bis zum 30.6.2007 befristete Gesetz zur Bereinigung der Rechtsverhältnisse an Verkehrsflächen und anderen öffentlich genutzten privaten Grundstücken (VerkFl-BerG) ist am 1.10.2001 in Kraft getreten. Dieses Gesetz regelt die Probleme für sog. rückständige Grunderwerbe bezüglich der zu DDR-Zeiten erfolgten Bebauung privater Grundstücke durch fremde öffentliche Nutzer.

Die damit zusammenhängenden bewertungsrechtlichen Probleme sind einschließlich Ermäßigungsfragen nach § 144 a KostO neu in den Streifzug aufgenommen worden.

14) Verzugszinsen für Notarkosten – Rdnr. 1423, 1424 – neu

Durch Art. 9 des Gesetzes über elektronische Register- und Justizkosten für Telekommunikation – ERJuKoG – wurde § 17 KostO ein neuer Absatz 4 eingefügt. Danach sind Ansprüche auf Zahlung und Rückerstattung von Kosten nicht zu verzinsen. § 17 Abs. 4 KostO ist aber in § 143 Abs. 1 KostO für sogen. Gebührennotare ausgenommen. Daraus wird im Umkehrschluss die Auffassung vertreten, dass für den Kostenanspruch des Notars Verzugszinsen nach den Grundsätzen der allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Verzugsregeln gefordert werden können.

Wenn diese Auffassung richtig ist und der Zinsanspruch des Notars als bürgerlich-rechtlicher Anspruch zu klassifizieren ist, besteht kein kostenrechtlicher Zwang für den Notar, diesen Anspruch durchzusetzen (das Verbot der Gebührenvereinbarung gem. § 140 KostO würde nicht greifen).

Die Frage, ob bzw. unter welchen Umständen es berufsrechtlich zulässig ist, bei einem Kostenschuldner Verzugszinsen geltend zu machen, beim anderen aber nicht, lässt die Neuregelung ebenfalls offen.

15) Vollmacht

a) Rdnr. 1432 – 4. Aufl. Rdnr. 951 – **Altersvorsorgevollmacht**

Hierzu ist besonders darauf hinzuweisen, dass Betreuungsverfügung und Patientenverfügung als Einheit anzusehen sind (Rdnr. 1437 – 4. Aufl. Rdnr. 953, 954). Es handelt sich um *einen* nichtvermögensrechtlichen Vorgang, Geschäftswert im Regelfall insgesamt 3.000 € gem. § 30 Abs. 3 KostO (Klarstellung gegenüber der 4. Auflage).

b) Rdnr. 1432 – 4. Aufl. Rdnr. 950 – **Kommanditistenvollmacht**

Nach der herrschenden Meinung ist der Geschäftswert für die Vollmacht eines Kommanditisten, alle Anmeldungen zum Handelsregister zu bewirken, nach der (einfachen) Kommanditeinlage zu bestimmen. Diese Auffassung wird durch die gesamte neuere OLG-Rechtsprechung bestätigt.

16) Vollstreckbare Räumungspflicht – Rdnr. 1455–1457 – neu

Die Mitbeurkundung der Unterwerfung durch den Verkäufer für die von ihm im Kaufvertrag eingegangene Räumungspflicht ist als Vertragsbedingung nicht zusätzlich zu bewerten.

Die kostenrechtliche Behandlung einer in gesonderter Urkunde beurkundeten Unterwerfung für die Räumungspflicht ist in Rdnr. 1455 ff. niedergelegt.

17) Vorkaufsrecht, Wiederkaufsrecht – Rdnr. 1486 ff. – 4. Aufl. Rdnr. 998 ff.

Die kostenrechtlichen Ausführungen zur gegenseitigen Vorkaufsrechtseinräumung durch mehrere Miteigentümer wurden ergänzt (Rdnr. 1491, 1492 – 4. Aufl. Rdnr. 1002). Das Austauschprinzip wird differenzierter dargestellt.

18) Wirksamkeitsvermerk – Rdnr. 1519 – neu

Zur Bewertung eines Wirksamkeitsvermerks anstelle eines Rangrücktritts enthält Rdnr. 1519 Bewertungshinweise unter Berücksichtigung der Rechtsprechung.

2. Grunderwerbsteuer

Anwendung der Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG bei mehreren Veräußerern und Erwerbern

(Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, Erlass vom 4.6.2002, Gz 36 – S 4540 – 017 – 23871/02)

Es ist die Frage gestellt worden, wie die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 1 GrEStG in den Fällen anzuwenden ist, in denen mehrere Miteigentümer ein Grundstück an mehrere Erwerber zu Miteigentum veräußern.

Nach dem Ergebnis der Besprechung mit den zuständigen Vertretern der obersten Finanzbehörden der Länder bitte ich dazu folgende Auffassung zu vertreten:

Nach § 3 Nr. 1 GrEStG ist von der Besteuerung ausgenommen der Erwerb eines Grundstücks, wenn der für die Berechnung der Steuer maßgebende Wert 2.500 EUR nicht übersteigt. Als Grundstück im Sinne des § 2 GrEStG gilt auch ein ideeller Miteigentumsanteil (Bruchteilseigentum) an einem Grundstück. Grundsätzlich erfüllt daher jeder Erwerb eines Miteigentumsanteils einen Grunderwerbsteueratbestand und ist für die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG als selbstständiger Steuerfall zu betrachten. Stehen sich aber auf der Veräußerer- und/oder der Erwerberseite mehrere Personen gegenüber, kommt es für die Beurteilung der Anzahl der Erwerbe und nachfolgend der Anwendung des § 3 Nr. 1 GrEStG auf die *Vertragsgestaltung im Einzelnen* an.

Übertragen die Miteigentümer ihre Miteigentumsanteile an einem Grundstück ausdrücklich jeweils durch gesonderte Rechtsgeschäfte, liegen mehrere selbstständig zu beurteilende Erwerbsgeschäfte vor (vgl. Beispiel 4).

Werden dagegen die jeweiligen Miteigentumsanteile an einem Grundstück von den Miteigentümern nicht durch getrennte Rechtsgeschäfte übertragen, liegen so viele Erwerbsvorgänge vor, wie Erwerber vorhanden sind, und die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG kann für jeden Erwerber nur einmal berücksichtigt werden (vgl. Beispiel 1; ebenso Hofmann, GrEStG, 7. Auflage, § 3 Rdnr. 5; das BFH-Urteil vom 10.4.1957, BStBl III S. 213, ist überholt).

Beispiele:

1. Zwei Miteigentümer A und B verkaufen ein Grundstück gemeinschaftlich im Ganzen zu einem Gesamtpreis von 4.000 EUR an einen Erwerber C zu Alleineigentum.

Es liegt nur ein Erwerbsvorgang vor, die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG kommt nicht zur Anwendung, weil der Gesamtpreis sie übersteigt.

Zwei Erwerbsvorgänge liegen dagegen vor, wenn jeder Miteigentümer A und B seinen Miteigentumsanteil auf den Erwerber C überträgt, selbst wenn das in einer notariellen Urkunde festgelegt wird.

2. Ein Veräußerer A verkauft sein Grundstück in einem Rechtsgeschäft zu einem Preis von 5.000 EUR an zwei Erwerber B und C zu hälftigem Miteigentum.

Es liegen zwei Erwerbsvorgänge vor. Die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG kommt zur Anwendung, weil die Gegenleistung mit jeweils 2.500 EUR die Grenze nicht übersteigt.

3. Die Ehegatten A und B sind je zur Hälfte Eigentümer eines Grundstücks. Sie übertragen das Grundstück in einem Rechtsgeschäft zu einem Kaufpreis von insgesamt 10.000 EUR auf die Eheleute C und D, die das Grundstück ebenfalls zu jeweils hälftigem Eigentum erwerben.

Es liegen nur zwei Erwerbsvorgänge vor. Die Eheleute C und D erhalten nicht je ein Viertel von jedem Veräußerer-Ehegatten A und B, sondern jeder Erwerber-Ehegatte erhält eine ideelle Grundstückshälfte. Es kann nicht bestimmt werden, von welchem Miteigentümer der jeweilige Anteil erworben wird. Die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG wird nicht berücksichtigt, weil sie bei einem Kaufpreis von jeweils 5.000 EUR überschritten ist.

4. Die Geschwister A, B, C sind zu je einem Drittel Miteigentümer eines Grundstücks. In gesonderten Rechtsgeschäften überträgt A ausdrücklich seinen Miteigentumsanteil an D, B seinen Miteigentumsanteil an E und C seinen Miteigentumsanteil an F zu einem Kaufpreis von jeweils 2.500 EUR.

Es liegen drei Erwerbsvorgänge vor. Für jeden Erwerb kommt die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG zur Anwendung, so dass keine Grunderwerbsteuer festzusetzen ist.

(...)

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Juli 2002:

Notar und Ehrenpräsident der Landesnotarkammer Bayern
Dr. Helmut Keidel, München, Bayerischer Verdienstorden

2. Verstorben:

Notar a. D. Gerhard Schlüssel, Nabburg, verstorben am
5.8.2002

Amtmann i. N. Franz Herbst, Veitsbronn, verstorben am
7.7.2002

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.2.2003:

Notar Dr. Günter Graßmann, Bad Aibling

Notar Dr. Jürgen Ries, Abensberg

Mit Wirkung vom 1.3.2003:

Notar Dr. Gunther Friedrich, Garmisch-Partenkirchen

4. Es wurde verliehen :

Mit Wirkung vom 1.8.2002:

München	dem Notar
(in Sozietät mit	Dr. Gregor Basty
Notar Dr. Heinz Korte)	(bisher in Weilheim)

Mit Wirkung vom 1.9.2002:

Starnberg	dem Notar
(in Sozietät mit Notar	Heinz Wasserthal
Dr. Friedrich Kastenbauer)	(bisher in Hof)

Weilheim	dem Notar
(in Sozietät mit Notar	Nikolaus Klöcker
Dr. Drasch	(bisher in München)

Babenhausen	dem Notarassessor
	Patrick Schneider
	(bisher in München
	Notarstelle Dr. Bohrer)

Dinkelsbühl	der Notarassessorin
	Anja Schrader
	(bisher in München
	Notarstellen Mittenzwei/ Dr. Steinbauer)

Feuchtwangen	dem Notarassessor
	Dr. Sebastian Bleifuß
	(bisher in Schweinfurt
	Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Monheim	dem Notarassessor
	Dr. Martin Jung
	(bisher in Fürth
	Notarstellen Prof. Dr. Bengel/ Roedel)

Pfarrkirchen

dem Notarassessor
Dr. Peter Fahr
(bisher in München
Notarstellen v. Heynitz/Rumpf)

Thiersheim

dem Notarassessor
Thorsten Langnau
(bisher in München
Notarstellen Dr. Vossius/
Dr. Engel)

Zwiesel

dem Notarassessor
Dr. Wolfgang Löbl
(bisher in München
Notarstelle Dr. Schaub)

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2002:

Arne Everts, Eggenfelden (Notarstelle Lutz Feller)

Philipp Hruschka, Bad Reichenhall (Notarstelle Josef
Massinger)

Rainer Regler, Prien am Chiemsee (Notarstelle Dr. von
Daumiller)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Frank Seifert, Fürstenfeldbruck, wurde mit
Wirkung vom 16.4.2002 promoviert

Notarassessor Daniel Siebenhaar, Neumarkt i. d. Opf.
(Notarstellen Dr. Ulbrich/Leitenstorfer), ab 15.7.2002 in
Fürth (Notarstellen Roedel/Prof. Dr. Bengel)

Notarassessor Hannes Weishäupl, München (Notarstellen
Dr. Reinl/Zöller), ab 1.8.2002 in Elternzeit

Notarassessor Benedikt Selbherr, Augsburg (Notarstellen
Füger/Dr. Waibel), ab 12.8.2002 in München (Notarstel-
len Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Inspektorin i. N. Angela Weiß, Augsburg (Notarstellen
Röder/Dr. Koch), ab 1.6.2002 in München (Notarstelle
Wilfart-Kammer)

Oberinspektorin i. N. Daniela Weiß, Bad Königshofen
i. Grabfeld (Notarstelle Kleine), ab 1.6.2002 in Hassfurt
(Notarstelle Hartmann)

Oberinspektor i. N. Harry Bayer, Waldfischbach-Burg-
alben (Notarstelle Lechner), ab 1.7.2002 in Landstuhl
(Notarstelle Landau)

Oberinspektorin i. N. Inge Jäger, Bad Brückenau (Notar-
stelle Dr. Höhn), ab 1.7.2002 in Schweinfurt (Notarstellen
Dr. Kutter/Dr. Ott)

Oberamtsrat i. N. Werner Pöhlmann, Memmingen (Notar-
stellen Erber-Faller/Voran), ab 1.8.2002 in Augsburg
(Notarstellen Röder/Dr. Koch)

Oberinspektor i. N. Reiner Tondok, Würzburg (Notar-
stelle Holderbach), ab 1.10.2002 in Miesbach (Notarstel-
len Dr. Kirchner/Dr. Gerstner)

Oberinspektorin i. N. Jeanette Biernoth, Hammelburg
(Notarstelle Dr. Kamp), ab 1.1.2003 in Karlstadt (Notar-
stelle Dr. Kessler)

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2002:

Zum Notariatsrat i. N. (VerGr. II a BAT):

Hans Weber, München (Notarstellen Prof. Dr. Geimer/
Dr. Graf v. Stosch)

Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. II a BAT):

Fick Gerhard, Mutterstadt (Notarstelle Baßler)

Norbert Knopf, Nürnberg (Notarstelle Kreßel)

Detlef Mauer, Bamberg (Notarstelle Dr. Desch)

Peter Seitz, München (Notarstellen Dr. Streber/Dr. Schubert)

Johann Wiedemann, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/
Dr. Bernhard)

Mit Wirkung vom 1.8.2002:

Georg Fuhrmann, Bayreuth (Notarstellen Dr. Roßner/
Dr. Rausch)

Mit Wirkung vom 1.7.2002:

Zum Amratsrat i. N. (VerGr. III BAT):

Hans Augenthaler, Kelheim (Notarstelle Lebert)

Karl Diepold, Neu-Ulm (Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler)

Dieter Eschenauer, Bad Aibling (Notarstellen Dr. Graßmann/
Dr. Keidel)

Alexander Gebhart, Memmingen (Notarstellen Gropen-
gießer/Dr. Gropengießer)

Michael Haslinger, Bad Tölz (Notarstellen Dr. Safferling/
Staudt)

Paul Hornfeck, Bad Berneck (Notarstelle Dr. Pannhausen)

Wolfgang Lennert, Fürth (Notarstelle Angermaier)

Hans Schwimmer, Vilsbiburg (Notarstelle Dr. Döbereiner)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. VerGr IV a BAT):

Siegfried Baldauf, Landsberg am Lech (Notarstellen Dr.
Walter/Dr. Riemenschneider)

Ina Eckenfelder, Kusel (Notarstelle Bohner)

Thomas Fink, Kandel (Notarstellen Herb/Dr. Bastian)

Helmut Gruber, Erding (Notarstellen Böck/Koch)

Walter Hechinger, München (Notarstellen Jungsberger/
Dr. Wirner)

Engelbert Keller, Günzburg (Notarstellen Stache/Wachter)

Matthias Korte, Neustadt b. Coburg (Notarstelle Krebs)

Uwe Lenz, Hof (Notarstelle Wasserthal)

Marianne Liebhart, Dachau (Notarstelle Bock)

Udo Mayer, Kandel (Notarstellen Herb/Dr. Bastian)

Manfred Micheler, Landsberg am Lech (Notarstellen
Dr. Lintz/Dr. Rapp)

Marion Reif, Nürnberg (Notarstellen Weser/Kühnlein)

Karin Rodriguez, Vilseck (Notarstelle Dr. Behmer)

Gerhard Schmidt, Dachau (Notarstelle Dr. Rossak)

Elisabeth Streng, Kemnath (Notarstelle Dr. Wörner)

Dietmar Sulger, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälz-
holz)

Dieter Wahl, Höchstadt a. d. Aisch (Notarstelle Lisch)

Max Weiß, Hengersberg (Notarstelle Dr. Heller)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (VerGr.
IV b BAT):*

Angela Backhaus, Kulmbach (Notarstellen Schwarzer/
Dr. Allstadt)

Thomas Brunner, München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/
Dr. Götte)

Martin Großhauser, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel)

Patricia Heinert, Kulmbach (Notarstellen Schwarzer/
Dr. Allstadt)

Stefan Hüttner, Schweinfurt (Notarstellen Schineis/
Dr. Schmidt)

Oliver Kindler, Augsburg (Notarstellen Laue/Rapp)

Silvia Königseder, Freyung (Notarstelle Burghart)

Beatrice Meister, Nürnberg (Notarstelle Schalllock)

Thorsten Müller, Hof (Notarstelle Dr. Krauß)

Katrin Niedermeier, Vilsbiburg (Notarstelle Dr. Döbereiner)

Matthias Ostertag, München (Notarstellen Dr. Gebhard/
Rüth)

Ferdinand Reiß, Nürnberg (Notarstellen Dr. Armbruster/
Bensch)

Thomas Scheck, Prien am Chiemsee (Notarstellen Dr. v.
Daumiller/Dr. Rieger)

Josef Walkshäusl, Wörth a. d. Donau (Notarstelle Eicher)

Margit Weig, Vohenstrauß (Notarstelle Ritz-Mürtz)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Helmut Walter, Zwiesel (Notarstelle Dr.
Streber), ab 1.7.2002 im Ruhestand

Amtmann i. N. Richard Frinzl, Schrobenhausen (Notar-
stelle Knab), ab 1.10.2002 ausgeschieden

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

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Hefen 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

Veranstaltungen des DAI 4/2002

1. Steuerrecht für Notare Teil I (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer)
(*Kiefer, Köhler, Schuck, Reich*)
5.–7. September 2002 in Bremen
2. Der Unternehmenskauf in der notariellen Praxis
(*Heckschen, Elsing, Pospich*)
13. September 2002 in Düsseldorf
14. September 2002 in Frankfurt/Main
3. Intensivkurs Erbrecht
(*Frenz, Nieder, Kössinger*)
19.–21. September 2002 in Oldenburg
4. Wohnungseigentum und Wohnungserbbaurecht
(*Albrecht, Langhein, Rapp, Volk*)
20.–21. September 2002 in Berlin
5. Aktienrecht in der notariellen Praxis
(*Schmidt, Priester, Krieger*)
27.–28. September 2002 in Hamburg
6. Vermögensnachfolge im Zivil- und Steuerrecht Teil II (Betriebsvermögen)
(*Spiegelberger*)
3.–5. Oktober 2002 in Fischbachau
7. Intensivkurs zu Ehegattenverträgen
(*Langenfeld, Riemann*)
3.–5. Oktober 2002 in Bad Kreuznach
8. Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht
(*Fachinstitut für Steuerrecht*)
(*Widmann, Brandenburg, Crezelius, Plewka, Rieger, Sagasser*)
7.–8. Oktober 2002 in Düsseldorf
9. Intensivkurs Bauträgervertrag
(*Basty, Blank, Thode*)
10.–12. Oktober 2002 in Bad Wildungen
10. Aktuelle Notarkostenfragen
(*Schmidt, Tiedtke*)
11. Oktober 2002 in Bochum
12. Oktober 2002 in Bremen
11. Sozialhilferechtliche Fragen bei Grundstücksübertragungen
(*Krauß*)
19. Oktober 2002 in Bochum
12. Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht
(*Spiegelberger, Thiel, Wachter, Wochner*)
19. Oktober 2002 in Hamburg
13. Übertragungen und Verfügungen unter Lebenden und von Todes wegen im privaten und betrieblichen Bereich
(*Fachinstitut für Steuerrecht*)
(*Haas, Ege, Geck, Winter, Wolf*)
21.–23. Oktober 2002 in München
14. Internationales Familienrecht in der notariellen Praxis
(*Riering, Schotten, Wandel*)
26. Oktober 2002 in Bremen
15. Intensivkurs zum Gesellschaftsrecht
(*Langenfeld, Spiegelberger*)
31. Oktober – 2. November 2002 in Bad Kissingen
16. Gesellschaftsrechtliche Jahrestagung
(*Heckschen u.a.*)
8.–9. November 2002 in Berlin
17. Rechtsformwahl aus zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht
(*Herzig, Priester, Spiegelberger*)
15.–16. November 2002 in Berlin
18. Internationales Gesellschaftsrecht
(*Riering, Kindler, Zimmermann, Langhein*)
16. November 2002 in Frankfurt
19. Erbrecht in der Kautelarpraxis
(*Brambring, Kanzleiter, Reimann*)
18.–19. November 2002 in Berlin

Soweit nicht anders vermerkt handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare (bzw. Fachinstitut für Steuerrecht) –, 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

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

München, Notarstellen Barth/Brunner, Theatinerstraße 47, 80333 München, Telefonnummer: 0 89 / 29 19 35-0, Fax: 0 89 / 29 19 35 40, E-Mail: notarbarth@yahoo.de

Landstuhl, Notarstelle Landau, Ludwigstraße 21, 66849 Landstuhl

Zweibrücken, Notarstellen Greiner/Dr. Kiefer, Poststraße 21, 66482 Zweibrücken

NEUERSCHEINUNGEN

1. Bettendorf (Hrsg.), EDV und Internet in der notariellen Praxis, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, XVI und 274 Seiten, € 52,00
2. Burandt (Hrsg.), Beck'sches Mandatshandbuch Erbrechtliche Unternehmensnachfolge, Verlag C.H. Beck, München 2002, XXVI und 450 Seiten, € 65,00
3. Fichtelmann/Schulze zur Wiesche/Högl/Schmitt/Ferstl, Steuer-Formular-Handbuch, 7. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2002, LVII und 1207 Seiten und 1 CD, € 159,00
4. Hoeren, Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform, ZAP Verlag, Recklinghausen 2002, 250 Seiten, ca. € 55,00
5. Hüffer, Aktiengesetz, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2002, € 108,00
6. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, Kostenordnung Kommentar, 15. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2002, XXII und 1310 Seiten, € 118,00
7. Langenfeld, Testamentsgestaltung, 3. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2002, LVI und 446 Seiten, € 69,80
8. Müller/Hense (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der GmbH, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2002, 1.492 Seiten, € 108,00
9. Müller/Hoffmann (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2002, LXVIII und 1.772 Seiten, € 118,00
10. Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbH-Gesetz, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2002, rund 2.800 Seiten, € 198,00
11. v. Schlieffen/Wegmann (Hrsg.), Mediation in der notariellen Praxis, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, XXII und 336 Seiten, € 56,00
12. Schütze/Weipert, Münchener Vertragshandbuch Band 4, Wirtschaftsrecht III, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2002, XXIV und 1183 Seiten, € 134,00 (bei Gesamtabnahme aller Bände € 122,00)
13. Waldner, Die Kostenordnung für Anfänger, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2002, XVI und 177 Seiten, € 20,00

1. BGH: Unwirksamkeit der Subsidiaritätsklausel für Sachmängelgewähr im Bauträgervertrag

(AGBG § 9 Abs. 2 Nr. 2, BGB § 307 Abs. 2 Nr. 2 n.F.)

Eine vom Bauträger gestellte Klausel, die vorsieht, dass der Bauträger erst haftet, wenn der Erwerber sich erfolglos bemüht hat, die ihm abgetretenen Gewährleistungsansprüche des Bauträgers gegen die anderen am Bau Beteiligten durchzusetzen, ist gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz unwirksam.

(Urteil vom 21.3.2002 – VII ZR 493/00 –)

2. BGH: Kein Ausgleich der Nutzungsvorteile bei vorzeitiger Zahlung

(BGB § 272, §§ 631 ff. a. F., § 813 Abs. 2)

Zahlt der zu Abschlagszahlungen verpflichtete Besteller vor Fälligkeit der jeweiligen Rate auf die spätere, im Umfang der Zahlungen tatsächlich bestehende Werklohnschuld, steht ihm ein Anspruch auf Ausgleich der damit verbundenen angeblichen Nutzungsvorteile gegen den Unternehmer nicht zu.

(Urteil vom 19.3.2002 – X ZR 125/00 –)

3. BGH: Keine Heilung einer formunwirksam vereinbarten Miteigentümergeinschaft

(BGB §§ 313 a. F., 311 b Abs. 1 n. F., 752)

Eine der Form der §§ 313 Satz 1 a. F., 311 b Abs. 1 Satz 1 n. F. BGB nicht genügende Vereinbarung zwischen künftigen Miteigentümern über die von § 752 BGB abweichende Realteilung eines gemeinschaftlich zu erwerbenden Grundstücks wird durch dessen Auflassung an sie und ihre Grundbucheintragung als Miteigentümer nicht gem. §§ 313 Satz 2 a. F., 311 b Abs. 1 Satz 2 n. F. BGB geheilt.

(Urteil vom 3.6.2002 – II ZR 4/00 –)

4. BGH: Keine Verpflichtung zu Bürgschaft auf erstes Anfordern in AGB

(AGBG § 9 Abs. 1 a. F., BGB § 307 n. F.)

Die Verpflichtung eines Bauunternehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers, zur Sicherung von Vertragserfüllungsansprüchen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, ist unwirksam.

(Urteil vom 18.4.2002 – VII ZR 192/01 –)

5. BayObLG: Vormerkung für erbrechtliche Ansprüche

(BGB §§ 883, 885, 2301, GBO §§ 22, 53)

1. Teile eines notariellen Vertrags, die nicht durch (zulässige) Bezugnahme zum Inhalt des Grundbuchs werden, können auch für die Auslegung

der Grundbucheintragung nicht herangezogen werden.

2. An den Nachweis, dass ein durch Eigentumsvormerkung (Auflassungsvormerkung) gesicherter Anspruch nicht in dem im Grundbuch verlautbarten Umfang entstanden oder inzwischen erloschen ist, sind strenge Anforderungen zu stellen.

3. Erbrechtliche Ansprüche, zu denen auch der Anspruch aus einem Schenkungsversprechen von Todes wegen zählt, sind zu Lebzeiten des Erblassers nicht vormerkbar. Durch Vormerkung gesichert werden können hingegen Ansprüche, die auf den Tod des Schenkers befristet sind und bei denen sich der Schenker schon endgültig zur Leistung verpflichtet hat, aber nur vereinbart ist, dass die Erfüllung auf die Zeit seines Todes oder später hinausgeschoben ist.

(Beschluss vom 16.5.2002 – ZZ BR 181/01 –)

6. BGH: Gläubigerbenachteiligung bei Fertigstellung steckengebliebenen Baus

(KO § 29, InsO § 129; BGB § 320)

Eine Gläubigerbenachteiligung liegt nicht vor, soweit Erwerber, die gegenüber dem Gemeinschuldner als Veräußerer die Zahlung des Entgelts bis zur Fertigstellung eines Gebäudes verweigern dürfen, ihre Gegenrechte durch eine Vereinbarung ablösen lassen, derzufolge sie die zurückzubehaltenden Teile des Entgelts an einen Treuhänder zahlen, der daraus offenstehende Forderungen von Handwerkern bezahlen soll, damit diese die Gebäude anstelle des Gemeinschuldners ohne Preisauflschlag fertig stellen.

(Urteil vom 24. Januar 2002 – IX ZR 180/99 –)

7. BGH: Ausübungsregelungen bei Dienstbarkeit

(BGB §§ 1023, 1090)

Auch das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot schließt es grundsätzlich nicht aus, dass die Beteiligten die Bestimmung des Ausübungsbereichs einer Dienstbarkeit der tatsächlichen Ausübung überlassen (Fortführung der Senatsrechtsprechung, zuletzt BGHZ 90, 181)

(BGB §§ 1026, 1090)

Das Erlöschen einer Dienstbarkeit bei Teilung des belasteten Grundstücks setzt voraus, dass der Berechtigte nicht nur tatsächlich, sondern nach dem Rechtsinhalt der Dienstbarkeit oder aufgrund rechtsgeschäftlich vereinbarter Ausübungsregelung dauernd rechtlich gehindert ist, die Ausübung auf andere Teile des belasteten Grundstücks zu erstrecken.

(Urteil vom 3.5.2002 – V ZR 17/01 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F